

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 22, n. 2, jul. 2018

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA





UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Sílvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

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. 2, jul. 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

ALEXANDRE WALMORR BORGES (UFU/MG)
BRUNO AMARO LACERDA (UFJF/MG)
CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES BOLONHA
(UFRJ/RJ)
CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU/MG)
DANIEL BARILE DA SILVEIRA (Unitoledo/SP)
ÉLCIO NACUR REZENDE (ESDHC/MG)
ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (FUI/MG)
EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY (UDA/CL)
FERNANDO DE BRITO ALVES (FIO/SP)
GUILHERME CAMARGO MASSAU (UFPEL/RS)
JOSÉ AILTON GARCIA (UNIAN/SP)
JOSE SOARES FILHO (UNICAP/PE)
LIER PIRES FERREIRA (IMMEC/SP)

MARCOS VINÍCIO CHEIN FERES (UFJF/MG)
MARIALICE ANTÃO DE OLIVEIRA DIAS (FARO/RO)
MARIA PRISCILA SOARES BERRO (UFRR/RO)
RONALDO LINDIMAR JOSÉ MARTON (UCB/DF)
SALETE ORO BOFF (IMED/RS)
SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI (ITE/SP)
SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA
(UFRJ/RJ)
SERGIO TIBIRIÇA AMARAL (ITE/SP)
SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE/PE)
THAIS BERNARDES MAGANHINI (UNIR/RO)
VALMIRCÉSAR POZZETTI (UFAM/AM)
WILSON ENGELMANN (UNISINOS/RS)

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

A NECESSIDADE DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL NOS PROCEDIMENTOS DE APROVAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO BRASIL11
THE IMPORTANCE OF PRIOR ENVIRONMENTAL IMPACT STUDY IN THE APPROVAL OF GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS IN BRAZIL

Ana Luiza Novais Cabral e Magno Federici Gomes

O ULTRACICLO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: ANÁLISE DO CASO “TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE V. BRASIL”43
THE ULTRACYCLE OF CONTEMPORARY SLAVERY: ANALYSIS OF “WORKERS OF BRASIL VERDE FARM V. BRAZIL”

Ana Lara Tondo e Mateus de Oliveira Fornasier

A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO NEOPROCESSUALISMO CIVIL E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE 85
THE AUTOCOMPOSITION OF CONFLICTS IN THE CONTEXT OF CIVIL NEOPROCESSUALISM AND THE PRINCIPLE OF CONSENSUS

Gina Vidal Marcílio Pompeu e Dayse Braga Martins

ALTERNATIVAS PARA DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A CONCILIAÇÃO COM O CRESCIMENTO ECONÔMICO: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DE INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO 115
ALTERNATIVES FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND CONCILIATION WITH ECONOMIC GROWTH: HISTORICAL PERSPECTIVES OF INFLUENCE ON LIBERALISM.

Déborah De Meira Málaque e Miguel Etlinger de Araujo Junior

MICROSSISTEMA DO DIREITO AMBIENTAL: FORMAÇÃO E OPERABILIDADE 148
MICROSSYSTEM OF ENVIRONMENTAL LAW: FORMATION AND OPERABILITY

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Paulo Roberto Pereira de Souza

DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA E O MICROEMPREENDEDOR: ANÁLISE DA INSUFICIÊNCIA DE

ESTÍMULO AO EMPREENDEDORISMO BRASILEIRO 185
 CONSTITUTIONAL INITIATIVES FOR FREE ENTERPRISE AND
 MICROENTREPRENEURS: ANALYSIS OF INSUFFICIENT STIMULUS
 OF BRAZILIAN ENTREPRENEURSHIP

*Antonio Jorge Pereira Junior, Felipe Antônio de Castro Bezerra Morais Melo e Rafael Veras
 Castro Melo*

**CONCAUSAS DA CRISE DO PODER
 JUDICIÁRIO E INSUFICIÊNCIA DAS
 REFORMAS**.....213
 CONTRIBUTING FACTORS THAT LED TO THE BRAZILIAN JUDICIARY
 CRISIS AND ITS LACK OF REFORM

Luiz Felipe Rossini e Monica Bonetti Couto

**PARADIGMA CONTEMPORÂNEO E OS NEGÓCIOS
 BIOJURÍDICOS: SELEÇÃO EMBRIONÁRIA** 244
 CONTEMPORARY PARADIGM AND BIOJURIDIC LEGAL
 TRANSACTION: THE EMBRYONIC SELECTION

Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador

**A NECESSIDADE DE PUBLICIDADE RESTRITA DOS ATOS
 PROCESSUAIS NOS CASOS DE PLANOS DE SAÚDE: EM PROL DA
 PROTEÇÃO DA INTIMIDADE DOS USUÁRIOS** 272
 THE NEED FOR RESTRICTED PUBLICITY OF THE PROCEDURAL ACTS
 IN THE CASES OF HEALTH INSURANCE: FOR THE PROTECTION OF
 CONSUMER'S INTIMACY

Renata Oliveira Almeida Menezes e Silvio Romero Beltrão

**TRABALHO DIGNO E A INTEGRAÇÃO REGIONAL NO
 MERCOSUL: O CASO DOS MIGRANTES VENEZUELANOS NO
 ESTADO DE RORAIMA**..... 305
 DECENT LABOR AND REGIONAL INTEGRATION IN MERCOSUR:
 THE CASE OF VENEZUELAN MIGRANTS IN THE STATE OF RORAIMA

Juliane Caravieri Martins

RESENHAS / REVIEWS

OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE 333
 THE CONSTITUTION OF LIBERTY

Túlio Santos Caldeira

O LIBERALISMO E OS LIMITES DA JUSTIÇA 338
 LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE

Rafael Antônio Costa

INSTRUÇÕES AOS AUTORES	318
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	

Editorial

Caro Leitor, saudações!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, tem o prazer de apresentar o Número 2 de seu 22º Volume de Edição, compartilhando-o com toda a comunidade jurídica nacional e internacional. Honrosamente, esta Revista possui o estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

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 duas resenhas, uma sobre “Os Fundamentos da Liberdade”, de Friedrich A. Hayek, e outra sobre “O liberalismo e os limites da justiça”, de Michael J. Sandel, e mais dez artigos, que tocam

em diversas áreas do direito, tais como: a) a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental nos procedimentos de aprovação de organismos geneticamente modificados no Brasil; b) o ultraciclo da escravidão contemporânea: análise do caso “trabalhadores da fazenda brasil verde v. Brasil”; c) a autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade; d) alternativas para desenvolvimento sustentável e a conciliação com o crescimento econômico: perspectivas históricas de influência do liberalismo; e) microsistema do direito ambiental: formação e operabilidade; f) dispositivo constitucional da livre iniciativa e o microempreendedor: análise da insuficiência de estímulo ao empreendedorismo brasileiro; g) concausas da crise do poder judiciário e insuficiência das reformas; h) paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: seleção embrionária; i) a necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: em prol da proteção da intimidade dos usuários; e j) trabalho digno e a integração regional no MERCOSUL: o caso dos migrantes venezuelanos no Estado de Roraima.

Dada a profundidade e relevância dos temas abordados, será possível ao leitor engrandecer o seu conhecimento e maximizar a sua consciência no que concerne à premente necessidade de se promover a liberdade de contratação sem, jamais, se olvidar dos ideais de preservação e proteção do pleno desenvolvimento humano. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido

possa ser propagado cada vez mais, suscitando dúvidas e não certezas, questionamentos e não dogmas, discussões em lugar do silêncio, a fim de auxiliar o desenvolvimento do conhecimento. Por fim, sob a consciência 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 este resultado, em especial nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**A NECESSIDADE DE ESTUDO PRÉVIO
DE IMPACTO AMBIENTAL NOS
PROCEDIMENTOS DE APROVAÇÃO
DE ORGANISMOS GENETICAMENTE
MODIFICADOS NO BRASIL¹**

THE IMPORTANCE OF PRIOR
ENVIRONMENTAL IMPACT STUDY IN THE
APPROVAL OF GENETICALLY MODIFIED
ORGANISMS IN BRAZIL

Ana Luiza Novais Cabral*
Magno Federici Gomes**

* Mestre em Direito Ambiental em 2017 na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESD-HC).
Pós-graduada em Direito Tributário em 2013 pela Faculdade Gama Filho (GF).
Pós-graduada em Direito Ambiental em 2010 pela Faculdade Integrada (AVM).
Graduada em Direito em 2007 pelo Centro Universitário Newton Paiva (CNP).
E-mail: anamutum@hotmail.com

** Doutor em Direito em 2003 pela Universidad de Deusto (U.DEUSTO, Espanha).
Mestre em Direito Processual em 2001 pela Universidad de Deusto-Espanha (U.DEUSTO, Espanha).
Especialista em Direito em 2001 pela Universidad de Deusto (U.DEUSTO, Espanha).
Graduado em Direito em 1998 pela Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC Minas).
E-mail: federici@pucminas.br

Como citar: CABRAL, Ana Luiza Novais; GOMES, Magno Federici. A necessidade de estudo prévio de impacto ambiental nos procedimentos de aprovação de organismos geneticamente modificados no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.11-42, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p11. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo analisa a necessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental na aprovação dos organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados. Será explorada a Lei 11.105/2005 em sua estrutura quanto aos órgãos responsáveis na autorização desses organismos e os procedimentos administrativos de autorização para liberação daqueles no meio ambiente. Posteriormente,

¹ Financiamento e grupo de pesquisa.

será analisada a questão do impacto ambiental, explanando suas características e influências nas normas jurídicas, concluindo pela necessidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental quanto à autorização da transgenia no meio em geral. A metodologia utilizada foi a teórico-jurídico com raciocínio dedutivo.

Palavras-chaves: Lei de biossegurança; Organismos geneticamente modificados; Princípios; Estudo prévio de impacto ambiental.

Abstract: This paper examines the importance of a prior Environmental Impact Study when approving genetically modified organisms (GMOs) and their derivatives. With this in mind, this paper explores the Act n° 11.105/2005, its objectives and normative structure, as it is the primary legal instrument that authorizes the use of GMOs. Moreover, it also regulates the process for its release in the environment. Furthermore, this study analyzes the complexities of GMOs; their environmental impact; characteristics; influences; and legal dictates. Finally, this research concludes that there should be Environmental Impact Studies when analyzing transgenic products. Our chosen methodology was literature review with deductive reasoning.

Keywords: Genetically modified organisms; Principles; Preliminary Environmental Impact Study.

INTRODUÇÃO

As constantes evoluções biotecnológicas trazem à tona discussões inovadoras entre pesquisadores e legisladores. A utilização desenfreada de organismos geneticamente modificados (OGM) possui o condão de incitar esses debates quanto à limitação, procedimento de aprovação e sua difusão no meio ambiente.

Assim, não havendo uma certeza absoluta quanto aos efeitos que a transgenia possa causar, os princípios da prevenção e precaução se tornam fatores importantes para barrar certas tecnologias sem pesquisas suficientes e coerentes sobre a abertura desses OGM.

Nestes termos, a aprovação de um OGM e seus derivados no Brasil se torna matéria controversa em face da Constituição da República de 1988 (CR/1988) estabelecer a necessidade de Estudo de Impacto Ambiental quando o empreendimento for possível e/ou causador de um dano ao meio em geral. No entanto, a Lei de Biossegurança dispõe que a necessidade do Estudo de Impacto seria ato discricionário do órgão estabelecido pela estrutura administrativa. No sentido traduzido, o art. 16, § 3º normatizado pela Lei 11.105/2005 pode ser considerado inconstitucional por ferir dispositivo explícito e direto da CR/88 (art. 225, IV).

Em tal aspecto, este artigo possui como objetivo, primeiramente, apresentar as conceituações básicas acerca dos princípios retro articulados. Após, será realizado um estudo sobre a Lei nº 11.105/2005, popularmente conhecida como Lei de Biossegurança, trazendo matérias gerais e sua influência em outros atos normativos esparsos no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise continua visualizando os órgãos competentes para os

procedimentos de aprovação de OGM no país, sendo eles desmembrados em atividade de pesquisa e atividade de uso comercial com seus pormenores definidos em Lei.

Após, se fará um exame sobre o estudo prévio de impacto ambiental, mecanismo primordial em empreendimentos que possuam potencial ou efetiva alteração no meio ambiente. Como será demonstrada, a Lei de Biossegurança dá ao órgão Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) a faculdade de escolha se haverá ou não o estudo ora citado, o que aparece como problema acadêmico a ser resolvido por este artigo científico.

A metodologia utilizada para apresentação do problema é a teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, tendo como sua quebra de paradigma a Lei 11.105/2005, popularmente conhecida como Lei de Biossegurança que traduz toda estrutura de aprovação de OGM e seus derivados no Brasil.

1 DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

A utilização de princípios se impõe como estepe para determinadas legislações gerais que possuem conceituações amplas ou esparsas, podendo ser encontrados em toda estrutura da legislação brasileira, sendo os mesmos explícitos ou implícitos.

Nestes termos, os “princípios são considerados vitais ao nosso ordenamento jurídico. Constituem o sustentáculo de todo o sistema, sendo instituições a serem seguidas por todos aqueles que compõem tal estrutura jurídica” (CASTRO, 2011, p. 54).

Quando se infere a questão sobre os OGM e seus derivados difundidos no meio ambiente, se pressupõe a possibilidade de alterações

que podem causar danos irreparáveis. Assim, necessário que se realize estudo preventivo que seja capaz de antecipar possíveis mazelas, sendo sua premissa disposta nos princípios da prevenção e precaução.

O princípio da prevenção é utilizado quando houver risco em determinada situação tendo o Poder Público a certeza do dano. Assim, quando o risco para implementação de determinada atividade é aparente, conceitua-se o princípio da prevenção, sendo necessário à Administração Pública utilizar ações mitigadoras para a não ocorrência do dano. Leia-se:

Sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção. Por isso, “divido em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: 1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação de fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; 5º) Estudo de Impacto Ambiental” (MACHADO, 2007, p. 84).

O princípio da prevenção evolui conforme as exigências pleiteadas na questão objeto de estudo. Com o avanço de novas técnicas e tecnologias, a possibilidade de realização de estudos preventivos de impactos tem caráter maior de exatidão, porém, com ressalvas. A prevenção deve ser vislumbrada para o meio ambiente atual, mas principalmente, prevenindo danos às gerações futuras e, mesmo com tantas evoluções, algumas ainda não são capazes de obter dados concretos.

O princípio da prevenção não tem objetivo de prevenir

absolutamente os impactos ambientais, mas realizar estudos e condicionantes para minimizar os riscos, reduzindo suas incertezas. É absolutamente restrita a possibilidade de prever todos os riscos que possam causar a implantação de determinada atividade. Assim, o princípio da prevenção visualiza os danos e infere impedimentos para redução de impactos.

O princípio da precaução, explícito no art. 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, relata que, havendo “ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

No princípio da precaução, não há certeza suficiente sobre os danos causados naquela atividade potencialmente causadora de riscos. Assim, somente uma ameaça de perigo ao meio ambiente já se enquadra o princípio da precaução.

No entanto, deve-se ressaltar que, mesmo utilizando o princípio da prevenção que se possui certeza dos riscos, essa premissa não é absoluta, pois determinadas atividades podem sair do controle humano, não antevendo os possíveis danos atuais ou futuros. Em sentido equivalente e criticando a atuação pública e particular, Souza leciona que: “os princípios do Direito Ambiental, embora constituam um caminho seguro para a busca da efetividade, não têm sido respeitados pelo poder público ou pelo setor privado nos aspectos legislativos e na execução de políticas públicas e de projetos privados” (SOUZA, 2016, p. 289-317).

A manipulação genética, mesmo com inúmeros estudos sobre a questão, possui um potencial risco², pois não se estima uma determinação

2 Em análise à teoria de Beck (2011), explicitou-se que “os riscos são científicos e ao mesmo tempo são

concreta sobre os males gerais ocasionados e, havendo a incerteza, intitulado o princípio da precaução, deve-se priorizar o meio ambiente.

2 A REGULAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA (LEI Nº 11.105/2005)

A atual Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) veio regular as normas de segurança quanto à utilização de OGM e seus derivados, dispondo sobre a Política Nacional de Biossegurança e criando o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), e revoga a Lei 8.974/1995.

Com importância, a nova Lei de Biossegurança veio tratar somente das modificações genéticas realizadas através da manipulação e intervenção humana em processo laboratorial. A ocorrência de mutações naturais não é objeto que possa ser tratado na Lei nº 11.105/2005 por não ser considerado um OGM, salvo quando essa modificação natural se der através de outro transgênico.

A regulamentação surgiu da subdivisão da CR/1988 que regulamentou o inciso II do §1º do art. 225, dispondo que incumbe ao Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” (BRASIL, 1988).

A Lei de Biossegurança especificou sua competência de atuação no quadro atual fiscalização e liberação de engenharia genética, trazendo assim, segurança jurídica na sua aplicabilidade. A atual estrutura da Lei citada é de real importância na definição dos órgãos responsáveis e os

comercializados. Se a fome pode ser superada em boa parte do mundo, mas não nele todo, os riscos se tornam um novo produto, um ‘saco sem fundo’, que não pode ser exaurido e nem aplacado” (GOMES; MESQUITA, 2016, p. 18).

procedimentos para aprovação dos OGM e seus derivados no Brasil, e apresentando “como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente” (BRASIL, 2005).

Quanto à descrita norma, seu arcabouço inclui três diretrizes, sendo a primeira referente “à vida e à saúde humana, animal e vegetal; a segunda diretriz é o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia; a terceira diretriz concernente à observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente” (MACHADO, 2006, p. 214).

A introdução de engenharia genética no meio ambiente, matéria incontroversa entre cientistas e pesquisadores, exige resguardo face sua incerteza no meio ambiente. Nesses termos, a CR/1988, no art. 225, inciso V, estabeleceu através de sua regulação que é de propriedade do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (BRASIL, 1988).

Há de se inferir que existe um paradoxo entre a utilização atual desenfreada de transgênicos no Brasil e sua certeza científica plena na comercialização. Inúmeros produtos estão disponíveis cotidianamente no mercado conscrito com símbolo referente à manipulação genética. Tal informação trazida nos rótulos foi devidamente regulamentada pelo Decreto nº 3.871/2001, posteriormente revogado pelo Decreto nº 4.680/2003 no qual dispõe que deverá haver rotulagem quando o nível de transgenia for superior a 1% do produto.

Nota-se que a matéria, mesmo que de iminente importância, vem sendo tratada de forma leviana pelo Poder Público, pois está crassamente

expressa na CR/1988 a necessidade de estudos prévios detalhados antes do produto contendo a transgenia ser difundido no mercado com intuito de evitar a ocorrência de impacto ambiental.

A Lei de Biossegurança, em sua análise, realça uma importante correlação da modificação genética com os possíveis impactos ambientais através da falta ou omissão de prévio estudo sobre a questão. Nestes termos, cabe definir os órgãos responsáveis pela regulamentação de OGM no Brasil, suas competências e fiscalizações quanto à influencia de transgenia no meio ambiente.

2.1 Órgãos regulamentadores dos organismos geneticamente modificados no Brasil

A Lei de Biossegurança traçou algumas competências quanto à regulamentação dos OGM no Brasil. Basicamente, a Lei descreve atentamente 04 (quatro) órgãos envolvidos no processo de liberação de transgênicos, quais sejam, o CNBS, CTNBio, órgãos de fiscalização e registro, e entidades de direito público e privado.

Primeiramente, o CNBS é órgão vinculado e de assessoramento da Presidência da República, sendo compostos por 11 (onze) membros, quais sejam, os ministros: de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; de Estado Ciência e Tecnologia; de Estado do Desenvolvimento Agrário; de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; de Estado da Justiça; de Estado da Saúde; de Estado do Meio Ambiente; de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; de Estado das Relações Exteriores; de Estado da Defesa; e Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, conforme consta do art. 9º da Lei nº 11.105/2005.

O CNBS possui como atribuição “a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança” (BRASIL, 2005), com reuniões convocadas pelo Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá, “ou mediante provocação da maioria de seus membros” (BRASIL, 2005), podendo ser instaladas com a presença de 06 (seis) de seus membros, sendo as decisões tomadas através da maioria absoluta dos votos possibilitando a participação, “em caráter excepcional, de representantes do setor público e de entidades da sociedade civil” (BRASIL, 2005).

Nestes termos, cabe no momento algumas considerações quanto à excepcionalidade de representantes do setor público e entidades da sociedade civil em reuniões do CNBS. Enfatizadamente, a CR/1988, em seu art. 37, consagrou que a Administração Pública direta ou indireta, obedecerá, dentre outros, o princípio da publicidade. Assim, reuniões a portas fechadas e permitindo a participação de cidadãos somente em caráter excepcional fere categoricamente a CR/1988.

Dentre suas competências, o CNBS deve fixar diretrizes e princípios para ações administrativas de órgãos e entidades federais com competência sobre a questão, conforme inciso I, do § 1º, do art. 8º da Lei nº 11.105/2005.

Após, foi reestruturado a CTNBio, integrante do Ministério de Ciência e Tecnologia, “instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo” (BRASIL, 2005), sendo composta por 27 (vinte e sete) membros titulares e suplentes de cidadãos brasileiros com a “competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente” (BRASIL, 2005).

As reuniões da CTNBio, presidido por quem for designado pelo Ministro da Ciência e Tecnologia com mandato de 02 (dois) anos, podem ser instaladas com a presença de 14 (quatorze) membros com decisões tomadas a partir de votos favoráveis da maioria absoluta, no qual há possibilidade de participação de órgãos e entidades integrantes da administração pública federal, sem direito a voto, conforme dispõe o art. 11 da Lei nº 11.105/2005.

A CTNBio pecou expressamente no mesmo ponto que o CNBS, quando dispôs que poderá haver a participação nas reuniões de representantes da comunidade científica e do setor público e entidades da sociedade civil, em caráter excepcional, pois resta claro na CR/1988 que deverá haver publicidade nas decisões administrativas, fazendo assim com que a legalidade seja preservada.

A CTNBio possui como objetivo primordial a elaboração de “normas técnicas de segurança e pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados” (BRASIL, 2005).

Cabe enfatizar ainda que a CTNBio deverá “acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente” (BRASIL, 2005).

Resumidamente, a CTNBio avalia o risco, prevenção e precaução dos OGM no meio ambiente e seus possíveis impactos causados, definindo, em última e definitiva instância sobre a necessidade de licenciamento ambiental.

Conforme descrito na Lei de Biossegurança, havendo incertezas

na influência de engenharias genéticas difundidas no meio ambiente, caberá à CTNBio decidir se será necessário o pedido ao requerente daquela transgenia o estudo prévio de impacto ambiental.

As principais competências da CTNBio estão no estabelecimento de normas para pesquisa e demais projetos relacionados com OGM e derivados; “critérios de avaliação e monitoramento de risco” [...]; análise da avaliação de risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados” (BRASIL, 2005) e emitir decisão técnica a respeito.

Cabe ainda a este órgão a emissão de Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB), sem o qual a empresa não poderá desenvolver atividades com OGM e seus derivados, e a necessidade de divulgação no Diário Oficial da União, dos pareceres que lhe forem submetidos.

Em função de garantir a participação da sociedade civil, a CTNBio poderá realizar audiências públicas através de convocações com no mínimo 30 (trinta) dias de antecedência permitindo que todos tenham acesso à matéria relacionada a regulamentação de OGM submetidos a autorização.

Resta dispor que a CTNBio “não tem personalidade jurídica, não sendo autarquia, fundação, empresa pública ou agência. Ela integra a pessoa jurídica da União” (MACHADO, 2007, p. 993).

Quanto aos órgãos e entidades de registro e fiscalização dos OGM e seus derivados, a Lei de Biossegurança dispõe a competência aos Ministérios da Saúde, Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, conforme art. 16 da Lei 11.105/2005.

Assim, o Ministério estará intimamente relacionado com o tipo de OGM a ser aprovado e, posteriormente, liberado ao meio ambiente.

Por conseguinte, um único transgênico poderá depender de aprovação de vários órgãos, ministérios e secretarias seguindo os trâmites de aprovação descritos pela Lei de Biossegurança. Leia-se:

São Ministérios que têm a decisão final sobre a liberação de um organismo geneticamente modificado no meio ambiente. As normas são claras em definir que a decisão final não vem dos técnicos nem da comissão técnica específica, mas sim que envolve, além de elementos técnicos definidos, elementos políticos. Se a norma quisesse se ater aos elementos técnicos, ela teria atribuído à competência à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, mas não o fez (VARELLA, 2005, p. 20).

Dentre suas principais atribuições, trazidas pelo art. 16 da Lei nº 11.105/2005, os órgãos e entidades de registro e fiscalização possuem a competência quanto aos OGM e seus derivados de fiscalizar as atividades de pesquisa, registrar e fiscalizar sua liberação, emitir autorização para sua importação de uso comercial, tornar públicos os registros e autorizações concedidas e aplicar as penalidades descritas na Lei de Biossegurança.

As instituições de direito público ou privado que realizarem pesquisas ou utilizarem métodos ou técnicas de engenharia genética deverão criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), exercendo funções relacionadas à transgenia, sendo indicado técnico principal e responsável pelo projeto.

Por consequência, os órgãos retro descritos são os essenciais na autorização, liberação e comercialização de transgênicos no Brasil. Estes órgãos estarão presentes nos procedimentos de aprovação de um OGM e seus derivados no Brasil, cada qual descrito sua competência.

2.2 Procedimentos administrativos utilizados pela Lei de Biossegurança para aprovação de um organismo geneticamente modificado e seus derivados no Brasil

Em relação aos procedimentos de aprovação de OGM e seus derivados no Brasil, a Lei de Biossegurança realiza algumas diferenças quanto às suas finalidades, sendo repartidas em aprovação para fins de atividade de pesquisa ou para atividade de uso comercial.

As atividades de pesquisa englobam experimentalmente “a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e descarte” (BRASIL, 2005) desses organismos e seus derivados, sem fins comerciais. Nas atividades descritas são vedadas a atuação de pessoa física autônoma ainda que possuam vínculo empregatício com alguma pessoa jurídica responsável pela atividade de pesquisa.

A vedação supra descrita, qual seja, proibição de atuação de pessoa física autônoma em atividade de pesquisa, se perfaz face ser de potencial risco ao meio ambiente ecologicamente saudável, necessitando assim de licenciamento ambiental. A análise do dano é de competência da CTNBio, deliberando sobre o caso em última e definitiva instância.

As atividades de consumo são aquelas que não envolvam as atividades de pesquisas acima descritas e, que tratem “do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais” (BRASIL, 2005).

No procedimento de aprovação de OGM e seus derivados no Brasil, quanto à atividade de pesquisa, a empresa pública ou privada

interessada, primeiramente, necessita requerer à CTNBio o CQB. Tal certificado é imprescindível para realização de engenharia genética e, caso haja descumprimento, incorrerá o autor em crime devidamente descrito na Lei de Biossegurança.

Após o recebimento do requerimento do CQB pela Secretaria Executiva da CTNBio, essa irá verificar se a documentação exigida em protocolo está completa e, no prazo máximo de até 30 (trinta) dias, deverá se manifestar, conforme art. 14, inciso I, da Resolução Normativa nº 001/2006.

A decisão quanto à emissão do CQB é puramente técnica e discricionária, tomada através de votos favoráveis da maioria absoluta de seus membros, vinculando os demais órgãos e entidades da administração.

Recebidas todas as informações necessárias e caso a decisão de emissão do CQB seja favorável, a CTNBio remete o processo aos órgãos específicos no qual conterà o resumo da fundamentação técnica explicando as medidas de seguranças e restrições adotadas, tendo como prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para a emissão do registro após a divulgação do extrato prévio no Diário Oficial da União e no SIB – Sistema de Informações de Biossegurança, conforme art. 14 da Lei nº 11.105/2005.

Em casos de atividades de pesquisas que possuam potencial ou efetivamente causadoras de degradação ambiental, a CTNBio “delibera em última e definitiva instância [...] sobre a necessidade do licenciamento [...]” (BRASIL, 2005) exigindo estudo prévio de impacto ambiental, sendo o prazo de emissão suspenso por até 180 (cento e oitenta) dias para os devidos estudos ou esclarecimentos necessários, nos termos do § 5º do art. 16 da Lei nº 11.105/2005.

Segundo dispõe a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei

nº 6.938/1981, considera-se “degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente” (BRASIL, 1981). Assim, havendo a possibilidade de risco, sem contingenciar a certeza da provocação de dano ao meio, deverá a CTNBio exigir estudo prévio ao requerente.

Com a decisão favorável da CTNBio em emitir o CQB, as empresas públicas ou privadas responsáveis pela atividade de pesquisa deverão criar uma CIBio, que possui as seguintes atribuições:

Art. 18 da Lei nº 11.105/2005. Compete à CIBio, no âmbito da instituição onde constituída:

I – manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II – estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta Lei;

III – encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta Lei, para efeito de análise, registro ou autorização do órgão competente, quando couber;

IV – manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento que envolvam OGM ou seus derivados;

V – notificar à CTNBio, aos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e às entidades de trabalhadores o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI – investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionados a OGM e seus derivados e notificar suas conclusões e providências à CTNBio (BRASIL, 2005).

Ao se tratar de atividade para uso comercial de OGM e seus derivados, o procedimento de autorização, na primeira fase, é a princípio similar ao procedimento de aprovação para atividade de pesquisa. Assim, o requerente fará o pedido de autorização do CQB diretamente à CTNBio, que poderá conceder prontamente o pedido ou, em caso atividade causadora de efetiva degradação, requerer o licenciamento ambiental após o estudo prévio, no qual o prazo ficará suspenso por até 180 (cento e oitenta) dias durante os estudos e esclarecimentos pelo requerente.

Com a devida aprovação, é emitido o CQB a pela Secretaria Executiva da CTNBio, no qual dará comunicação ao requerente para prosseguimento de sua atividade de uso comercial.

No entanto, caso haja divergência quanto à decisão tomada pela CTNBio e os órgãos e entidades de registro e fiscalização em razão de suas competências, essas poderão recorrer ao CNBS no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da decisão daquela Comissão. Cabe inferir que o CNBS é um órgão político e suas decisões são discricionárias.

Poderá o CNBS avocar e decidir em última e definitiva instância, após manifestação da CTNBio, quando julgar necessário, sobre os processos que envolvam o uso comercial de OGM e seus derivados no âmbito de suas competências.

O CNBS poderá ainda analisar a pedido da CTNBio questão socioeconômica e de interesse nacional para o uso comercial e liberação dos OGM e de seus derivados, conforme está disposto no inciso II, do

§ 1º, do art. 8º da Lei nº 11.105/2005.

As informações quanto às autorizações, registros, monitoramentos e acompanhamentos das atividades envolvendo os OGM e seus derivados no Brasil deverão ser divulgados através do SIB.

Havendo ainda, a liberação comercial desses organismos e seus derivados, poderá ser requerida por partes interessadas uma audiência pública, no qual se dará publicidade de informações à população em geral. Cabe fazer novamente a crítica quanto à velada publicidade dos órgãos descritos na Lei de Biossegurança, pois nas reuniões do CNBS e da CTNBio, a participação popular é restrita e excepcional.

Assim, satisfeitos todos os requisitos exigidos pela Lei de Biossegurança para não incorrer nos crimes nela previstos, a empresa pública ou privada estará apta ao desenvolvimento de atividade de pesquisas ou projetos, ou atividade de uso comercial de OGM e seus derivados.

3 ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

O exercício de qualquer atividade que possa causar alterações ao meio ambiente se submete avaliação de impacto ambiental, através do qual o Poder Público terá condições de possuir uma base para decisão daquela determinada matéria objeto de dúvidas. Os empreendimentos efetivos ou potencialmente causadores de efeitos desfavoráveis ao meio se sujeitam a controles e análises públicas com condão de evitar ou corrigir eventuais danos ocorridos.

Algumas legislações esparsas tratam sobre o tema quando ocorrem relevantes possibilidades de degradação ao meio ambiente. No entanto, a visualização do impacto ambiental nem sempre se torna fácil já

que a cada dia novas tecnologias surgem e os estudos não acompanham as técnicas revolucionárias.

Enfatiza-se também que a percepção de um impacto ambiental necessita estar atrelado à proteção das gerações futuras, pois algumas tecnologias difundidas atualmente ao meio talvez não causem males aparentes e imediatos, mas podem se tornar mazelas irreparáveis em um futuro próximo. Assim, os estudos vinculam os princípios da prevenção e precaução que retratam a possibilidade de impactos ao meio ambiente.

Com vistas à uma introdução permanente e correta sobre o conceito de impacto ambiental, o poder público, através de suas atribuições, regulamentou a Resolução nº 001/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), no qual tratou sobre o tema em seu art. 1º, no qual relata:

Art. 1º da Resolução nº 001/1986 CONAMA. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais (BRASIL, 1986).

Ao examinar o conceito de impacto ambiental fica claro que o legislador determina quais atividades poderão causar alteração ao meio

ambiente, direta ou indiretamente, necessitando assim de um estudo prévio que possibilite a sua não ocorrência.

A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, preceitua em seu art. 17 que a “avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Tamanha importância o instituto de impacto ambiental foi constituído como um pressuposto geral para o exercício de determinadas atividades. Assim, o planejamento de empreendimento necessita de um estudo que possa avaliar as consequências adversas ao meio ambiente. Com essa avaliação, o Poder Público tomará conhecimento dos possíveis impactos, e, portanto, poderá decidir embasado em premissas mais aparentes e concretas.

Assim, o art. 6º, inciso II, da Lei nº 6.938/1981 relata que a análise dos impactos ambientais podem ser: “positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais” (BRASIL, 1981).

Deve-se enfatizar que nem todo impacto causará um dano ambiental, já que não há em lei brasileira a conceituação dessa premissa. Conforme visto, o impacto ambiental pode ser positivo, negativo ou proporcionar ônus e benefícios sociais. Portanto, a diferenciação de impacto e dano se transmuda de tamanha importância em detrimento que a população em geral utiliza ambos como sinônimos.

O dano ambiental pressupõe um impacto negativo com

possibilidade de punição e reparações pecuniárias. O que se dispõe no estudo prévio de impacto ambiental, com alterações positivas, negativas ou com ônus e benefícios sociais, engloba o dano ambiental, pois esse se refere às ações maléficas ao meio ambiente.

Após diferenciação de impacto e dano ambiental, fica claro que a conceituação de dano é complexa e divergente pelos doutrinadores, no entanto, há concordância que o dano ambiental traz como relevância o prejuízo. Assim, como a conceituação não fora desenhada no ordenamento jurídico brasileiro, transcreve-se a disposição doutrinária:

Forte nessas diretivas, e cientes de que a percepção do dano ambiental sob a ótica jurídica deve ser objeto de constante reflexão, de forma a acompanhar a evolução do fato social, entendemos por adequado, *si et in quantum*, assim considerá-lo: é dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (*in pejus*) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas (MILARÉ, 2015, p. 319).

O estudo prévio de impacto ambiental é um instrumento descrito na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que visa “à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (BRASIL, 1981).

O referido estudo prévio de impacto ambiental, portanto, é requisito básico para determinadas atividades causadoras de alterações no meio ambiente e na vida da população. É de se referir que o impacto

deve ser visado não somente no presente, mas preservando as gerações futuras, alocando os princípios da prevenção e precaução como fatores primordiais de proteção do meio em geral.

O prévio estudo de impacto ambiental foi definido no art. 225 da CR/1988, inciso IV, o qual dispõe que é dever do Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (BRASIL, 1988).

Após o referido estudo, o Poder Público terá conhecimento necessário para um juízo de valor sobre determinada questão, não podendo se eximir de tomar uma decisão quanto à avaliação de impacto, matéria de dúvida, pois terá base sustentável suficiente para ao menos julgar sobre as consequências daquele empreendimento.

Conforme descrito pela CR/1988, o procedimento do estudo de impacto ambiental é de competência do Poder Público. Portanto, não há de se inferir um estudo particular pela empresa responsável pela atividade empreendedora que possa causar dano, no entanto, essa poderá apresentar laudos técnicos favoráveis a seu exercício.

A obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental em atividade que possa causar alteração ao meio ambiente resta clara na descrição da CR/1988, inferindo, assim, uma proteção e transparência à população como um instrumento de prevenção de danos. Portanto, a não realização do estudo em atividade potencialmente ou efetivamente causadora de impactos, flagrantemente fere norma constitucional.

4 DA NECESSIDADE DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL NOS PROCEDIMENTOS DE APROVAÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E SEUS

DERIVADOS NO BRASIL

Conforme estudo anterior acerca da avaliação do impacto ambiental resta conferir a correlação direta com o princípio da prevenção, pois para se evitar os possíveis danos ocorridos no meio é necessário o conhecimento prévio para sua não ocorrência ou minimização de alterações exteriores. Assim, havendo potencial risco de degradação em empreendimento de determinada atividade, a avaliação de impacto se faz medida obrigatória pelo Poder Público.

O propósito primordial do estudo prévio de impacto ambiental é dar segurança adequada à população na implementação de atividade de risco, não podendo, os órgãos competentes, se eximirem de decisões com juízo de valor após os debates sobre a questão objeto de perigo ao meio³.

Em relação à transgenia, a Resolução nº 305/2002 do CONAMA estabelece “critérios e os procedimentos a serem observados pelo órgão ambiental competente para o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos que façam uso de Organismos Geneticamente Modificados - OGM e derivados, efetiva ou potencialmente poluidores” (BRASIL, 2002). E continua, dispondo que, será necessário “quando for o caso, para elaboração de Estudos de Impacto Ambiental - EIA e respectivo Relatório de Impacto no Meio Ambiente - RIMA, sem prejuízo de outras Resoluções ou normas aplicáveis à matéria” (BRASIL, 2002).

Assim, na Resolução nº 305/2002 do CONAMA, o legislador dispôs quais atividades relacionadas a OGM e seus derivados exigem a constituição de estudo prévio de impacto ambiental para desenvolver

3 Em sentido equivalente, Wolt e outros (2010, internet) propõem um fluxograma para analisar o risco do plantio de OGM, a partir da avaliação, gestão e comunicação de riscos, até a tomada de decisão política, passando pelo permanente monitoramento e revisão, com base no Protocolo de Biossegurança de Cartagena. Com isso, a formulação do problema, se implementada adequadamente, assegurará a avaliação qualitativa de risco ambiental, para possibilitar a decisão acertada (WOLT; *et al.*, 2010, internet; no mesmo sentido HILL, 2005, p. 69).

o exercício requerido e a difusão de sua pesquisa ou uso comercial no meio ambiente.

A competência para exigir o estudo prévio de impacto ambiental em matéria relacionada a OGM e seus derivados coube à CTNBio, que dará parecer conclusivo sobre a atividade potencial ou efetivamente causadora de risco. Conforme dispõe o art. 16, § 3º, da Lei de Biossegurança: “a CTNBio delibera, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental” (BRASIL, 2005).

Nos termos citados, a Lei de Biossegurança deu à CTNBio a disposição de relatar se determinada questão acerca de OGM e seus derivados necessitará ou não de estudo prévio de impacto ambiental, sem, no entanto, se preocupar com a mitigação de risco.

As técnicas e tecnologias que envolvem a engenharia genética são recentes e pormenorizadamente avançadas. Assim, a realização ou não do estudo deve ser vista com demasiada cautela em razão da não possibilidade de prevenção dos danos, sendo alguns impossíveis de serem vislumbrados em razão de sua constante evolução.

Fica claro, portanto, que não se sabe ao certo os potenciais ou efetivos impactos que OGM e seus derivados podem ocasionar ao meio, e nesta incerteza infere o princípio da precaução.

Face à impropriedade do Poder Público não conseguir verificar os reais danos, o estudo prévio de impacto ambiental, portanto, não deve ser uma escolha da CTNBio, mas sim, obrigação desse órgão. Assim:

Em se tratando especificamente de organismos geneticamente modificados, como dissemos, antes

mesmo de qualquer processo em justiça, a reflexão sobre a realização ou não do estudo de impacto ambiental deve ser feita de forma mais precaucionária do que em se tratando de outros projetos. A razão é simples: trata-se de uma nova tecnologia, cujos efeitos não são muito conhecidos, as pesquisas sobre segurança são desproporcionais aos investimentos feitos em novos produtos e processos. Além do mais, os testes elaborados em um ambiente dificilmente podem ser aplicados a outro, com temperatura, ventos, solo e outros inúmeros fatores bióticos e abióticos diferenciados. Não são raros os textos internacionais que relacionam a necessidade de aplicar o princípio da precaução com os projetos relacionados à biossegurança. Assim, a falta de provas de que o produto não causa danos ao meio ambiente não pode ser uma justificativa para a inércia dos poderes públicos em tomar medidas de precaução (VARELLA, 2005, p. 29-30).

A evolução biotecnológica atual possui mensuração no campo econômico, social e cultural. Alimentos transgênicos estão constantemente invadindo os mercados sem a real informação ao consumidor dos benefícios ou malefícios que podem ser causados. A rotulagem desses alimentos, mesmo em face de um avanço legislativo, não tem o iminente condão social já que a população em geral não sabe a conceituação concreta de transgenia.

Numa sociedade de constante risco, os OGM e seus derivados não possuem a certeza científica de segurança e, assim, constatando-se o princípio da precaução e a possibilidade de dano, o estudo prévio de impacto ambiental retrata-se uma obrigação do órgão responsável, e não somente uma faculdade⁴.

4 No mesmo sentido, ver: LIMA, 2011, p. 105-116; e FINUCCI, 2010, p. 91-93 (que ainda indica quais as

Caso haja a concretização do dano, a Lei de Biossegurança em seu art. 20 dispõe que “sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa” (BRASIL, 2005).

A responsabilidade dos causadores do dano é objetiva, ou seja, havendo o impacto, deve-se indenizar independentemente de culpa, é o que infere o art. 927 do Código Civil de 2002 (CC/2002), segundo o qual “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Na resolução da atual legislação brasileira, atividades de risco ambiental possuem responsabilidade objetiva e, portanto, deve-se indenizar independentemente do dano. Se as normas deixam claras que nas atividades de risco devem ser realizados o estudo prévio de impacto ambiental e, sabendo que a biotecnologia não possui nível de segurança e certeza científica concreta, matérias relacionadas a OGM e seus derivados, portanto, devem ser liberadas à pesquisa e uso comercial somente após estudo citado, não sendo este uma faculdade do órgão responsável, mas um encargo.

Cabe, por fim, salientar que, o prévio estudo é constitucionalmente exigido nas atividades potencial ou efetivamente causadoras de risco. Portanto, não se pode verificar que a CTNBio tenha faculdade no pleito do estudo, mas sim, uma obrigação descrita na CR/1988.

CONCLUSÃO

metodologias mais adequadas para efetuar a avaliação de impacto ambiental).

Conforme toda explanação feita, pode-se vislumbrar que a engenharia genética, por ser atual e estar em constante evolução, não havendo certeza absoluta de precisar os possíveis impactos causados às presentes e futuras gerações, o estudo prévio de impacto ambiental deve ser um limitador da desenfreada aplicação dos OGM e seus derivados à população.

Com esses constantes avanços, mesmo havendo a implicação de estudos científicos, alguns não conseguem concluir os possíveis impactos à população e ao meio ambiente, já que certas tecnologias e equipamentos não são suficientes em precisão. Assim, cautela, precaução e medidas mitigadoras se fazem necessárias e primordiais para resguardar o meio ambiente em geral.

Como visto, a Lei de Biossegurança deu à CTNBio a discricionariedade quanto a realização do estudo prévio de impacto ambiental. A esse órgão caberá decidir se determinada atividade envolvendo atividade de pesquisa ou de uso comercial de OGM ou derivados possuem a característica de potencial ou efetivamente causar degradação ambiental.

No entanto, restou evidente que, por serem técnicas muito recentes, não há possibilidade de se precisar de um possível impacto e, assim, o estudo sempre será essencial na implementação de determinada atividade envolvendo a transgenia.

A CR/1988 dispõe claramente da necessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental quando o estabelecimento do empreendimento seja propenso de degradação ao meio. O estudo citado é forma incondicional de segurança de instalação já que o princípio da precaução não satisfaz categoricamente a certeza e previsão da atividade com OGM.

Assim, há uma discrepância entre o disposto na Lei

de Biossegurança e na CR/1988, sendo que a primeira retrata discricionariedade do órgão em realizar o estudo prévio de impacto ambiental e, a segunda, retrata ser imprescindível e obrigatória.

Mesmo que a Lei de Biossegurança tenha dado a faculdade ao órgão público de examinar se haverá ou não uma alteração ao meio, tal assertiva deve ser interpretada conforme a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade. A CR/88 determina o estudo como definitivo para que não hajam danos presentes ou futuros ao meio ambiente em geral e à população.

Portanto, conclui-se que, realizando uma análise comparada entre as duas normas dispostas e matérias de dissonância expressa, o Estudo de Impacto Ambiental deve ter sua aplicação imposta a partir da leitura da CR/1988, referente á sua obrigatoriedade na transgenia, garantindo assim segurança jurídica e social a todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, João Alberto Alves. O protocolo de Cartagena e a Bio(in) segurança Brasileira. **Revista de Direito Ambiental Econômico**, Porto Alegre, v. 1, p. 139-224, 2005.

BRASIL. Comissões Internas de Biossegurança. Resolução Normativa nº 001, de 20 jun. 2006. Dispõe sobre a instalação e o funcionamento das Comissões Internas de Biossegurança (CIBios) e sobre os critérios e procedimentos para requerimento, emissão, revisão, extensão, suspensão e cancelamento do Certificado de Qualidade em Biossegurança (CQB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 jun. 2007. Disponível em: <<http://ctnbio.mcti.gov.br/resolucoes-normativas>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de

1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.680, de 24 abr. 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 abr. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm#art8>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.974, de 05 jan. 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jan. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8974.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 mar. 2005. Regulamenta os incisos

II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 001, de 23 jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 305, de 12 jun. 2002. Dispõe sobre Licenciamento Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente de atividades e empreendimentos com Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=300>>. Acesso em: 20 set. 2016.

FINUCCI, Marcelo. **Metodologias utilizadas na avaliação do impacto ambiental para liberação comercial do plantio de transgênicos: uma contribuição ao estado da arte no Brasil**. 2010. 114 f. Dissertação (Mestrado da Faculdade de Saúde Pública) – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-13092011-163012/pt-br.php>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

GOMES, Magno Federici; MESQUITA, Leonardo Paiva de. Sociedade de risco, sustentabilidade para gestão e princípio da precaução. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, nº 50, v. 3, p. 16-33, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7863>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

HILL, Ryan A. Conceptualizing risk assessment methodology for genetically modified organisms. **Environ Biosafety Res**, v. 4, n. 2, p. 67–70, abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.1051/ebr:2005012>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

LIMA, Monique Lobato. **A necessidade do Estudo de Impacto Ambiental nos empreendimentos com organismos geneticamente modificados**. 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas) - Universidade Federal do Amapá. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/ppgdapp/files/2013/05/MONIQUE-LOBATO-LIMA.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. ONU, Brasil, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Os princípios do direito ambiental como instrumentos de efetivação da sustentabilidade do desenvolvimento econômico. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v.

13, n. 26, p. 289-317, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/705>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. O tratamento jurídico-político dos OGM no Brasil. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Coords.). **Organismos geneticamente modificados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Cap. 1, p. 03-61.

WOLT, J. D.; KEESE, P.; RAYBOULD, A.; FITZPATRICK, J. W.; BURACHIK, M.; GRAY, A.; OLIN, S. S.; SCHIEMANN, J.; SEARS, M.; WU, F. Problem formulation in the environmental risk assessment for genetically modified plants. **Transgenic Research**, v. 19, n. 3, p. 425-436, jun. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s11248-009-9321-9>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

Como citar: CABRAL, Ana Luiza Novais; GOMES, Magno Federici. A necessidade de estudo prévio de impacto ambiental nos procedimentos de aprovação de organismos geneticamente modificados no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.11-42, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p11. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 29/11/2016
Aprovado em: 03/07/2018

**O ULTRACICLO DA ESCRAVIDÃO
CONTEMPORÂNEA: ANÁLISE DO CASO
“TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL
VERDE V. BRASIL”**

**THE ULTRACYCLE OF CONTEMPORARY
SLAVERY: ANALYSIS OF “WORKERS OF
BRASIL VERDE FARM V. BRAZIL”**

Ana Lara Tondo*
Mateus de Oliveira Fornasier**

Como citar: TONDO, Ana Lara; FORNASIER, Mateus de Oliveira. O Ultraciclo da Escravidão Contemporânea: Análise Do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde V. Brasil”. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.43-84, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p43. ISSN: 2178-8189

* Mestranda em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Especialização em andamento em Direito Processual Civil pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Graduada em Direito em 2015 pelo Instituto Cenecista De Ensino Superior De Santo Ângelo (CNEC/IESA). Email: aana.tondo@gmail.com

** Doutor em Direito em 2013 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito em 2009 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Especialista em Direito Ambiental em 2008 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do

Resumo: O presente artigo objetiva realizar uma análise sociojurídico-teórica do trabalho escravo contemporâneo. Como hipótese, tem-se que, na atual sociedade, complexa e globalizada, a compreensão da escravidão deve partir de considerações que não se adstringam apenas ao âmbito jurídico, devendo-se fazer uma análise a partir da reflexividade entre os vários sistemas sociais envolvidos na questão, dado que a escravidão contemporânea é ocorrência de cariz global e complexo, mas agora, com processos comunicativos em muito

superiores ao que outrora ocorria. Objetivos específicos: i) tecer considerações acerca da teoria dos sistemas autopoieticos para a análise dos direitos humanos; ii) comparar a escravidão moderna passada à atual, no cenário brasileiro; iii) detalhar a ilustração da escravidão contemporânea com a análise do caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; iv) analisar os casos apresentados a partir da teoria dos sistemas autopoieticos, atendo-se à reflexividade entre os sistemas jurídico, político e econômico, principalmente. Metodologia: sistêmico-construtivista.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Fazenda Brasil Verde. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Teoria dos sistemas autopoieticos. Ultraciclo.

Abstract: This article aims to carry out a socio-juridical-theoretical analysis of contemporary slave labor. As a hypothesis, it must be understood that, in today's society, which is complex and globalized, the comprehension of slavery must start from considerations that do not belong only to the juridical sphere, and an analysis must be made from the reflexivity between the various social systems involved in the issue, since contemporary slavery is a global and complex occurrence, but now, with communicative processes far superior when compared to that one that once occurred.

Sul (UNIJUI).

Graduado em Direito em 2005 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).

Specific objectives: i) to make considerations about the theory of autopoietic systems for the analysis of human rights; ii) to compare modern slavery to the present one, in the Brazilian scenario; iii) to detail the illustration of contemporary slavery with the analysis of the case “Farm Workers Brasil Vs. Brazil”, judged by the Inter-American Court of Human Rights; iv) to analyze the presented cases from the theory of autopoietic systems, paying special attention to the reflexivity between the legal, political and economic systems, mainly. Methodology: systemic-constructivist.

Keywords: Contemporary slavery. Brasil Verde Farm. Inter-American Court of Human Rights. Theory of autopoietic systems. Ultracycle.

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, a palavra “escravidão” saiu dos livros de história diretamente para as páginas dos jornais. Histórias sobre homens, mulheres e crianças mantidos, em condições análogas à de escravos, em cativeiro, contrastaram e chocaram a crença de que a sociedade moderna, iluminada pelos auspícios do liberalismo, havia abolido a escravidão.

Formal e legalmente, a escravidão foi abolida. Todavia, a execução das regulações que garantiam, de fato, o fim dessa violação de direitos humanos não é efetiva. Em 1995 o Brasil foi um dos primeiros Estados a reconhecer a existência da escravidão contemporânea, talvez numa tentativa de superar o vergonhoso histórico de ser o último país Ocidental a aboli-la.¹ Segundo estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2012, quase 21 milhões de pessoas eram vítimas de trabalho forçado por todo o mundo (BRYSK; CHOI-FITZPATRICK, 2012, p. 2).

Quando da entrada em vigor da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, criou-se a expectativa, no Brasil, de que os escravos recém-libertos pela via oficial iriam se integrar no mercado de trabalho livre, após três séculos de escravidão. No entanto, políticas públicas que auxiliassem esse processo de integração nunca foram prioridade, e os antigos donos de escravos tinham seus próprios interesses, na busca por indenização pelas perdas financeiras que sofreram com a abolição, o que causara uma crise no negócio agrícola (COSTA, 2012, p. 12).

O eco da abolição formal da escravatura sobre o destino daquelas pessoas libertas ainda são visíveis na sociedade brasileira. Embora 53%

¹ O último país a abolir a escravidão no mundo, em 1981, foi a Mauritânia – e a criminalização da prática, por tal Estado, se deu apenas em 2007 (ESSEISSAH, 2016).

dos brasileiros sejam negros ou pardos (IBGE, 2015), essa população é mais susceptível de ser exposta a uma violência sistêmica, pobreza, educação de má-qualidade e menores oportunidades de trabalho. O país vem tentando remediar os erros do passado, estabelecendo políticas públicas de combate à escravidão contemporânea, estabelecendo reparações e processando os proprietários de empresas que violaram os direitos humanos.

Dessa forma, o Brasil se tornou referência mundial no combate à escravidão. No entanto, parece haver um precipício entre a formalidade e a efetividade. Após o resgate, as medidas de reparação são ineficazes para quebrar o ciclo de trabalho em condições análogas à de escravo, de forma que muitos trabalhadores acabam retornando às mesmas condições por falta de outras opções. Além disso, a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em relatório proferido em 2011, considerou que as inspeções e responsabilizações legais são débeis, e as vulnerabilidades sociais e econômicas ainda assolam os trabalhadores e tornam o trabalho escravo um “bom negócio”.

Nesse cenário, é evidente a falta de um rigor técnico, somada à baixa efetividade dos esforços dos poderes públicos para investigar e reprimir quaisquer condutas relacionadas ao trabalho escravo, que violam a liberdade individual, a liberdade de trabalho e a própria dignidade humana.

Este trabalho, no entanto, não possui a pretensão de apresentar uma solução inquestionável para resolver as expressões contemporâneas de trabalho no país, mas sim, visa realizar uma análise sociojurídico-teórica do trabalho escravo contemporâneo, por meio do estudo do caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, o primeiro caso em julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

relacionado ao trabalho escravo contemporâneo.

A questão norteadora para a elaboração desta pesquisa pode ser assim descrita: de que modo se pode compreender o fenômeno jurídico da escravidão contemporânea a partir da compreensão do Direito em sociedade? Como hipótese que vem a apresentar uma resposta preliminar a tal questionamento, tem-se que, na atual sociedade, complexa e globalizada, a compreensão de tal fenômeno deve partir de considerações que não se adstringam apenas ao âmbito jurídico, devendo-se fazer uma análise a partir da reflexividade entre os vários sistemas sociais envolvidos na questão – principalmente, Direito, Política e Economia –, dado que a escravidão contemporânea, assim como ocorria nas priscas eras da Modernidade, é ocorrência de cariz global e complexo, mas agora, com processos comunicativos em muito superiores ao que outrora ocorria.

O artigo se divide em quatro partes. Na primeira delas, serão tecidas considerações acerca da teoria dos sistemas autopoieticos para a análise dos direitos humanos, a qual será utilizada como principal marco teórico para as análises sociojurídicas posteriores. Já na segunda se farão alguns comparativos entre aquilo que significou a instituição escravidão no passado moderno recente e exemplos atuais do chamado “trabalho em condições análogas à escravidão” no Brasil contemporâneo. A fim de ilustrar mais detalhadamente tais exemplos, escolhe-se, na terceira parte, o caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, caso polêmico julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Finalmente, a sua última parte tratará dos casos apresentados a partir da teoria dos sistemas autopoieticos, numa análise da reflexividade entre os sistemas jurídico, político e econômico, principalmente – valendo-se do desenvolvimento teórico do chamado “ultraciclo”.

Utilizou-se o método sistêmico-constructivista para a análise feita

neste artigo. Tal método parte do pressuposto de que a complexidade e a diferenciação funcional experimentadas a partir da Modernidade faz emergirem na sociedade sistemas comunicativos que têm funções, programas e códigos diversos – e isso denota a impossibilidade de normatividades e de descrições omniabarcadoras da sociedade, eis que cada sistema comunicativo (sendo Direito, Política e Economia bons exemplos) observa seu ambiente (o qual, por sua vez, se constitui dos demais sistemas), é aberto cognitivamente, mas organizativamente fechado – e, assim, cada sistema reorganiza o observado no entorno a partir da sua própria autopoiese (entendida como autorreferência, principalmente).

O Direito seria, assim, um sistema comunicativo autopoietico, sendo seu código binário descritível como “em conformidade ao direito/ contrário ao direito”; já o seu programa seria o conjunto de todas as decisões ainda válidas anteriores tomadas (judiciais, doutrinárias, interpretações de leis, etc.) para cumprir a função precípua do sistema – a estabilização de expectativas normativas na sociedade. A Economia, sistema que se orienta a partir do código “pagamento/não pagamento”, e a Política, de código “poder/não poder” (ou, ainda, “governo/oposição”).

1 DIREITOS HUMANOS E TEORIA DOS SISTEMAS: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

O reconhecimento, por um sistema comunicativo (tal como o Direito o é), de alguém como sendo *pessoa*, implica no reconhecimento da capacidade comunicativa de tal ente – e na sua significação como ente dotado de corpo biológico e consciência (e não apenas objeto de cujo corpo se pode extrair trabalho, energia e/ou matéria-prima

para necessidades humanas). Eis o que ensina a teoria dos sistemas autopoieticos sobre o assunto.

Os Direitos Humanos, conforme a teoria dos sistemas, são diretamente relacionados com o problema da exclusão – mais especificamente, sua orientação se dá no sentido de incluir o ser humano como *pessoa* nas comunicações dos sistemas sociais funcionais (muito especialmente, no sistema do Direito) (LUHMANN, 2004, p. 490). No tocante a isso, se alguém não é comunicado sobre si como pessoa (dotada não apenas de corpo e necessidades biológicas, mas também, de psique e necessidades intelectuais e afetivas, dentre elas, a estima social), tal fato já se instala como violação aos Direitos Humanos, pois o papel desse último é, justamente, criar condições, no programa do sistema, para que certos grupos excluídos, categorias e pessoas tenham reconhecimento de sua situação/condição nas comunicações operadas pelo sistema e, a partir de tal reconhecimento, gozar de direitos que os coloquem em situação equitativa para com os demais.

A inclusão e a exclusão parecem guardar, para Luhmann (2004, p. 501), relação direta para com a violência em relação ao humano, e esta se operaria, sistemicamente, num nível simbólico de *desconsideração* do aspecto psíquico da personalidade: numa análise a partir dos incluídos, os seres humanos são comunicados como *pessoas* (dotadas de corpo e racionalidade, capazes de comunicarem); já no que concerne aos excluídos, sua única relevância seria a de *corpos* (unidade explorável economicamente, a cuja comunicação não se considera; ou então, mais uma unidade na contagem de corpos).

Aqui se identifica, principalmente, a relação direta entre a humanização do Direito no que tange à inclusão/exclusão. Quando um sistema não comunica (ou comunica negativamente) sua consideração

acerca da posse de sistema psíquico desse alguém (ou seja, sua possibilidade de ter emoções, aspirações, enfim, sua *dignidade*) está, nada mais, nada menos, do que considerando esse indivíduo apenas como algo *físico* tão somente. Será comunicado, assim, apenas como dados estatísticos após a exclusão, não tendo rosto, identidade, *humanidade*.

Em que pese a importância da colocação luhmanniana acerca dos Direitos Humanos e da exclusão, alguns autores da mesma linha teórica a têm compreendida como sendo atinente, por demais, a questões envolvendo o Estado – dentre elas o desaparecimento de pessoas, deportações e expulsões, prisões, torturas e mortes contrárias ao Direito, todos aceitos, praticados ou assegurados pelo Estado e seus órgãos/entes (LUHMANN, 2004, p. 485-486). Nesse sentido, Marcelo Neves (2009, p. 252) atenta para a necessidade de se alargar tal noção para além dos âmbitos de envolvimento estatal, tendo-se de entender os Direitos Humanos como também ligados a outras violações:

[...] a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos [...]. Trata-se do paradoxo da afirmação de expectativas normativas (contrafactuais) diante da própria prática que as contraria sistematicamente. A diferença reside no fato de que aqueles direitos humanos em sentido estrito, que se referem basicamente à proibição de ações violentas [...] contra indivíduos ou grupos, são suscetíveis de institucionalização e, sobretudo, contam com perspectivas de positivação e implementação processual em escala mundial, [...] enquanto os chamados direitos humanos de terceira geração são fragilmente institucionalizados, e as perspectivas de sua positivação e implementação

processual em extensão mundial são negativas (NEVES, 2009, p. 252).

Nesse sentido, Direitos Humanos deveriam ser definidos, primariamente, como expectativas normativas destinadas à inclusão de todos os humanos na sociedade mundial: assim, teriam a função de comunicar acerca do acesso universal de todos os humanos da sociedade mundial ao Direito (NEVES, 2005, p. 8-10).

Reforça-se a questão de inclusão de excluídos no sistema do Direito a partir dos Direitos Humanos com os argumentos de Gunther Teubner (2006, p. 338), que enuncia serem tais direitos relacionados intimamente à exclusão, servido de anteparo contra esta ao garantir a integridade dos sistemas biológico e psíquico dos excluídos em relação à sociedade (e seus subsistemas) – pois os direitos humanos “devem ser entendidos como possuindo uma diferença semântica das liberdades comunicativas pessoais, nomeadamente como garantias intentadas da integridade de corpo e mente” (TEUBNER, 2006, p. 338, tradução nosso);² em continuidade, afirma o mesmo autor que “a questão dos direitos humanos no sentido mais estrito deve hoje ser vista como a periclitção da integridade de mente e corpo dos indivíduos por uma multiplicidade de processos comunicativos anônimos e, atualmente, globalizados” (TEUBNER, 2006, p. 341, tradução nossa).³

Assim, nota-se que eventuais críticas à teoria dos sistemas, que indiquem um aparente menosprezo pelo humano, são totalmente desprovidas de fundamento. Ora, trata-se de um modo de observação da

2 Texto original: “are to be understood as having a semantic difference from personal communicative freedoms, namely as intended guarantees of the integrity of mind and body”.

3 Texto original: “human rights question in the strictest sense must today be seen as endangerment of individuals’ integrity of body and mind by a multiplicity of anonymous and today globalized communicative processes.”

complexidade da sociedade – a qual é externa ao humano, mas se refere a ele a todo momento. Ademais, há fundamentos suficientes, na teoria, para se tratar do humano e dos direitos humanos em sociedade: trata-se de um programa teórico-normativo para reconhecimento e inclusão do humano nos demais sistemas – sendo que o humano, apesar de ser ambiente do sistema (quando considerado como corpo e psique), é também emissor e objeto de comunicação.

Eis, portanto, o escravo pós-moderno: economicamente, vitimado como força de trabalho desprovida de qualquer outra consideração – sem rosto, sem lazer, sem possibilidades de inclusão em outros âmbitos (educação, saúde, etc.). Politicamente, sem voz para a oposição (eis que a exploração extenuante do seu trabalho, somada à violência e à vigilância constantes, impedem o direcionamento de energias para qualquer outra necessidade que não a de sobrevivência material). Juridicamente, vítima de ilegalidades que chegam ao Judiciário em número muito menor do que o constatável. E tudo isso em uma sociedade que comunica a dignidade em tratados internacionais, em leis nacionais; cuja economia se encontra dependente de processos altamente transnacionalizados; cuja política se corrompe em prol de uma política dominada por grandes grupos mais interessados na exploração econômica do que na inclusão do indivíduo.

2 EXPRESSÕES CONTEMPORÂNEAS DO TRABALHO ESCRAVO: “O LEGADO DA ESCRAVIDÃO”

Muito embora já se tenham passado mais de 125 anos desde que a Lei Áurea entrou em vigor no Brasil abolindo a escravidão, o modelo de exploração forçada de mão-de-obra se tornou uma herança passado ainda no séc. XXI, de forma que o trabalho escravo ainda é uma

realidade enraizada na própria sociedade – embora pareça não fazer parte do cotidiano. Para o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), António Guterres, muito embora não seja exatamente a mesma do passado, a escravidão deixou um legado intimamente relacionado com o racismo, que deve ser vencido.

Para ele, muitos países ainda sofrem economicamente por decisões do passado, e muitas pessoas ainda são vítimas dos traumas impostos aos seus antepassados (ONUBR, 2017b). A exploração de seres humanos é um crime, e para Guterres, a “escravidão não é coisa do passado”, mas sim, uma figura que adquiriu novas formas, como o tráfico de seres humanos, que se tornaram “[...] um negócio criminoso de baixo risco e de alta recompensa [...]”, comuns devido às baixas taxas de condenação no mundo todo (ONUBR, 2017a).

De acordo com dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), há cerca de 21 milhões de pessoas por todo o mundo que sofrem com o trabalho forçado e exploração extrema e 1,39 milhões de pessoas são vítimas de exploração sexual. A U.S. State Department estima que cerca de 820.000 homens, mulheres e crianças norte-americanos são traficados internacionalmente todos os anos. A OIT estima, ainda, que os lucros anuais dessa exploração cheguem a 150 bilhões de dólares (BRYSK; CHOI-FITZPATRICK, 2012; DELGADO, 2017).

Tais dados demonstram que o problema da escravidão moderna, de um conceito marginal, se tornou uma importante questão cujos avanços podem ser vistos principalmente nos níveis da consciência pública, esforços oficiais e pesquisa especializada, que busca ouvir as vozes das vítimas, dos ativistas de direitos humanos, de políticos influentes e de acadêmicos. Nos últimos 20 anos, a escravidão tem passado por uma saturação, para ser redescoberta, não mais unicamente como trabalho

forçado, mas também para se apresentar no formato de exploração sexual induzida por força, fraude ou coerção; exploração, sexual ou não, de imigrantes; tráfico de pessoas; escravidão como bens móveis; trabalho forçado; servidão; escravidão por dívidas; escravidão de guerras; escravidão por uma ideologia religiosa, entre outros formatos (BRYSK; CHOI-FITZPATRICK, 2012, p. 1-10).

Um tópico em específico desperta uma especial atenção dentre todas essas dimensões teóricas: o trabalho análogo ao escravo contemporâneo. A escravidão contemporânea existe em todo o mundo. É de difícil visibilidade – mas se faz muito presente (BALES, 2012).

No Brasil, assim como em outros países, oponentes do reconhecimento jurídico da situação e de sua consequente definição legal e criminalização, no entanto, acusam ativistas de direitos humanos de utilizarem de anacronismos, alegando que a expressão “trabalho escravo” é abstrata e controvertida (SCOTT, 2013, p. 130). É aqui muito comum o argumento de que o tema é permeado por um viés em torno da reforma agrária, e que o uso da expressão “escravidão” em casos de “condições irregulares de trabalho”, resultado de mera informalidade no mercado de trabalho agrícola brasileiro, servindo apenas de estratégia de combate aos interesses do agronegócio (REZENDE; KRETER, 2009, p. 98-106).

Sua existência, no entanto, não é negada pelo governo. No Brasil, o governo do presidente Luís Inácio Lula da Silva, por meio do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo,⁴ em 2003, aumentou o número de fiscais designados para investigar casos de escravidão e lhes deu maiores equipamentos e dinheiro. Muito embora

4 O Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo teve vigência até abril de 2008, quando foi atualizado num 2º Plano Nacional, em que, além de manter a erradicação do trabalho escravo contemporâneo como prioridade do Estado brasileiro, também se estabeleceram novas estratégias de atuação. Em janeiro de 2017, por meio da portaria nº 110, o governo federal instituiu o Pacto Federativo para Erradicação do Trabalho Escravo (BRASIL, 2008, 2017).

práticas escravistas ainda sejam comuns em grande parte da Amazônia e oeste brasileiro, as inovações trouxeram muito otimismo (BALES, 2012; MATTJE, 2006, p. 13).

A moderna definição de escravidão adotada no ordenamento pátrio de cada país se apoia nas tradições legais nacionais, podendo ou não ser mais abrangente do que a estabelecida no direito internacional (SCOTT, 2013). Na escravidão histórica, o lucro estava relacionado com a garantia de sobrevivência do escravo, e se relacionava intimamente com a noção de “propriedade”. Hoje, a questão étnica não é mais tão relevante quanto foi no passado, e há abundância de pessoas pobres e em condições de vulnerabilidade sendo exploradas, de forma que o denominador comum não é mais a cor, mas sim a vulnerabilidade decorrente da pobreza. “A questão não é ‘eles têm a cor certa para serem escravos?’ mas ‘eles são vulneráveis o suficientes para serem escravizados?’” (BALES, 2012, p. 9-11, tradução nossa).⁵

Essa vulnerabilidade, para o trabalhador rural é decorrente, principalmente, dos altos índices de desemprego somados à baixa escolaridade, da má distribuição de renda em que poucas pessoas que detêm domínio econômico e concentração fundiária, uma vez que o trabalhador que não tem acesso a terra ou renda acaba por se sujeitar a quaisquer condições de trabalho, muitas vezes humilhantes (MATTJE, 2006). Isso ocorreria muito em razão de que, na história do trabalho escravo no Brasil, nunca houve um processo incisivo (talvez, revolucionário) que abalasse a estrutura social, de forma que, na atualidade, o trabalho escravo ganha (novamente) um papel extremamente importante na linha de produção, por meio das terceirizações⁶.

5 Texto original: “The question isn’t ‘Are they the right color to be slaves?’ but ‘Are they vulnerable enough to be enslaved?’”

6 De acordo com Ronaldo Fleury, procurador-geral do Trabalho, em entrevista à jornalista Talita Bedinelli,

Compreendermos o trabalho escravo contemporâneo, como uma das expressões da máxima precarização do trabalho e da violação aos direitos humanos, - reflexo da reinvenção de traços arcaicos que persistem na periferia do capitalismo, mas também como fruto das mudanças em curso nas relações de trabalho desde os anos 1990 no Brasil (SOARES, 2013, p. 163).

Por isso, pensar o trabalho escravo no Brasil requer uma análise delicada, uma vez que a própria base estrutural do trabalho escravo traz, ainda hoje, características marcantes da escravidão histórica, como a apropriação do corpo e a anulação da alteridade. Nesse sentido, há que se esclarecer que a expressão “trabalho escravo contemporâneo” não se refere à escravidão negra do século XIX, mas sim a uma forma de trabalho forçado, tipificada no art. 1^a, alínea “a” da Convenção sobre a escravatura de 1926, que foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 58.563/1966 (BRASIL, 1966), como sendo “estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade” (SCOTT, 2013; SILVA; GOÉS, 2013, p. 289).

São indicações de escravidão, portanto, o controle de propriedade, a restrição ou controle de autonomia do indivíduo, da liberdade de escolha ou da liberdade de movimento, mesmo havendo o consentimento ou a livre vontade da vítima pois muitas vezes é impossível ou até mesmo irrelevante detectar a

do Jornal El País, em abril de 2017, 92% dos trabalhos em condições análogas à de escravo no Brasil são oriundos da terceirização, tendo sido esta a sua causa principal. Segundo ele, “isso ocorre muito nas fazendas, em que o fazendeiro contrata o “gato”, que alicia os trabalhadores. Quando a gente aciona essas empresas, elas dizem: quem contratou foi o “gato”, não fui eu. Ele terceirizou a contratação. Da mesma forma com essas grandes marcas, que fazem uma cadeia produtiva quase infinita para a produção das suas roupas. Elas estão, na verdade, terceirizando. A terceirização hoje é condição *sine qua non* para o trabalho escravo. A liberalização para a terceirização impede a responsabilização da empresa que se aproveita daquele trabalhador” (BEDINELLI, 2017).

ameaça, a força ou outras formas de coação, o medo da violência, engano ou falsas promessas, o abuso de poder, a posição da vítima de vulnerabilidade, a detenção ou prisão, pressão psicológica ou condições socioeconômicas (SILVA; GOÉS, 2013, p. 294).

Assim ocorre a escravidão contemporânea no Brasil, tipificada no Brasil por meio do Decreto-lei nº 2.848/1940, que no seu art. 149 inseriu o uso desta mão de obra como crime, previsto no Código Penal. Esse mesmo artigo sofreu alterações por meio da Lei nº 10.803/2003, passando a vigorar com a redação:

Art. 149: Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (BRASIL, 1940).

Dentre os diversos setores que exploram mão-de-obra escrava no Brasil, o agronegócio é uma modalidade de grande expressão. É obtida por meio de um contrato de trabalho que busca dissimular a relação empregatícia, efetivado por meio de subempregados denominados “gato”, “zangão” ou “turmeiro”, que agem como mediadores no processo de aliciamento dos trabalhadores. Geralmente, os gatos pertencem à mesma categoria social dos trabalhadores, que, aproveitando épocas de pouca movimentação agrícola, quando os pequenos produtores rurais precisam de mais dinheiro para o sustento da família, ou viajando a regiões distantes economicamente pobres, celebram os contratos facilmente, prometendo condições que posteriormente não são cumpridas.

Ao mesmo tempo, os “peões” são os trabalhadores, na maioria homens entre 15 e 40 anos de idade, afrodescendentes e oriundos dos Estados mais pobres da Federação, que possuem poucas expectativas de trabalho.

Os gatos escolhem áreas afetadas pela depressão econômica, e vão de porta em porta ou anunciam pela cidade que estão contratando empregados. Um elemento muito importante é a confiança, pois muitas vezes os gatos são pessoas do próprio local onde se está recrutando trabalhadores, que prometem bons salários, comida e assistência médica.

Noutras situações, os gatos utilizam como instrumento de aliciamento o abono ou adiantamento. Nesse caso, é adiantada, antes do início da prestação de serviços, uma quantidade em dinheiro para o trabalhador, que utiliza esse valor para atender às necessidades básicas da sua família, já saindo de sua cidade em débito com o gato. A esse valor se acrescenta o transporte, que é extremamente precário e em desacordo com as normas legais, feito em caminhões ou ônibus especialmente locados para o fim de transporte de trabalhadores de um estado a outro (CASTRAVECHI; JOANONI NETO, 2013; COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011; MATTJE, 2006).

Sob essa situação, centenas de trabalhadores do Piauí, Maranhão, Tocantins e Pará foram resgatados ao longo de anos na Fazenda Brasil Verde, localizada em Sapucaia, no sul do estado brasileiro do Pará, pertencente a João Luiz Quagliato Neto, um dos maiores criadores de gado do Norte do país, em condições análogas à de escravo. Na fazenda, a forma mais comum de trabalho escravo era a servidão por dívida, ocorrida quando os trabalhadores assumem uma questão moral com o patrão.

Questionando a falta de controle sobre as contas, os empregados, por “questão de honra”, não querem sair da fazenda com dívidas, que,

todavia, são crescentes e insolvíveis. Para garantir a existência dessa dívida, é utilizado um sistema de barracão (*truck-system*), pelo qual o obreiro não recebe seu salário em dinheiro, mas sim por meio de vales que devem ser descontados nesses barracos, onde os itens de sobrevivência básica são vendidos por preços exorbitantes e acima do mercado. Quando decidem, mesmo assim, abandonar o trabalho, são coagidos, moral e fisicamente, a permanecerem e trabalhar (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011; MATTJE, 2006; OLIVEIRA, 2017). Conforme o relato de um dos trabalhadores resgatados na última turma, no ano 2000 explica que, “[...] para sair da fazenda é só fugindo, um ato de resistência comum à escravidão histórica” (OLIVEIRA, 2017). Assim como no séc. XIX, resistir e fugir dessas condições era praticamente um crime, penalizado com a morte.

3 O CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL: O PAÍS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A realidade da escravidão rural contemporânea no Brasil entra em pauta como uma questão a ser debatida especialmente a partir da decisão do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na qual o Brasil foi responsabilizado internacionalmente pela omissão no combate à prática de trabalho escravo. Muito embora os trabalhadores já não sejam obrigados a trabalharem literalmente atrelados a correntes, a violação moderna não é menos grave do que a do passado, uma vez que a liberdade e a dignidade desses trabalhadores são violadas, tendo em vista condições degradantes às quais são submetidos.

Num contexto global, a OIT produziu dois relatórios sobre o tema. O primeiro é de 2001, intitulado “Não ao Trabalho Forçado”, e destacou a existência dessa forma de exploração no Brasil, e outro em 2005, chamado “Uma Aliança contra o Trabalho Forçado”, que complementou as informações do primeiro relatório, e destacou o agravamento da situação causado por conflitos de competência sobre casos de trabalho forçado entre a Justiça Federal, as justiças estaduais e a Justiça do Trabalho, somada ao baixo valor das multas incidentes (SILVA; GOÉS, 2013, p. 295).

Segundo o relatório de mérito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁷ o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil foi originado após denúncia da Comissão Pastoral da Terra (CPT) e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) em 12 de novembro de 1998,⁸ àquela Comissão, acerca da omissão e negligência do Estado brasileiro em investigar e fiscalizar a prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, bem como o desaparecimento de dois trabalhadores adolescentes da mesma fazenda, Iron Canuto da Silva e Luis Ferreira da Cruz. Na referida denúncia, o Brasil foi acusado de violar os arts. I, VII, XI, XIV e XVIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e os arts. 1.1, 4, 5, 6, 7, 8, 19, 22 e 25 da Convenção Americana, artigos esses relacionados ao direito à vida, liberdade, segurança, igualdade, proteção à infância, justiça, dentre outros, além destes, a referida denuncia também acusava o Brasil de violar o art. 1.a da Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre

⁷ Disponível integralmente em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>

⁸ A primeira denúncia foi feita em 1988, seguida de outras 11, o que resultou em seis fiscalizações (1989, 1993, 1996, 2000, 2002) e 340 trabalhadores resgatados ao longo de quatorze anos após a verificação da existência de trabalhadores em situação “irregular” e constatadas “algumas falhas” na fazenda (FONTENELE, 2016; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 85).

a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 1-2).

Em 2011 a Comissão emitiu um relatório considerando como fatos provados a alegação de trabalho escravo naquela fazenda, e solicitou ao Estado brasileiro o cumprimento de uma série de recomendações, providenciando adequada reparação, física e moral, pelas violações, investigação no desaparecimento dos jovens e a tomada de ações para evitar que a situação se repetisse.

Nesse relatório, a CIDH propôs nove recomendações, dentre elas, a de que o Brasil reparasse material e moralmente as violações aos Direitos Humanos, restituindo às famílias o valor dos salários aos quais os trabalhadores tinham direito e não foram pagos; que investigasse o desaparecimento dos jovens e continuasse com as políticas públicas de repressão ao trabalho escravo. No entanto, em março de 2015 a Comissão submeteu o caso 12.066 à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por considerar que o país não cumpriu tais recomendações, como o primeiro caso de trabalho escravo a ser julgado pela Corte (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011; OAS, 2015).

Foi a ausência de efetividade na aplicação da lei para proteger os direitos dos trabalhadores, punir os responsáveis e reparar os danos, que fez com que o caso fosse aceito na CIDH em 2015. Uma vez na Corte, o Estado Brasileiro se tornou réu. Isso porque o sistema de direitos humanos foi criado para punir abusos de Estados contra seus cidadãos (OLIVEIRA, 2017).

Assim, foram realizadas, em fevereiro de 2016, as primeiras

audiências na Corte. Nelas, conforme o frei Xavier Plassat (2016), “foi possível evidenciar a realidade brutal e sistemática do trabalho escravo naquela época, destacando elementos que constituíam um verdadeiro “padrão”, uma prática sistemática, especialmente naquela região Norte do Brasil”. Ainda segundo o Frei, durante a audiência, o representante do Estado (Procuradoria-Geral da União) negou a existência de trabalho escravo na época na Fazenda Brasil Verde, sendo, ao final da audiência, questionado pelo representante da Comissão o motivo pelo qual o Estado brasileiro resgatou, à época das denúncias, tantos trabalhadores.

A sentença foi proferida em 20 de outubro de 2016,⁹ mas só foi divulgada em 15 de dezembro do mesmo ano, e a Corte reconheceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos fora violada em vários aspectos, como na proibição da escravidão e servidão, trabalho forçado, tráfico de escravos e mulheres, integridade física, psíquica e moral, direito das crianças e o direito à liberdade, artigos 5, 6, 7, 22 e 1.1 dessa Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016). Em considerações sobre o caso, a Corte:

[...] se pronunciou no sentido de estabelecer que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, p. 88).

Dessa forma, para a Corte, não basta que os Estados se abstenham de violar direitos - devem também adotar medidas no sentido de garantir

9 Disponível integralmente em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf

a proteção do sujeito de direito, seja por sua condição de pessoa, seja por alguma situação específica em que se encontre, como vulnerabilidade decorrente de extrema pobreza ou marginalização. O Estado, incorre, assim, em responsabilidade internacional quando, havendo discriminação estrutural, não adota medidas específicas relacionadas à situação peculiar dos sujeitos. Essa situação foi compartilhada pelos trabalhadores resgatados da referida fazenda: estavam em situação de extrema pobreza; eram originários das situações mais pobres do país, com poucas perspectivas de trabalho e emprego; analfabetos, com pouca ou nenhuma escolarização, situações tais que os tornavam mais suscetíveis de serem aliciados mediante falsas promessas e enganos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

Perante tais fatos, numa condenação inédita, considerando que o Brasil não adotou as devidas diligências excepcionais, necessárias diante da particular situação de vulnerabilidade em que se encontravam os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde a Corte determinou que o Estado adote medidas específicas de reparação, que incluem a retomada da investigação do caso e o pagamento de indenizações aos trabalhadores afetados

Por meio dessas medidas, o Estado deve reiniciar as investigações com a diligência necessária, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, restabelecendo o processo penal de que investigava o trabalho escravo na fazenda, encerrado por prescrição. Uma vez que a situação se trata de graves violações de direitos humanos, o Estado brasileiro deve tornar o trabalho escravo um delito imprescritível, para que a prescrição não se torne um obstáculo nas investigações e punições dos responsáveis. Embora os representantes tenham demonstrado preocupação com a tramitação de adotar medidas legislativas que possam

levar a um retrocesso no combate ao trabalho escravo,¹⁰ a Corte ponderou pela sua incompetência de intervenção em debates legislativos internos dos Estados, considerando, apenas, que as penas dos delitos devem ser proporcionais à violação de direitos humanos que eles acarretam.

No que diz respeito à políticas públicas, a Corte considerou alguns obstáculos no combate ao trabalho escravo no Brasil, como a dificuldade de implementação de políticas públicas devido à grande extensão do território nacional e da desigualdade social que acarreta na falta de comunicação, a suspensão da “Lista Suja” de empregadores de escravos descobertos, em 23 de dezembro de 2014 (que não havia sido resolvida até o proferimento da sentença) e o déficit de auditores fiscais do trabalho e falta de equipamento para atendimento das demandas. Assim, tendo em vista que o Brasil, em 1995 havia assumido o compromisso de implementar ações para erradicar o trabalho escravo, a Corte instou ao Estado que mantivesse suas políticas no combate à escravidão, sem permitir retrocessos.

Finalmente, a Corte também determinou obrigações pecuniárias, com o pagamento de indenização aos 128 trabalhadores resgatados e identificados na sentença. A indenização de US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos) deve ser paga pela União para cada um dos 43 trabalhadores resgatados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997; US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos) para os 85 trabalhadores resgatados durante a fiscalização de 15 de março de 2000; e US\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos) para o CEJIL e à CPT, pelas despesas processuais que incorreram durante o

10 Está em tramitação, atualmente, o projeto de Lei 3842/12 do ex-deputado Moreira Mendes que visa mudar a definição de trabalho escravo do art. 149 do Código Penal brasileiro, retirando os termos “jornada exaustiva” e “condições degradantes de trabalho”. A mudança levaria à caracterização de trabalho escravo apenas quando houvesse privação física da liberdade (BRASIL, 2015).

processo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016)

Para Luis Doca, a reparação econômica era um sonho, mais do que mera esperança. Agora, os trabalhadores pretendem pagar suas dívidas e comprar terras, para que possam garantir seu próprio sustento e o das próximas gerações com o dinheiro a ser recebido. “Já matutei um bocado de coisa, tenho um terreno e quero ‘crescê-lo’, ter uma ‘sementinha’ de gado. Arrumar minha casa, puxar energia para a casinha do terreno. Pagar minhas dívidas. E enquanto esses braços aqui e os da mulher tiverem forças, vamos continuar trabalhando”. Já a intenção de Francisco das Chagas Diogo, de 70 anos, outro trabalhador resgatado, é abandonar o modelo de arrendamento de terras que usa para suas pequenas safras e “[...] garantir emprego para meus filhos”, conta (OLIVEIRA, 2017).

O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil é a quinta condenação do Brasil desde que o país se submeteu à jurisdição da Corte em 1998. A legislação pátria ainda é deficiente, e não são poucos os problemas estruturais nos órgãos policiais e jurídicos, especialmente na Justiça criminal. Diante do triste cenário da escravidão contemporânea, que se alastra pelo mundo todo, a condenação nesse caso é o retrato de um país que ainda não abandonou suas raízes, e ainda mantém um legado da escravidão.

4 ULTRACICLO E SISTEMAS SOCIAIS: ANÁLISE DA ESCRAVIDÃO A PARTIR DE UMA LÓGICA POLICONTEXTURAL

As narrativas dos trabalhadores resgatados da Fazenda

Brasil Verde não deixam dúvidas de que o trabalho escravo ainda é comum, e mais ainda, se tornou uma prática normalizada e até mesmo institucionalizada. O fantasma da escravidão, que deveria ter sido deixado para trás, em 1888, ainda assombra o presente, tornando possível constatar que há ausência na efetivação dos direitos trabalhistas na busca por trabalho. Mas o que origina essa prática? Apenas negligência do Brasil em fiscalizar e reprimir? A realidade mostra que o trabalho escravo contemporâneo não é meramente questão de política ou regulamento. Os direitos trabalhistas existem, tanto em âmbito nacional quanto internacional, e todos os trabalhadores têm direito a eles. É necessário examinar mais profundamente a questão do trabalho escravo, como produto da monocultura de produtividade capitalista.

Muito embora a proteção contra a escravidão contemporânea seja pouco tratada na Constituição Federal (CF), a proteção contra as formas contemporâneas de exploração possui *status* constitucional. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF) são fundamentos da República Federativa do Brasil, e possuem como finalidade erradicar a pobreza e marginalização, enquanto estabelece a igualdade e liberdade como direitos fundamentais (arts. 3º, III e 5º, CF) (SILVA; GOÉS, 2013, p. 299). Ademais, figura no texto constitucional brasileiro o art. 243 (caput e parágrafo único), cujo texto foi incluído apenas em 2014, mediante a Emenda Constitucional nº 81, versando acerca da expropriação de terras e bens utilizados tanto em caso de tráfico e produção de substâncias psicotrópicas quanto de utilização de trabalho em condições análogas à de escravo (BRASIL, 1988).

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a

exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Em sua defesa, ainda perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no que condiz à prevenção, o Estado brasileiro alegou, dentre outras ações, políticas públicas de reforma agrária, de combate à violência no campo e fiscalização trabalhista (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 7). Como membro da Organização das Nações Unidas (ONU), o país assumiu a responsabilidade de reafirmar os direitos humanos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, concordando com o patamar mínimo de proteção da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Isso significa que, além do direito ao trabalho, com liberdade na escolha do emprego e condições justas de labor, o país tem o dever de proporcionar e sustentar direitos de repouso e lazer, pois, além de se comprometer com a ONU, o Brasil também é membro da OIT desde a instituição da organização em 1919, quando aderiu à conhecida Declaração da Philadelphia, promulgada pelo Decreto nº 25.696 de 1948 e ratificou oitenta e uma convenções internacionais (SILVA; GOÉS, 2013, p. 300).

Especificadamente acerca do trabalho escravo, afirmaram a

prioridade nacional na sua erradicação, desde 1995, quando o governo reconheceu sua existência. Acerca disso, destacou as seguintes políticas públicas para combater o trabalho escravo no país: um sistema de cooperação entre Polícia, Ministério Público do Trabalho, superintendências regionais do trabalho e emprego e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel; o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Escravo; a criação, em 2003, da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, “cuja função primordial é supervisionar a execução do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 7); atenção aos trabalhadores resgatados; intervenção estatal nos contratos laborais; criação do dia nacional da luta contra o trabalho escravo e a criação da “Lista Suja”, uma lista com os empregadores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sancionadas pela prática de trabalho escravo. Sobre os adolescentes desaparecidos, alegou apenas que o Estado “tem a obrigação de meio de empreender esforços nas investigações, mas não de encontrá-los” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 7).

Todavia, como já se sabe, apesar dos argumentos brasileiros de que grandes avanços estão sendo feitos, no relativo à fiscalização e sensibilização, a CIDH concluiu pela competência da Comissão para analisar o caso, além de ausência de investigação eficaz diante das denúncias apresentadas. No que diz respeito às políticas públicas de combate ao trabalho escravo, a Comissão considerou que tais medidas são exemplares, o que resultou no resgate de 40.000 trabalhadores entre os anos de 1995 e 2000, muito embora apenas 50% das denúncias sejam atendidas, o que leva à presunção de que o número real de trabalhadores nesta situação seja muito maior (COMISSÃO INTERAMERICANA DE

DIREITOS HUMANOS, 2011, p. 15).

Acerca dos números do trabalho escravo no país, o Ministério do Trabalho informa que, em 2015, foram resgatados 1.010 trabalhadores que estavam condições análogas à escravidão, por meio de 140 operações realizadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel e por auditores fiscais do trabalho. Nessas operações, ainda, foram identificados trabalhadores nessa situação em 90 dos 257 estabelecimentos que foram fiscalizados. No entanto, diferentemente do caso em estudo, ocorrido na zona rural, a maioria das vítimas resgatadas nessas operações foi localizada em área urbana, totalizando 61% dos casos. Os trabalhadores foram resgatados principalmente nos estados de Minas Gerais, Maranhão, Rio de Janeiro, Ceará e São Paulo (FONTENELE, 2016)

Aliás, a prática da redução de trabalhadores a condições análogas à de escravo em ambiente urbano já é de conhecimento não apenas público e notório, mas também, já academicamente analisado. Figueira, Sudano e Galvão (2013) relatam a prática corriqueira de escravidão urbana contemporânea de trabalhadores chineses no Rio de Janeiro. Cunha e Mello (2005), a de chineses e de libaneses. São noticiados na mídia casos de resgate de trabalhadores bolivianos (POLÍCIA..., 2014) e haitianos (HAITIANOS..., 2014) na cidade de São Paulo, reduzidos a condições análogas à de escravo.

O início do ano de 2017 foi permeado por uma grande polêmica no território brasileiro, envolvendo a decisão do Ministério do Trabalho em não divulgar a Lista Suja do trabalho escravo – lista que revela o nome de empregadores envolvidos em investigações referentes à utilização de mão-de-obra análoga à escrava. Ela foi criada em 2003 por uma portaria – substituída, atualmente, pela Portaria Interministerial nº 4 (BRASIL, 2016) – para evitar que as empresas que exploram mão-de-obra escrava

não tivessem acesso a empréstimos públicos (BEDINELLI, 2017).

Durante dez anos a lista foi divulgada sem maiores contestações, até que, em 2014, após investigações que constataram a presença de trabalho escravo na construção civil, as construtoras criaram uma associação, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), que contestou a portaria no Supremo Tribunal Federal (STF), impugnando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin). Assim, em 22 de dezembro daquele ano, o ministro Ricardo Lewandowski determinou a suspensão da lista, sob o argumento de que ela não permitia direito ao contraditório e ampla defesa (TEIXEIRA, 2015). A questão se arrastou durante dois anos, até que, em fevereiro de 2017 o juiz Rubens Curado Silveira, da 11ª Vara do Trabalho de Brasília manteve liminar que dava o prazo de 30 dias para o governo federal divulgar o Cadastro de Empregadores flagrados utilizando mão de obra escrava (MINISTÉRIO..., 2017).

Cabe, por fim, realizar uma análise do caso a partir da teoria dos sistemas – conforme uma das suas mais recentes construções: a teoria da reflexividade ultracíclica, proposta por Teubner. Conforme este, quando se está a tratar sobre acoplamentos estruturais entre sistemas (ou seja, pontos em comum entre dois ou mais sistemas, os quais irão permitir uma “tradução” entre tais sistemas em contato), dois tipos teóricos podem ser identificados, de acordo com os seguintes parâmetros (TEUBNER, 1991, p. 133): pertença dos sistemas acoplados a diferentes áreas fenomenológicas (e.g. consciência e comunicação); ou sua pertença à mesma área fenomenológica, como sistemas autopoiéticos de segunda ordem (e.g. Direito e Economia; Política e Economia; Direito e Política; etc.). Esse segundo tipo de acoplamento é distinto porque todo evento no subsistema funcional é sempre comunicação para a sociedade como um

todo, e apenas após isto se torna ligado a eventos no sistema específico.

Quando um sistema (e.g., a Economia) “lê” construções de outro (e.g. novas formas de contrato que surgem no Direito em razão de novos tipos de operações econômicas) como representativas de novas oportunidades de mercado e/ou de aumento exponencial no número de transações econômicas, é possível observar uma exploração mútua. Completa-se, assim, um círculo, em que um sistema percebe como importante, dentro da sua lógica, diferenças operadas comunicativamente no seio de outro – elementos construídos, talvez, para propósitos diferentes, sendo que este sistema que criou tal diferenciação explorará, muito provavelmente, o reflexo comunicado por outro (TEUBNER, 1991, p. 135-136).

Observa-se, aqui, não apenas uma reconstrução mútua das operações sistêmicas, mas sim, uma catálise *stricto sensu* do processo de crescimento. As transações operam, assim, autocataliticamente na reprodução de atos jurídicos para criar normas. Por outro lado, os atos jurídicos operam autocataliticamente na reprodução de atos jurídicos e heterocataliticamente na reprodução de transações econômicas. Eis aqui uma possibilidade de ligação mediante processos *ultracíclicos* – podendo a generalização e a re-especificação sociojurídicas das relações ultracíclicas ser formuladas da seguinte maneira (TEUBNER, 1991, p. 136):

- a) os processos autorreprodutivos no Direito e na Economia, por exemplo, se pareariam ciclicamente mediante os institutos do contrato e da propriedade, num processo autorreprodutivo;
- b) o ultraciclo operaria acelerando o crescimento, de forma que, concomitantemente, a economia

- produza transações autocataliticamente (para o seu próprio crescimento) e heterocataliticamente (para o crescimento na produção de normas jurídicas), reciprocamente;
- c) todavia, essa ligação ultracíclica do Direito e da economia não origina um novo sistema operativamente fechado: ela é fundamentada na separação e na autonomia dos sistemas envolvidos, sendo explorada a diferença fundamental das operações sistêmicas (transações e atos jurídicos) na heterocatálise. De acordo com essa lógica, não há um hiperciclo econômico-jurídico, mas um ultraciclo que ultrapassa os limites do Direito e da economia, uma relação circular de reafirmação entre cada sistema e o nicho onde se encontram.

O modelo ultracíclico para a compreensão dos mecanismos recursivos de auto e heterocatálise pode também ser utilizado para a visualização de relações entre Direito e política, mormente na tentativa de regulação política da sociedade. O mecanismo de autorregulação jurídica orientado pela política, somado ao acoplamento estrutural duplicado, pode ser generalizado. Ou seja: o que se cria de novo na política (e.g. novas leis para regulamentar novas relações de trabalho) tem, numa ordem jurídica da família da *Civil Law*, um caráter generalizável pelo Direito – ora, novas lides apresentadas após essa nova lei (se é que esta última não venha a perder vigor por inconstitucionalidade, por exemplo) serão julgadas com base nessa nova política traduzida em instrumento legal.

Um ultraciclo é o tipo de interação cíclica que emerge entre os códigos privados e públicos. Como as normativas públicas (principalmente as internacionais) constituem Direito válido, porém sem sanção (*soft law*), tem-se que são meras recomendações (que podem

influenciar, apelar para determinada conduta, mas sem impor sanção) e os códigos privados são hipercíclicamente autopoieticos, aqueles não integram a unidade normativa dos ordenamentos intracorporativos. “São apenas irritações externas ao ciclo de validade interna de códigos privados, [e.g.] os códigos da ONU, da OIT, da OCDE e da UE”, irritações externas que estas organizações internacionais enviam às organizações transnacionais – e, o fato de tais impulsos externos surtirem efeito (ou não) nos ordenamentos privados, “formando normas constitucionais vinculantes ou não, não é decidido pelas instituições do mundo estatal, e sim pelos processos internos de organizações privadas” (TEUBNER, 2012, p. 122-123).

O desenvolvimento (e o hipotético reflexo social) de normas acerca do combate ao trabalho escravo pode ser tido como um ótimo exemplo do funcionamento do ultraciclo: a comunicação social impulsiona a criação de novas normas no sistema político mundial; essas normas podem ser percebidas das mais variadas maneiras nos âmbitos internos estatais – porém, no programa jurídico brasileiro, tendem a ser reconhecidas como válidas nas mais variadas hierarquias (sendo que, quando versam sobre direitos humanos, podem ser consideradas normas infraconstitucionais, mas supralegais). Essa mudança é percebida pelo Direito como irritação, criadora de novos direitos e obrigações, bem como de sanções; tais irritações impulsionam o Direito, por sua vez, a construir novas normas (o que poderia operar a modificações no sentido jurídico de determinadas atitudes, já que aquilo que antes seria considerado como “seguro”, passa a poder se tornar considerado como arriscado e, muito provavelmente, antijurídico); mas a nova norma jurídica não passará a valer, na economia, como um mandamento categórico comportamental, mas como simples irritação no que concerne ao cálculo de custos; este

aumento nos custos irá, por sua vez, desencadear a ação de lobistas para que, na política, venham a causar intervenções no sentido de reformular a própria padronização técnica (TEUBNER, 2012, p. 138-139). Revela-se, portanto, um circuito ultracíclico entre os vários sistemas que mutuamente se irritam, mas que desenvolvem sentidos internos de acordo com parâmetros próprios.

Mas esse ultraciclo também pode vir a ocorrer de modo a se valer da corrupção nos mais variados níveis: corrupção política (e.g. o *lobby* para a alteração de leis concernentes à dignidade no trabalho e fiscalização), pois influências sociais e econômicas passam a ter peso nas decisões políticas; corrupção jurídica (tanto a fiscalização insuficientemente operante quanto o *lobby* realizado junto às instâncias decisórias), eis que influências econômicas e políticas passam a ser mais fortes do que o código jurídico nas decisões de tal âmbito. Tal modelo serve para a análise da complexidade global atual como ferramenta muito útil para se perceber a evolução de sistemas sociais em direções aparentemente contrárias àquilo que a dogmática tradicional colocaria. Se mostra capaz de ilustrar não apenas as mudanças em leis e jurisprudência, mas também permitem visualizar *tendências* entre os mais variados sistemas.

Aqui, nota-se com bastante acurácia o que ocorre em casos de escravidão, como o ocorrido na Fazenda Brasil Verde: interessa mais ao mercado a produção no menor valor possível (o que pressupõe contratações precárias, menores gastos em instalações dignas a trabalhadores) para a obtenção de maior margem de lucro. E um sistema existente, porém pouco suficiente, de fiscalização do trabalho, permite a criação de verdadeiros mercados de exploração de mão-de-obra análoga à escrava (“gatos”, aliciadores, etc.). Assim, o que ocorre nos programas da política e no

Direito no Brasil (muito capazes de prescrever, mas pouco de efetivarem políticas, normas, estratégias fiscalizatórias e sancionar) facilita a operabilidade de verdadeiras organizações econômicas embasadas num Estado falho. Por outro lado, esse mesmo mercado, mediante diversos processos comunicativos de pouca (ou nenhuma) visibilidade, se valem de estratégias comunicativas políticas para forçarem a alteração de leis (trabalhistas, concernentes à fiscalização, de direitos humanos, etc.). E, também, da influência sobre julgamentos relacionados a tais temas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil foi o último país no Ocidente a abolir a escravidão, em 1888. A ausência de políticas de reparação ainda ecoa pela desigualdade na sua sociedade. Negros e pardos são mais vulneráveis e propensos a sofrerem com violência, pobreza, baixa escolaridade, acesso precário à saúde e menores oportunidades de emprego. Assim, não surpreende ver que essa população é um dos alvos das formas contemporâneas de escravidão, muito embora, destaca-se, a escravidão contemporânea não esteja mais unicamente relacionada com etnia, raça ou sexo, como no séc. XIX, mas sim, a uma série de fatores históricos e econômicos, tais como a concentração de renda e precariedade de acesso à terra, a baixa escolaridade, que dificulta a busca por oportunidades justas de emprego, o que faz com que empresários e fazendeiros optem por exploração de uma mão-de-obra barata a fim de otimizarem seus lucros.

Para superar os erros do passado, o Brasil criou um sistema para proteger as vítimas dessa forma de exploração. Todavia, ao que parece, essas medidas ainda não são suficientes para proteger todos os vulneráveis da escravidão.

A fim de compreender quais desafios impedem a plena eficácia da proteção ao trabalhador no Brasil, esta pesquisa baseou-se, além nas informações disponíveis sobre o aliciamento de trabalhadores para trabalho escravo, também nas narrativas de pessoas resgatadas dessas situações, cujos depoimentos estão disponíveis na mídia, como fonte de informação para compreender que a escravidão contemporânea é um fenômeno complexo, que não deve ser analisado sob uma única perspectiva.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária cuja finalidade é salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano. Desta forma, as decisões dessa corte possuem um caráter obrigatório, da mesma forma que as decisões do Poder Judiciário nacional de cada Estado-membro. A partir disso, narrar a situação ocorrida na Fazenda Brasil Verde, fatos julgados e condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mostram que uma das dificuldades associada à busca de reparação das vítimas (a própria sentença da CorteIDH foi nesse sentido) está relacionada à políticas públicas ineficazes, que são baseadas apenas em suposições de desejos e necessidades e a ausência da participação dos próprios trabalhadores durante as discussões.

Essa ausência também é relacionada com uma tradição que encara o trabalhador rural como mero bem não-produtivo, que é incluído no mercado como um recurso que pode ser descartável. No momento do resgate, os trabalhadores restauram seus direitos e sua própria dignidade. A remediação oferecida pelo governo, no formato de indenização trabalhista, no entanto, não parece ser eficaz para evitar que os trabalhadores retornem ao *status quo ante*, de forma que, uma vez resgatados, mas ainda em condição de vulnerabilidade, os trabalhadores

acabam voltando às mesmas situações humilhantes.

REFERÊNCIAS

BALES, Kevin. **Disposable people: new slavery in the global economy**. California: University of California Press, 2012.

BEDINELLI, Talita. Trabalho escravo: “há fazendas com hospitais para o gado, mas o trabalhador não tem nem água tratada”. **El País**, São Paulo, 2 abr. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/29/politica/1490822084_983546.html>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BRASIL. **Comissão aprova projeto que muda definição de trabalho escravo no Código Penal**. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/486200-COMISSAO-APROVA-PROJETO-QUE-MUDA-DEFINICAO-DE-TRABALHO-ES CRAVO-NO-CODIGO-PENAL.html>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 58.563**, de 1º de junho de 1966. Promulga e Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. **Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016**. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTPS/PORT_INTER_04_16.html>. Acesso em: 7 abr. 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Ministério da Justiça publica pacto federativo para erradicação do trabalho escravo**. 26 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2017/janeiro/ministerio-da-justica-publica-pacto-federativo-para-erradicacao-do-trabalho-escravo#portal-top>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **II plano nacional para erradicação do trabalho escravo**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/direitos-assegurados/pdfs/pnete-2>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRYSK, Alison; CHOI-FITZPATRICK, Austin. Rethinking trafficking. In: _____. **From human trafficking to human rights: reframing contemporary slavery**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012. p. 1-10.

CASTRAVECHI, Luciene Aparecida; JOANONI NETO, Vitale. O exílio da vida nas margens do mundo: violência contra trabalhadores escravos em Mato Grosso. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 32-56. nov. 2013. Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9077/13329>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório nº 169/11. Caso 12.066**. Admissibilidade e mérito. Fazenda Brasil Verde. Brasil. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2017.

COSTA, Emília Viotti da. **A abolição**. 9. ed. São Paulo: UNESP, 2012.

CUNHA, Neiva Vieira da; MELLO, Pedro Paulo Thiago de. Libaneses e chineses: sucessão, conflito e disputa numa rua de comércio do Rio de Janeiro. **Anuário Antropológico**, Rio de Janeiro, p. 55-169, 2005.

DELGADO, Laura Gelbert. “Escravidão não é coisa do passado”, alerta chefe da ONU. **Notícias e Mídia Rádio ONU**, 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2017/03/escravidao-nao-e-coisa-do-passado-alerta-chefe-da-onu/index.html#.WMtK4mQrJgR>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ESSEISSAH, Khaled. Paradise is under the feet of your master: the construction of the religious basis of racial slavery in the mauritanian arab-berber community. **Journal of Black Studies**, San Diego, v. 47, n. 1, p. 3-23, 2016.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende; SUDANO, Suliane; GALVÃO, Edna. Os chineses no Rio: a escravidão urbana. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 90-112, nov. 2013.

FONTENELE, Cristina. Estado brasileiro será julgado na Corte Interamericana por denúncias de trabalho escravo. **Escola de Governo**, 10 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/noticias/4670-estado-brasileiro-sera-julgado-na-corte-interamericana-por-denuncias-de-trabalho-escravo>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

HAITIANOS são resgatados em condições de escravidão em SP. **G1**, São Paulo, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>

sao-paulo/noticia/2014/08/haitianos-sao-resgatados-em-condicoes-de-escravidao-em-sp.html>. Acesso em: 7 abr. 2017.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.

MATTJE, Emerson Tyrone. **Expressões contemporâneas de trabalho escravo**: sua repressão penal no Brasil. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

MINISTÉRIO divulga ‘lista suja’ do trabalho escravo. **Época Negócios**, São Paulo, 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/03/epoca-negocios-ministerio-divulga-lista-suja-do-trabalho-escravo.html>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OAS. **IACHR** takes case involving Brazil to the Inter-American court. 7 May 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/045.asp>. Acesso em: 2 abr. 2017.

OLIVEIRA, Regiane. Eram escravos no Brasil e não sabiam. Agora o mundo todo ficou sabendo. **Jornal El País**, São Paulo, 6 jan. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/17/economia/1481988865_894992.html?rel=mas>. Acesso em: 3 abr. 2017.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **Escravidão não é coisa do passado, alerta secretário-geral da ONU**. 17 mar. 2017a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/escravidaao-nao-e-coisa-do-passado-alerta-secretario-geral-da-onu/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **O legado da escravidão continua e o mundo ainda tem de vencer o racismo, diz António Guterres**. 28 mar. 2017b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/o-legado-da-escravidaao-continua-e-o-mundo-ainda-tem-de-vencer-o-racismo-diz-antonio-guterres/>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

PLASSAT, Xavier. Brasil é julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por caso de trabalho escravo. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 23 fev. 2016. Entrevista concedida à Cesar Sanson. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/551865-brasil-e-julgado-na-corte-interamericana-de-direitos-humanos-por-caso-de-trabalho-escravo>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

POLÍCIA resgata bolivianos em condição de escravidão em SP. **G1**, São Paulo, 16 out. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/10/policia-resgata-bolivianos-em-condicao-de-escravidaao-em-sp.html>>. Acesso em: 7 abr 2017.

REZENDE, Gervásio Castro; KRETER, Ana Cecília. Existe realmente trabalho escravo na agricultura brasileira? **Revista de Política Agrícola**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 98-107. abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <<https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/380/327>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SCOTT, Rebecca. O trabalho escravo contemporâneo e os usos da história. **Revista Mundos do Trabalho**, Florianópolis, v. 5, n. 9, p. 129-137. jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/mundosdotrabalho/article/view/1984-9222.2013v5n9p129/25479>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da; GOÉS, Karine Dantas Góes e. Proteção contra as formas contemporânea de escravidão: uma garantia constitucional. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 289-312. nov. 2013. Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9081/13333>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SOARES, Marcela. Como erradicar o trabalho escravo no Brasil? Notas a propósito do relatório da ONU. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 162-186. nov. 2013. Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9078/13330>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

TEIXEIRA, Benedito. **Suspensão da ‘lista suja do trabalho escravo’ no Brasil é destaque na mídia internacional**. 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/janeiro/suspensao-da-2018lista-suja-do-trabalho-escravo2019-no-brasil-e-destaque-na-midia-internacional>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

TEUBNER, Gunther. Autopoiesis and Steering: how politics profits from the normative surplus of capital. In: VELD, Roeland In't et al. (Ed.). **Autopoiesis and configuration theory: new approaches to societal steering**. Boston: Kluwer, 1991. p. 127-143.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by ‘private’ transnational actors. **Modern Law Review**, London, v. 69, n. 3, p. 327-367, 2006.

Como citar: TONDO, Ana Lara; FORNASIER, Mateus de Oliveira. O Ultraciclo da Escravidão Contemporânea: Análise Do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde V. Brasil”. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.43-84, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p43. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 25/04/2017

Aprovado em: 14/11/2017

**A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO
CONTEXTO DO NEOPROCESSUALISMO
CIVIL E O PRINCÍPIO DA
CONSENSUALIDADE**

**THE AUTOCOMPOSITION OF
CONFLICTS IN THE CONTEXT OF CIVIL
NEOPROCESSUALISM AND THE PRINCIPLE
OF CONSENSUS**

Gina Vidal Marcílio Pompeu*
Dayse Braga Martins**

* Doutora em Direito em 2004 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito em 1994 pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito em 1987 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

** Doutora em Direito em 2017 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestrado em Direito em 2003 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito em 1999 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Como citar: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.85-114, jul. 2018. DOI:10.5433/2178-8189.2018v22n2p85. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente pesquisa objetiva analisar os impactos das normas fundamentais positivadas no Código de Processo Civil de 2015, quanto ao estímulo à solução consensual dos conflitos, especialmente quanto à instituição de um novel princípio processual civil: o da consensualidade. Para tanto, abordar-se-ão a jurisdição, os princípios processuais constitucionais, e as normas fundamentais

do processo civil e suas transformações ao longo do tempo, para, após, analisar seus efeitos no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo. Ao desenvolver este artigo, utilizou-se pesquisa de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, para fins de investigar, explicar e analisar as teorias estudadas e sua repercussão na própria essência do processo civil judicial. Neste sentido, conclui-se que a política judiciária de prioridade à solução autocompositiva de conflitos impactou na mudança de paradigma quanto à sua natureza adversarial, que pode hoje ser caracterizada como consensual, o que, por sua vez, representa uma verdadeira desconstrução e reconstrução de cultura jurídica, daí falar-se em “neoprocessualismo”. Mudança esta que também impacta na democratização do Poder Judiciário, ao se destacar pela participação ativa do jurisdicionado do processo decisório, um verdadeiro exercício de cidadania. Neste sentido, defende-se o surgimento de um novel princípio processual constitucional: o princípio da consensualidade.

Palavras-chave: Autocomposição. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Princípio da consensualidade.

Abstract: This research analyzes the impacts of fundamental norms present in the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure – specifically those regarding consensual

dispute resolution, which bases itself on the novel consensual procedural principle. Therefore, this paper explores the fundamental topics of jurisdiction, constitutional procedural principles, and fundamental norms of civil procedure and its transformations over time, in order to analyze their effects within the context of neo-proceduralism and neo-constitutionalism. Moreover, this study utilized the qualitative research method for descriptive and exploratory purposes, in order to investigate, explain and analyze related theories and their repercussion on the very essence of the judicial civil process. Furthermore, currently judicial policy gives priority to autocompositional solution of conflicts, which is impacted by the paradigm shift, now characterized as consensual. This, in turn, represents a deconstruction and reconstruction of the Brazilian legal culture, hence the term “neoproceduralism”. In this way, it has impacted the democratization of the Judiciary, as there is active participation of parts in the decision-making process, which can be interpreted as a true exercise of citizenship. In short, this study analyzes and defends the emergence of a novel constitutional procedural principle: the principle of consensuality.

Keywords: Autocomposition. Neo-constitutionalism. Neoproceduralism. Principle of consensuality.

INTRODUÇÃO

A mediação e a conciliação vêm, nas últimas três décadas, ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro e nos demais ordenamentos do mundo acidental. O movimento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos motivou-se inicialmente pela oposição ao formalismo da justiça estatal, para após conquistar lugar equivalente ao processo judicial, na condição de meio adequado. Destacou-se de forma pioneira nos Estados Unidos da América (EUA), em meados da década de 1970, e no Brasil e em outros países da América Latina e da Europa, na década de 1990.

O processo de implementação do sistema ADR norte-americano tem seu marco em 2001, com a instituição da *Uniform Mediation Act – UMA*. Norma de alcance nacional que uniformizou os princípios da mediação, em substituição às mais de 2.500 normas estaduais. Elaborada pela *American Bar Association* (a Ordem dos Advogados dos EUA) e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, objetivou a divulgação dos meios consensuais e estímulo para utilização da mediação como mecanismo “alternativo”¹ solução de seus conflitos.

Já o marco do início da difusão da mediação no Brasil pode ser representado, duas décadas após os EUA, pela fundação do Instituto de Mediação e Arbitragem, em 1994, comandado pelo professor Juan Carlos Vezzulla (1998), argentino com residência no Brasil. Essa instituição foi responsável pela difusão da mediação e da arbitragem ao fomentar a capacitação dos profissionais nessas áreas. Outro

1 A denominação meios “alternativos” tem lugar no início do movimento que surgiu em oposição ao Poder Judiciário lento e oneroso. Atualmente tal nomenclatura não se mostra pertinente, uma vez que refere-se à mediação, conciliação e arbitragem, mecanismo hoje encampados pelo próprio Poder Judiciário e pelo direito processual civil.

instituto também responsável pela divulgação da mediação no Brasil foi o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), fundado em 24 de novembro de 1997, que até os dias de hoje congrega e representa entidades de mediação e arbitragem para dar-lhes suporte técnico e credibilidade no mercado.

Em 2010, após mais de 15 anos de prática extrajudicial e ostracismo legal², o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125/2010, instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”(art.1º) (BRASIL, 2010). A Resolução foi emendada por duas vezes (Emenda nº 01/2013 e nº 02/2016). Tanto serviu de fundamento para a redação das leis de 2015, como também sofreu alterações em consequência das referidas leis, para adaptar-se aos seus ditames. Define a estruturação, funções e competências no âmbito dos Tribunais de Justiça, CNJ, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs). Em seu Anexo I estabelece as diretrizes curriculares do curso de capacitação básica dos mediadores e conciliadores. E no Anexo II, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

Em 2015, culminou com o marco regulatório da conciliação e da mediação de conflitos, por meio da promulgação das Leis 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC) e 13.140/2015 (Lei

2 As autoras em suas falas sobre o lastro temporal da prática da mediação sem regulamentação específica têm denominado de “ostracismo legal”. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se por sua natureza positivista, no qual há um inflacionamento de normas que se somam umas as outras para regulamentação da mesma matéria. Ao contrário do que ocorreu na mediação extrajudicial e judicial, mesmo se tratando de direito adjetivo, fundamentado no princípio da legalidade, foram mais de 20 anos com práticas isoladas no âmbito extrajudicial e algumas experiências oficiosas de mediação judicial. Reputa-se a justificativa do “ostracismo legal” a falta de cultura da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

de Mediação - LM). Os dois normativos representam a positivação da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, que antes de reconhecer o procedimento como legítimo, experimentou-o no âmbito extrajudicial, com o desenvolvimento de várias pesquisas científicas, que comprovaram seu êxito na solução de determinados tipos de conflitos, especialmente os transacionáveis no âmbito do direito civil em geral (contratos, coisas, família, sucessões, consumidor, dentre outros). O CPC regula a mediação e a conciliação no âmbito do processo judicial e a LM trata da mediação no âmbito judicial, extrajudicial e da administração pública.

Paralelo a este movimento, primeiro dos meios “alternativos”, hoje dos meios “adequados” de solução de conflitos, o ordenamento jurídico brasileiro também desenvolveu-se na busca de garantir o acesso à justiça formal e material (KELSEN, 2000). O acesso à justiça formal de viabilizar aos cidadãos exercer seu direito de ação, ao transpor os obstáculos financeiros, com o direito à assistência judiciária gratuita (custas processuais, honorários advocatícios e sucumbenciais). O acesso à justiça material no sentido de garantir um processo célere, eficaz, que propiciasse satisfação das partes envolvidas, ou seja, um sentimento de justiça, a despeito de ter seu provimento deferido ou indeferido.

Neste esteio, a presente pesquisa objetiva analisar os impactos das normas fundamentais positivadas no Código de Processo Civil de 2015, quanto ao estímulo à solução consensual dos conflitos, especialmente por meio da mediação e conciliação judiciais. Para tanto, questiona-se sobre a mudança de cultura jurídica adversarial para consensual no processo civil e a instituição do princípio processual da consensualidade. Neste sentido, abordar-se-ão a jurisdição, os princípios constitucionais processuais, e as normas fundamentais do

processo civil e suas transformações ao longo do tempo, para, em pós, analisar, por meio de uma visão prospectiva, seus efeitos no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo.

Ao desenvolver este artigo, utilizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, com fundamento em obras nacionais e internacionais; de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, para fins de investigar, explicar e analisar a repercussão desse caminhar do ordenamento jurídico brasileiro para a concreção de direitos fundamentais, especialmente, do acesso à justiça, por meio da política nacional de tratamento adequado dos conflitos, no contexto do estado democrático de direito, que, por sua vez, impactou na própria essência do processo civil judicial, que repercute na hipótese de mudança da natureza adversarial, para a natureza consensual do processo civil e a instituição do novel princípio processual da consensualidade.

1 A JURISDIÇÃO DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Inicia-se a análise da jurisdição a partir da formação do estado, teorizada por Thomas Hobbes (1998), e prossegue-se o estudo com a teoria do poder de Montesquieu (2001) e Aristóteles (2002), até o estado constitucional por Hesse (1991), Alexy (2008), e Dworkin (2000). Esse passeio pela história da jurisdição, por meio da teoria do estado e da teoria do poder, fomenta uma análise mais apropriada do hoje, e os efeitos futuros da novel ambiência na qual o processo civil está a passar.

Neste diapasão, Thomas Hobbes (1993) criou uma teoria que fundamenta a necessidade de um Estado Soberano como forma de manter a paz civil. Em sua construção hipotética, partiu do contrário, ou

seja, iniciou sua teoria a partir dos homens convivendo sem Estado, para depois justificar a necessidade dele. Esse estágio do convívio humano sem autoridade, onde tudo era de todos, recebe o nome de *estado natural*. A consequência deste *estado natural* é a ameaça da manutenção da humanidade, que leva os homens a pactuarem entre si, transferindo o direito de autodefesa existente no *estado natural* para o Estado, que garante a efetividade do contrato.

De maneira resumida, infere-se da teoria de Hobbes, que, apesar de pertencer à história do direito natural, antecipa as tendências do direito positivo do século XIX e, apesar de serem correntes antagônicas, atribuiu às leis naturais e civis de sua teoria hipotética, características jus naturalistas e jus positivistas. Para Hobbes não existem dois direitos, mas apenas um, que é o direito positivo. Contudo reconhece a lei natural como fundamento do direito positivo, sendo obrigatória a lei natural somente quando em conformidade com a lei positiva.

Ao articular a teoria do estado com a teoria do direito processual civil e os meios adequados de solução de conflitos, identifica-se que a busca do homem pela paz ou pela boa administração dos conflitos tem origem em sua própria existência, desde seu estado de natureza. E desde a formação do estado as relações de poder e o aperfeiçoamento da solução de conflitos são temas constante na ciência, que merece ser contínuo e continuado, face a dinamicidade das relações sociais. A diferença é que o conflito, “guerra de todos contra todos”, é visto por Hobbes como algo negativo, enquanto que no movimentos dos meios consensuais, há a normalização³ do conflito.

3 Normalização é a forma de encarar o conflito como algo que é normal, comum. A visão positiva ou comum do conflito é importante para distensionar as partes, a fim de que consigam dialogar de forma mais tranquila, mesmo estando diante de divergências. Destacam-se nesta seara, os conflitos de natureza civil e familiar.

Diante da análise da formação do estado, em especial, do estado absolutista, a partir da teoria de Thomas Hobbes, segue-se o estudo com a análise da teoria do poder, com enfoque na função jurisdicional nos governos absolutistas, liberais e constitucionais. No regime absolutista, exemplificado pela teoria de Hobbes, que teve seu destaque na Europa continental, os juízes não exerciam seu múnus com base na lei. Para garantir os interesses do governante, fundamentavam-se em jurisprudências e teses de juristas, o que tornava o direito e a função dos juízes plásticas, amoldáveis aos interesses dos monarcas. Essa submissão dos juízes ao poder instituído era também originada da forma de aquisição dos cargos, que eram indicados pelo soberano, hereditários, com possibilidade de serem comprados e vendidos.

Diante das arbitrariedades do estado absolutista e da crescente importância da burguesia na sociedade moderna, antecedente à Revolução Francesa (1789), reclamou um modo diferente de realização do poder estatal, que teve seus fundamentos na Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, em “O espírito das leis” de 1748 (2001). Esta teoria foi antecedida da “A Política” (2002) de Aristóteles, século XIII antes de Cristo, que já preconizava a divisão de funções no Poder Estatal, embora tais funções estivessem concentradas no poder absoluto do soberano.

A inovação da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu residia não somente na divisão de funções, mas principalmente na concepção de três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. O que efetivamente seria instrumento de combate ao poder absoluto do monarca. Sua teoria consolidou-se com a Revolução Francesa de 1789 e a constitucionalização da separação dos poderes e a garantia das liberdades individuais, descritas na Declaração de Direitos do Homem

e do Cidadão.

Com a consolidação constitucional da Teoria da Separação dos Poderes, as leis tornaram-se instrumento do limite estatal, dando lugar ao Estado Liberal, fundamentado pelo princípio da legalidade. A administração e os juízes ficaram vinculados à letra da lei, o que evitava as arbitrariedades cometidas pelo monarca e pelos juízes. Trata-se do Estado Liberal de Direito, encampado pelos parlamentos da Europa continental, no qual reduziram a direito à lei produzida por uma autoridade competente, afastando de qualquer interpretação da lei que não fosse na sua literalidade.

Houve, portanto, uma transição do regime absolutista no qual os juízes utilizavam uma hermenêutica baseada em múltiplas fontes (moral, religião, jurisprudência, etc), para o regime liberal, no qual os juízes estavam vinculados à literalidade da lei, como forma e combate às arbitrariedades. Assim, substituiu-se o império do monarca, pelo império da lei, o que mais uma vez não atendeu aos anseios de uma sociedade harmônica. O objetivo principal conquistado foi a queda do regime absolutista por ser a lei geral e abstrata, com respeito à liberdade e igualdade formal perante a lei e vincular inclusive o estado.

Ainda na ambiência do Estado Liberal, desenvolveu-se a teoria publicista do processo por meio da Teoria de Chiovenda (2002) em 1903, a qual demonstrou que o juiz cria a norma no caso concreto, ou seja, o Legislativo cria a norma geral e abstrata e o juiz cria a norma individual do caso concreto. Neste sentido, houve uma modificação nos elementos do Direito, ao considerar o direito composto não somente de normas gerais, mas também de normas individuais. Para a jurisdição, o Poder Judiciário passou de mero aplicador de normas para criador do direito, juntamente com o Poder Legislativo. Mas no aspecto prático

da hermenêutica, não houve diferença expressiva, posto que o juiz continuou restrito à literalidade de lei, ainda na concepção de que o juiz ao individualizar a lei abstrata, por meio da sentença.

O positivismo jurídico, que limitava o poder dos juízes à literalidade da lei foi fundamentada por várias juristas, a exemplo, além de Chiovenda, de Hans Kelsen, em “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2000). A codificação do direito foi expressão máxima do regime do *Civil law*, no qual os códigos albergariam todas as soluções de litígios, ou seja, acreditava-se na completude do ordenamento jurídico, reduzido aos códigos, sem a necessidade de recorrer as normas constitucionais. E também seguiu a doutrina da criação da norma individual pelos juízes, com manutenção dos limites da jurisdição à moldura das normas gerais.

Por óbvio, que não se olvida da importância do Estado Liberal e do positivismo jurídico para a negação e prevenção do retorno ao regime anterior (absolutista). Esse formalismo do império da lei foi necessário para limitar o poder arbitrário do estado (monarca e juízes) e oferecer segurança jurídica aos cidadãos, diante da previsibilidade de seu atos, quanto à aplicação das leis. Mas o regime liberal não se sustentou por muito tempo. Ansiava-se também por igualdade material e liberdade positiva, que satisfizessem as necessidades sociais, que não eram supridas pelo então regime liberal, oriundas também das relações entre particulares, e não somente entre o particular e o Estado.

E, paulatinamente, este modelo positivista do Direito, concebido na ambiência do Estado Liberal, incipiente diante do desenvolvimento das relações sociais, e, conseqüentemente do direito, foi dando lugar a teoria neoconstitucionalista, na qual as normas constitucionais ganham força normativa e aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/1988) (BRASIL, 1988). Essa nova era é fruto da necessidade de tutela dos direitos sociais

por meio da jurisdição, que veio tutelar direitos subjetivos privados, a exemplo do direito à privacidade, à informação, às liberdades de expressão, de culto, sexual, bem como, mais recentemente, os direitos difusos (direito ambiental, direito do consumidor), dentre outros.

O período pós Segunda Guerra Mundial marcou a força normativa das normas princípios na Constituição. Diante da inabilidade do direito positivo e da estrita legalidade na função jurisdicional no combate das atrocidades do nazismo, os juristas cuidaram em desenvolver novos paradigmas jurídicos. Destaca-se a Teoria da Força Normativa (1991) de Konrad Hesse, obra com base na aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, que combatia a teoria de Ferdinand Lassalle do início do século XX, a qual defendia que a Constituição era apenas um “pedaço de papel” diante das determinantes do poder político.

Trata-se, portanto, do segundo momento do Estado Moderno, caracterizado pela constitucionalização dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela positivação e garantia dos direitos fundamentais, e a instauração de governos democráticos, democracia esta representativa, também com fundamento na teoria de Montesquieu (2001). Sendo o texto constitucional não somente um documento político, mas também jurídico, com força normativa, concepção esta que deu lugar a novel hermenêutica constitucional.

A atribuição do *status* de norma jurídica à Constituição, marcado pelos debates do pós 2ª guerra na década de 1950, somente veio ter expressividade no Brasil na década de 1980. Este lapso temporal de mais de 20 anos decorreu dos governos ditatoriais, nos quais não cabiam os debates sobre hermenêutica constitucional e a garantias de direitos fundamentais representados por normas-princípios constitucionais. No

ordenamento jurídico brasileiro o constitucionalismo teve espaço para debates quando da redemocratização do Estado, com os debates e a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

2 O NEOPROCESSUALISMO E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE

Diante da análise da jurisdição ao longo da história, infere-se a estreita relação entre o regime político com a atuação do Poder Judiciário. Do estado absolutista ao estado liberal, os estudos eram voltados tão simplesmente à atuação do estado na promoção da jurisdição, ou seja, como as leis eram aplicadas, interpretadas ou criadas pelo juiz. Pouco ou nada falava da atuação das partes. Seu papel era passivo, de beneficiário de um dos serviços públicos. Eis uma das principais mudanças de paradigma ocorrida no neoprocessualismo, no contexto do neoconstitucionalismo, além do protagonismo do Judiciário na concreção de direitos fundamentais: o protagonismo das partes envolvidas no processo judicial.

No neoconstitucionalismo, a Constituição eleva-se realmente ao patamar de superioridade no ordenamento jurídico, que, por sua vez, reclama eficácia de suas normas. Ora, logo em seu primeiro artigo, dos princípios fundamentais, estabelece que o estado brasileiro constituiu-se em Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Democracia exercida de forma indireta ou diretamente. E, ao longo do seu texto, regulamenta direitos e garantias para a concreção de seus fundamentos.

Neste sentido, o ministro do STF, Luis Roberto Barroso, em entrevista para a revista “Diálogos sobre a justiça”, intitulado

“Por uma cultura de menor litigiosidade”, afirma que há uma crise de “hiperlitigiosidade”, que tem um aspecto positivo, o da “redemocratização”, resultado da consciência dos direitos pelos cidadãos, em razão da velocidade das informações. Tal fato justifica o crescente número de demandas. Ainda sobre o assunto, o ministro complementa sua fala sobre a autocomposição como futuro da justiça brasileira (BARROSO, 2014, p. 9-10):

Acho também que, no futuro próximo, a própria advocacia vai ter que se reajustar, e o grande advogado vai ser aquele que conseguir evitar o litígio e conseguir uma composição. Acho mesmo que vai haver um nicho de mercado do advogado que é procurado por duas partes de boa-fé para, com certa informalidade, arbitrar o conflito. De modo que essa é uma tendência inevitável, eu quase diria inexorável: nós precisamos desjudicializar a vida no Brasil, em alguma medida.

O diálogo entre instituições públicas e privadas, entre instituições e cidadãos, ou entre os próprios cidadãos é condição para a consolidação de um regime democrático. E, cada vez mais, desde a década de 1980, o Estado vem desenvolvendo políticas que fomentem o desenvolvimento de uma “consciência democrática” (RICCETTO; PICCHI NETO; AMARAL, 2016). Tais políticas pautadas não somente na máxima liberal de respeito aos direitos individuais, mas também de fomento à eficiência de seus serviços e satisfação dos cidadãos. A Emenda Constitucional nº 45/2004 foi um marco do incremento dos serviços públicos, que no âmbito da jurisdição, incluiu como direito fundamental a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Dentre os princípios constitucionais do processo destacam-se os princípios referentes às partes envolvidas: do acesso à justiça, o princípio do devido processo legal, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa. Princípios clássicos da Teoria Geral do Processo, que diante dos preceitos constitucionais e legais que incitam a participação ativa das partes na cooperação para a autocomposição, vislumbra-se outro princípio constitucional processual da Teoria Geral do Processo Civil: o princípio da consensualidade. Sim, a consensualidade deve ser acrescida ao rol de princípios no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo.

Ao interpretar os princípios supra, verifica-se uma correlação sistêmica entre eles, inclusive entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais. O princípio do acesso à justiça (BRASIL, 1988), aliado à celeridade e à razoável duração do processo (BRASIL, 1988), como dito, representa o “princípio dos princípios” do direito processual civil. Trata-se do direito fundamental à solução de conflito célere, justa e satisfativa. Ou seja, a despeito do deferimento ou indeferimento do pleito, a despeito do resultado final do processo, o procedimento foi satisfatório. Trata-se, portanto, do acesso à prestação jurisdicional de qualidade (CAPPELETTI; GRANT, 1999).

Neste sentido, a mediação e a conciliação judiciais fomentam eficácia ao direito fundamental ao acesso à justiça. Permite-se justificar tal afirmação com o argumento amplamente debatido, qual seja, quando as partes decidem consensualmente a solução de determinado conflito, em detrimento de uma decisão unilateral do juiz, a tendência de satisfação das partes é acentuada. Isso se dá em virtude do respeito às peculiaridades das circunstâncias nas quais estão inseridas as partes.

Ainda no aspecto procedimental, o devido processo legal

(BRASIL, 1988) aliado à segurança jurídica, tem seu espectro ampliado, com a participação ativa das partes envolvidas no conflito no âmbito da mediação e da conciliação judiciais. Mesmo que as partes componham o conflito por suas decisões consensuadas, a segurança jurídica não é afastada. As partes são devidamente assessoradas por seus advogados, com manutenção do respeito à ordem jurídica, sob o manto da justiça, constituindo-se a decisão das partes em título executivo judicial.

Para efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça, a mediação e a conciliação judiciais processando-se de acordo com o devido processo legal, as partes também devem exercer seus direitos à igualdade, ao contraditório e à da ampla defesa, inclusive no momento da autocomposição no processo judicial. O equilíbrio no diálogo, a oportunidade de expor suas circunstâncias no contexto da relação conflituoso são garantias de um acordo satisfatório e justo.

Infere-se, destarte, da análise dos princípios processuais supra, relacionados aos meios consensuais, especialmente os inseridos no âmbito judicial, que também há aplicação de tais princípios nos procedimentos consensuais. Os princípios processuais alcançam todas os procedimentos processuais, incluso os consensuais. Isso quer dizer que a inclusão dos meios consensuais de conflitos, mediação e conciliação, no âmbito judicial não representou uma simples imbricação de um procedimento dentro no outro. Representou sim, a construção de um processo judicial civil (neoprocessualismo), fundamentado na consensualidade.

O novel princípio processual ora defendido, o “princípio da consensualidade” não se contrapõe à característica da jurisdição, embasada na decisão de um terceiro. A prioridade da decisão consensuada no âmbito do processo civil representa, indubitavelmente,

uma característica marcante, que, de forma incontestada, dá lugar a um novo princípio processual civil, o da “consensualidade”. Que como já dito, vem contribuir para a efetivação dos demais princípios, sobretudo, o do acesso à justiça.

Além da estreita relação do princípio da consensualidade com os princípios processuais constitucionais supra, o novel princípio é respaldado pelas normas fundamentais e de aplicação do processo civil. No artigo 3º, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) estabelece que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Além de determinar o estímulo aos métodos consensuais por todos os atores do processo judicial, inclusive no seu âmbito (BRASIL, 2015). No Manual de Mediação Judicial do CNJ (AZEVEDO, 2016, p. 29), fala sobre “Os valores consensuais no novo CPC”:

Como será examinado no capítulo seguinte, a Política Pública de Resolução Adequada de Disputas conduzida preponderantemente pelo Conselho Nacional de Justiça, tem refletido um movimento de consensualização do Poder Judiciário uma vez que passa a estabelecer a autocomposição como solução prioritária para os conflitos de interesse.

[...]

O legislador, tanto na Lei de Mediação como no NCPC, prestigiou a proposta de consensualização do Poder Judiciário preconizada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Res. 125/10.

Além da autocomposição está como fundamento no CPC/2015, ao longo de seu texto traz diversas determinações que concretizam seu fundamento. Os mediadores e conciliadores judiciais passaram

a ser considerados auxiliares da justiça, com previsão de formação, remuneração e concurso público (art. 165 e seguintes). A audiência de conciliação e mediação (art. 334 e seguintes) passou a ser a primeira fase do processo judicial, além do não comparecimento injustificado do autor ou do réu ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com sanção de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. A mediação e a conciliação também ganharam destaque no capítulo das ações possessórias (art. 565) e de família (art. 693 e seguintes).

Não se olvida da dificuldade de concretização deste princípio diante da cultura adversarial dos atores do processo judicial, especialmente do advogado e das partes (BARROS; MARTINS; ALVES, 2015). Nem se condiciona o princípio a estatísticas de acordo no âmbito do processo judicial ou fora dele. Quando defende-se a existência de um novo princípio no âmbito do processo civil, embasa-se no conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais e na atual “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (BRASIL, 2010), especialmente, os meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Os princípios do direito processual civil representam os fundamentos que embasam os procedimentos do processo civil. Conforme Rocha (2006, p. 44): “princípio designa fundamento, base ou ponto de partida de um raciocínio, argumento ou proposição”. Também neste sentido, Alexy (2008, p. 544), diz que “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”.

Destarte, considerar a “consensualidade” como princípio não quer necessariamente dizer que todas ações reguladas pelo direito processual civil devam ser resolvidas consensualmente. Nem baseia-se em números de ações judiciais resolvidas consensualmente. O princípio da consensualidade representa, sim, que as ações devem primar pela autocomposição, para, em não sendo adequada ou possível a autocomposição, em virtude da natureza e peculiaridades de determinado caso, ser solucionado mediante decisão judicial.

Outrossim, não se tira o mérito e a adequação das decisões judiciais para determinadas ações. Ao contrário, muitos são os casos nos quais as decisões do juiz são necessárias e mais adequadas do que uma decisão consensual das partes. Além do que a própria decisão consensual ganha força executiva com a participação da tutela do estado juiz, com a sentença homologatória de acordo. Ou seja, a jurisdição, seja ela voluntária ou contenciosa é salutar para a garantia e defesa de direitos. O quê se defende é o “manto” da consensualidade hoje abraçando o processo judicial civil.

Em consonância com a tese ora defendida da instituição de um novo princípio processual civil, o da “consensualidade”, Carmona (2006, p. 15) destaca na arbitragem o “princípio da autonomia da vontade das partes”, representado em muitos momentos: desde a eleição da arbitragem, em detrimento de outro mecanismo de solução de conflitos, passando pela eleição do árbitro ou instituição, até a eleição das normas de direito material e processual. As autoras vão além do “princípio da autonomia da vontade das partes”. Defende-se a existência do “princípio da autonomia da vontade das partes em consenso”.

No processo arbitral, o “princípio autonomia da vontade das partes” não é exercido de forma autônoma e independe pelas partes.

Na verdade elas o exercem em consenso. Daí se falar em “princípio da autonomia da vontade das partes em consenso”. Que além dos vários momentos de consensualidade no processo arbitral, a Lei nº 9.307/1996 também estabelece em seu artigo 21, § 4º, que o árbitro deverá tentar a conciliação das partes no início do procedimento, podendo também proferir sentença homologatória de acordo que ocorrer no decurso do processo (art. 28) (BRASIL, 1996). Ou seja, atribui-se também à arbitragem o princípio da consensualidade, mesmo sendo um processo heterocompositivo.

Outro princípio que guarda correlação com o princípio da consensualidade, objeto do presente estudo, é o princípio da cooperação defendido por alguns autores e contraditado por outros. Este “princípio” está positivado no CPC/2015, artigo 6º, no qual estabelece que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, guarda total consonância com o princípio da consensualidade. De fato, os meios autocompositivos são, em sua essência, mecanismos cooperativos, no sentido de trazer participação das partes envolvidas para que colaborem para um diálogo equilibrado e esclarecedor, com o objetivo comum de solucionar o conflito.

Em oposição à tese ora defendida, apresenta-se a contestação de Streck et al. (2014). à “cooperação processual” no novo CPC, por ser, segundo os autores, incompatível com a Constituição e seus princípios, e afirma que “cooperação não é princípio”. Argumenta que a cooperação não condiz com a realidade processual, e que se trata de uma questão moral no direito, próprio do absolutismo, por atribuir um “desmedido protagonismo judicial” em prol dos valores do “justo e efetivo”, por meio da cooperação. Em meio aos seus argumentos, indaga e aduz:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões (STRECK et al., 2014).

Primeiramente contesta-se o argumento no qual o “referido texto legislativo está desacoplado da realidade”. Se o mesmo raciocínio fosse estendido para as demais normas do ordenamento jurídico, a Constituição Federal seria o primeiro texto normativo a ser rechaçado. Negar a força normativa dos valores no ordenamento jurídico vigente vai de encontro à teoria neoconstitucionalista, hoje fundamento maior da hermenêutica jurídica, na qual defende-se uma “inexorável simbiose entre Direito, Moral e Política, cujo palco é o Poder Judiciário” (CADEMARTORI; SANTOS; FARESIN, 2015).

Além das normas constitucionais e demais princípios que regem o ordenamento jurídico vigente, um exemplo de norma com valores ideais, para a condução da realidade, tem-se o “Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (OAB,

2015), recentemente aprovado por meio da Resolução nº 02/2015, que estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça (BRASIL, 1988), defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social”, devendo ainda, agir de acordo com “sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes”, destacando-se, dentre os deveres do advogado, o de atuar com “honestidade, decore, veracidade, lealdade e boa-fé” (inciso II), e também o dever de “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (inciso VI) (BRASIL, 1988).

Destarte, refuta-se tais argumentos, ao considerar que a cooperação para a solução do conflito, seja consensualmente ou por meio de decisão do juiz, não quer dizer que devam, obrigatoriamente, abdicar de seus direitos materiais ou de suas garantias processuais. Ao contrário, entende-se por cooperação a boa fé processual, a exemplo da boa fé contratual, podendo e devendo utilizar-se de todos os recursos processuais para o êxito da demanda pelas partes, desde, é claro, que sigam-se as normas e princípios processuais, sobretudo o da ampla defesa e contraditório, com garantia a segurança jurídica.

Em especial, a cooperação na consensualidade é necessária no sentido de as partes estarem receptivas a se afastar de posições e focar nos interesses, e, assim, buscarem uma solução que atenda ambas as partes. Caso não seja viável, as partes e seus advogados continuam a encampar suas teses e estratégias jurídicas, na defesa de seus direitos, diferenciando-se as estratégias desenvolvidas no curso do processo, conforme se depreende da “teoria dos jogos”, constante no Manual de mediação judicial do CNJ (AZEVEDO, 2016, p. 69):

Em suma, a relação de cooperação com competição em um processo de resolução de disputas não deve ser tratada como um aspecto ético da conduta dos envolvidos e sim por um prisma de racionalidade voltada à otimização de resultados. Isto é, se em uma relação continuada uma das partes age de forma não cooperativa, esta postura deve ser examinada como um desconhecimento da forma mais eficiente de ação para seu conflito – seja por elevado envolvimento emocional, seja pela ausência de um processo maduro de racionalização.

Com base na fundamentação teórica trazida pela teoria dos jogos, pode-se afirmar que nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas (ou a mera percepção⁴⁶ de que determinada pessoa encontra-se em uma relação continuada) as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar não por razões altruístas mas visando a otimização de seus ganhos individuais.

Resta evidente, portanto, que a cooperação no procedimento consensual não se trata de uma questão moral ou ética, mas sim de estratégia para a solução adequada, justa e satisfativa para ambas as partes. Não há na cooperação das partes envolvidas qualquer obstáculo aos demais princípios processuais constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário, a garantia do devido processo legal, de acordo com as regras processuais estabelecidas no CPC permanecem. A cooperação reside em exercer todos os ditames processuais, resguardado o direito de desenvolver a estratégia jurídica das partes, nos limites do direito processual, como sempre fora. A segurança jurídica das partes no direito processual respalda-se exatamente nas normas processuais, que continuam a ter validade.

Refuta-se também o argumento de Streck et al. (2014), quanto a afirmação de que a cooperação está “desacoplada da realidade” e

que “espelha visão idealista”. Ora, como dito anteriormente, o texto legal reflete o ideal, o “dever ser”. A lei advém de uma dada realidade social, mas também é fator de transformação desta. Permite-se utilizar a hermenêutica subjetiva e defender que a intenção do legislador ao promulgar um novo texto legal no direito processual civil, teve intenção de transformar o processo judicial, que, na sua maioria, traz sensação de injustiça, em um procedimento satisfativo e justo. E, para tanto, todos os envolvidos, sobretudo os advogados (MARTINS; POMPEU, 2015), que representam a alma do próprio processo, se desenvolvam de acordo com sua missão, a de defesa de direitos para fins de pacificação social.

E mais, considerando os conflitos com relações continuadas, esta estratégia cooperativa da “teoria dos jogos” representa a própria sustentabilidade destas relações, por desenvolverem entre as partes a cultura da solução de ganho mútuos, resultado também da normalização dos conflitos, uma vez que os conflitos em relação continuada tendem a ser uma constante, em razão da natureza própria das relações sociais.

Assim, considerando o princípio da consensualidade, a cooperação é, indubitavelmente, outro princípio aliado deste, na ambiência do processo civil no contexto do neoprocessualismo, com vias a desenvolver um procedimento que propicie às partes um sentimento real de justiça, em seu sentido axiológico, como já tido, a despeito do resultado final da demanda. Ou seja, presencia-se hodiernamente uma fase de aperfeiçoamento do direito fundamental ao acesso à justiça, e, conseqüentemente, da eficiência da prestação jurisdicional, fomentado, dentre outros, pelo princípio da consensualidade.

CONCLUSÃO

A jurisdição do estado absolutista ao estado constitucional caminhou nos ditames próprios de cada época, de acordo com a sua ambiência política, cultural e econômica. No regime absolutista a jurisdição era exercida sob os interesses do soberano, que ditava as leis aplicáveis a cada caso. Em combate às arbitrariedades do estado absolutista, passou-se pela transição para o regime liberal, onde os juízes ficaram restritos à literalidade do texto legal, exatamente em reação ao regime póstumo. Por sua vez, o positivismo jurídico encampado no estado moderno foi aos poucos cedendo espaço aos valores constitucionais, que ganharam força normativa e aplicabilidade imediata, o que caracterizou a segunda metade do estado moderno e o estado contemporâneo, com o neoconstitucionalismo.

As normas de direito processo civil vem ao logo das últimas duas décadas enfatizam a eficiência na prestação jurisdicional, com destaque ao incremento dos meios consensuais, mediação e conciliação. A política judiciária impactou na mudança de paradigma quanto à sua natureza adversarial, o que representa uma verdadeira desconstrução e reconstrução de cultura jurídica, daí falar-se em “neoprocessualismo”. Mudança, que, por sua vez, também impacta na democratização do Poder Judiciário, ao se destacar pela participação ativa do jurisdicionado do processo decisório, um verdadeiro exercício de cidadania, instrumento de garantia e efetivação de direitos fundamentais.

No contexto do neoprocessualismo, o exercício da democracia está se desenvolvendo além da clássica democracia indireta no sistema representativo de elaboração de normas gerais e abstratas por meio de representantes eleitos pelo povo. As normas individuais e concretas criadas no processo judicial também está tendo a participação direta das partes, especialmente quando da mediação e da conciliação judiciais.

Os jurisdicionados saem de uma posição passiva para protagonista. A autocomposição ungi-se com a heterocomposição em uma relação de cooperação de todos os atores do processo judicial. Unidos com o mesmo propósito: de consolidar o direito fundamental ao acesso a uma justiça justa.

As normas de processo civil, com a promulgação da Resolução 125/2010 do CNJ e das Leis 13.140/2015 e 13.105/2015, direcionaram-se a elevar os meios autocompositivos a prioridade na solução dos conflitos nas demandas processuais e pre processuais. Estabeleceram a solução consensual como fundamento do direito processual civil, incluíram os mediadores e conciliadores judiciais como auxiliares da justiça, com regulamento de sua formação e profissão. Em suma, trouxeram para o curso da ação judicial, um mecanismo de solução tipicamente extrajudicial, para fins de garantir uma maior satisfação e sentimento de justiça das partes. Apesar da justiça brasileira está ou não preparada para mudança da cultura adversarial para a cultura consensual de solução de conflitos, sobretudo em relação às partes envolvidas e seus advogados, as normas de direito processual civil no contexto do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo clamam pelo incentivo autocomposição, inclusive em âmbito judicial.

Neste sentido, conclui-se que os fundamentos do processo civil, com prioridade pela autocomposição de conflitos, bem como a definição mais ampla de acesso a uma justiça justa e efetiva, situados no contexto do neoconstitucionalismo, confirmam a hipótese da instituição do novel princípio processual da consensualidade, que além de está ao lado dos da ampla defesa e do contraditório, merece ser constitucionalizado. E, para tanto, propõe-se a emenda à Constituição, com inclusão do incentivo à autocomposição de conflitos no art. 5º, inciso LXXVIII,

e acréscimo de redação ao final do referido inciso, que passaria a ter a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e o estímulo à solução consensual dos conflitos”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BARROS, Maria do Carmo; MARTINS, Dayse Braga; ALVES, Jéssica Souza. Mediação de conflitos na promoção do direito fundamental do acesso à justiça: da cultura adversarial para a cultura consensual no âmbito do Poder Judiciário. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 3, p. 211-222.

BARROSO, Luis Roberto. Por uma cultura de menor litigiosidade. **Revista Diálogos sobre Justiça**, Brasília, n. 2, p. 8-15, maio/ago. 2014.

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 fev.

2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SANTOS, Priscilla Camargo; FARESIN, Rodrigo Adriano. A constituição brasileira como produto de terceira geração: convergências e divergências entre o constitucionalismo latino americano e a teoria do garantismo jurídico. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 9-32, dez. 2015.

CAPPELETTI, Mauro; GRANT, Bryan. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **De Cive, filósofos a respeito do cidadão.** Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1998. (Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes,

2000.

MARTINS, Dayse Braga; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A essencial participação da advocacia no processo de mediação judicial para a efetivação do acesso à justiça e da segurança jurídica. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 571-586, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/284>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Rio de Janeiro: Abril, 2001. (Os Pensadores).

OAB. Conselho Federal. **Código de ética e disciplina da OAB**: resolução n.02/2015. Brasília: OAB, 2015.

RICCETTO, Pedro Arcain; PICCHI NETO, Carlos; AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. O desenho democrático em tríade: a relação condicional entre consciência democrática, accountability e democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 203-233, jul. 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lenio Luiz et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Como citar: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.85-114, jul. 2018. DOI:10.5433/2178-8189.2018v22n2p85. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 10/07/2017.

Aprovado em: 12/03/2018.

**ALTERNATIVAS PARA DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL E A CONCILIAÇÃO
COM O CRESCIMENTO ECONÔMICO:
PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DE
INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO.**

ALTERNATIVES FOR SUSTAINABLE
DEVELOPMENT AND CONCILIATION
WITH ECONOMIC GROWTH: HISTORICAL
PERSPECTIVES OF INFLUENCE ON
LIBERALISM.

Déborah De Meira Málaque*
Miguel Etinger de Araujo Junior**

* Mestre em Direito em 2018 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito e Processo do Trabalho em 2010 pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT). Graduada em Direito em 2007 pelo Centro de Ensino Superior de Jataí (CESUT).

** Doutor em Direito em 2011 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito em 2006 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Empresarial em 2004 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos em 2003 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduado em Direito em 1994 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Como citar: MÁLAQUE, Deborah de Meira; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de. Alternativas para desenvolvimento sustentável e a conciliação como o crescimento econômico: perspectivas históricas de influência do liberalismo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.115-147, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p115. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Com o processo de ampliação dos modos de produção e a rapidez para disseminação de produtos e ideias, viu-se que

o foco da sociedade, e principalmente no mercado, estava concentrado no crescimento econômico. Neste sentido, esta pesquisa tem por escopo identificar as alternativas para o desenvolvimento sustentável e as possibilidades de conciliação com o crescimento econômico da sociedade. Serão analisadas as influências do liberalismo no processo de isolamento do indivíduo no que se refere a assuntos de cunho ambiental, tencionando-se confrontar estes interesses privados, muitas vezes dominantes na sociedade, com o interesse público de proteção do meio ambiente. Para que estes objetivos sejam alcançados, será utilizado o método de abordagem dedutivo, vez que parte-se dos conceitos gerais para sua posterior aplicação em casos específicos. As conclusões indicam que uma mudança de paradigma nos conceitos de desenvolvimento, bem como uma participação efetiva do Estado e do cidadão, se mostram como alternativas viáveis para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Interesses econômicos. Liberalismo. Alternativas.

Abstract: With the expansion of production methods and the growing speed of product and idea dissemination, society and specifically the market concentrates their attention on consequent economic growth. In this sense, it is important to identify viable alternatives for sustainable development and analyze all

the possibilities of conciliation in this context. Moreover, this paper also analyzes the influences of liberalism in the process of isolating the individual in relation to environmental issues, thusly finding it necessary to confront private interests, often dominant in society, as a means to guarantee public interest and protection of the environment. In order to achieve these objectives, this paper utilized the deductive approach, since it starts analyzing general concepts and then later applying it to specific cases. In conclusion, our research indicates a paradigm shift in the concepts of development, demonstrating that effective participation of the State and the citizens are viable alternatives for sustainable development.

Keywords: Sustainable development. Economic interests. Liberalism. Alternatives.

INTRODUÇÃO

O modelo de produção econômica adotado na modernidade trouxe consigo inúmeras consequências prejudiciais ao meio ambiente. A intervenção deste sistema foi tamanha que toda unidade ecológica foi afetada.

Entrementes, haja vista a finitude dos recursos naturais, não se pode admitir uma visão voltada unicamente para os interesses econômicos. Neste sentido, é indispensável que se visualize os componentes do desenvolvimento sustentável para que sua implantação não seja apenas uma argumentação teórica.

Esta sociedade e aquelas gerações vindouras estão reclamando ações dos governos e dos indivíduos onde sejam percebidos os aspectos sociais e culturais além do tradicional pensamento econômico. Ante a gravidade de degradação dos recursos naturais, as atitudes e os pensamentos devem ser integrativos para promoção de qualidade de vida e cooperação entre os cidadãos e os Estados.

A partir deste cenário, este trabalho faz ainda uma conexão entre as influências do liberalismo para uma posição individualista da humanidade e as consequências do menosprezo das questões ambientais no progresso histórico da sociedade. Sequencialmente serão verificados o conceito e os elementos do desenvolvimento sustentável, e, por fim, apontadas algumas alternativas para o encontro deste ideal de sustentabilidade.

Parte-se da hipótese que para a manutenção da vida e do meio em que ela se desenvolve, é mister uma conjugação de pensamentos e ações, tanto dos cidadãos quanto dos Estados. As ações para um crescimento econômico devem ser conjugadas com uma qualidade ambiental,

reduzindo os constantes confrontos de interesses. É indispensável que haja uma mudança de paradigma na relação do homem com a natureza.

A metodologia aplicada nesta pesquisa será a bibliográfica, com a observação de autores que debatem o assunto, e ainda com a indicação dos argumentos que fundamentam os respectivos entendimentos.

1 O CRESCIMENTO ECONÔMICO E O LIBERALISMO

Os interesses na expansão econômica são um dos fatores que mais impulsionam os mercados mundiais. A ideia de um crescimento exponencial, a possibilidade de integração de meios de produção, bem como de distribuição rápida destes produtos, demonstraram os objetivos ambiciosos da acumulação das riquezas materiais. Estas convicções de crescimento econômico estão intrínsecas nos modelos de Estados industrializados, e visam sustentar um consumismo dito como insaciável.

Não se pode olvidar que este progresso econômico está vinculado à perseguição das vontades individuais preconizada pelos ideais liberais que se iniciaram no século XVII. Este movimento político e filosófico que, além de combater o poder absoluto do Estado e da Igreja, difundia principalmente o pensamento de liberdade econômica e da defesa da propriedade privada. Destarte, essa corrente de pensamento firmou-se como a visão predominante do homem na modernidade, que, aliado pelo fracasso do socialismo real, passou a ser o protagonista da cena política, econômica e social (CORTINA, 2001, p. 30).

Por intermédio do movimento liberal, operou-se a difusão do pensamento em torno da liberdade para garantir a autonomia do particular para realização daquelas atividades que lhe aprouver. Por isso, a interferência estatal deveria ser mínima, e útil somente para proporcionar

que integrantes da sociedade atinjam seus objetivos individuais.

O particular, que é visto como um agente econômico, tem sua inspiração em seus próprios desejos que são aptos a produzir riqueza para si, e, por consequência, para a sociedade que o absorve. Neste viés, busca-se, outrossim, o aumento da produtividade do trabalho para gera-se mais valor e capital.

Destarte, desde as últimas décadas do século XIX quando foi firmado este pensamento econômico no mundo ocidental, o mercado passou a ser visto como o melhor organizador da produção e mais efetivo alocador de recursos (FOLADORI, 2001, p. 141).

Nos termos da atuação da “mão invisível” exposta por Adam Smith, a proposta residia em uma harmonia entre os objetivos individuais e gerais, de forma que a busca pela riqueza pessoal traria consigo as condições para o progresso de toda a comunidade. Haveria um conseqüente aumento da produtividade do trabalho pelo capital e uma elevação de eficiência nos modos de produção, capaz de produzir mais acumulação de recursos.

Dentro deste conjunto de ideais liberais, o sistema de produção capitalista obteve terreno fértil para sua escalada e sua conservação como a organização econômica predominante no mundo. Implantou-se com este modelo a ilusão que o consumo ilimitado traria bem estar, e, juntamente com a necessidade de acumulação de capital, produziriam uma sociedade desenvolvida e com vantagens para todos os indivíduos.

Entrementes, esta priorização dos interesses individuais e a imprescindibilidade de produção e consumo desmedidos, foram subsidiadas pela utilização inconseqüente dos recursos naturais. Toda necessidade humana passou a consumir indiscriminadamente os recursos naturais, e, além disso,

Nossa sociedade ocidental se desenvolveu segundo a lógica econômica de que a natureza é um meio de produção de riquezas.

Ainda que seja possível detectar elementos de preocupação quanto aos limites do crescimento econômico, na matriz teórica da economia industrial, há, sobretudo, subestimação dos aspectos relativos aos limites da natureza. David Ricardo chega a comentar, em sua obra, a existência de “faculdades originais e imperecíveis do solo” como se este não fosse passível de esgotamento ou de degradação, como resultado de sua utilização intensiva ou inadequada (BURSZTYN, 1995, p. 100-101).

Ademar Ribeiro Romeiro (2001, p. 15) destaca que, com a ascensão do capitalismo, foram abolidas as restrições religiosas, estéticas, culturais e sociais as quais a racionalidade econômica estava atrelada, de forma que, não há quase nenhum controle social sobre o uso dos recursos humanos e naturais.

Aponte-se ainda que, até a Revolução Industrial, as alterações da produção econômica estavam atreladas ao nível de conhecimento dos movimentos da natureza, mas a partir do século XVIII, o conhecimento técnico abandona a investigação da natureza, de forma que a razão técnica desenvolve a eficiência da apropriação e domesticação dos recursos naturais, não mais em sua dinâmica, porém na sua matéria formada (DERANI, 2008, p. 53).

Destarte, revelou-se que diante as crises econômicas mundiais que se seguiram, bem como frente aos visíveis desastres naturais que impactaram a sociedade como um todo, era imperioso afirmar que o mercado não é capaz de, voluntariamente, distribuir riquezas de forma

igualitária ou manter condições ambientais para a sobrevivência da humanidade.

Não faz parte do escopo de objetivos do mercado, a preocupação com o nivelamento de recursos entre todos os indivíduos que constituem uma sociedade. Os bens não são igualmente distribuídos, gerando um desequilíbrio econômico e social alarmante. Assim,

A máxima de que cada um deve ocupar-se do próprio negócio permitiu que uma série de resultantes da produção não participassem do cálculo privado, o que conduziu a uma sequência de “deseconomia”, ou seja, produtos não contabilizados na renda do empreendedor, trazendo efeitos negativos à sociedade – as externalidades negativas. Ao contrário do que previam os liberais clássicos, a perseguição dos interesses individuais não conduz apenas ao aumento dos benefícios públicos – externalidades positivas -, mas também, tragicamente à destruição da base comum da manutenção da vida. A razão individual transmuta-se no seu efeito final em irracionalidade social. Deseconomias externas se materializam em descarga para uns e carga para outros (DERANI, 2008, p. 90-91).

É de constatar que as escolhas individuais frequentemente desconsideraram o tratamento com o meio ambiente. Os custos desta preocupação afetam os resultados finais do processo produtivo e não constituem uma matéria a ser sopesada pelo particular e conseqüentemente pelo mercado.

Destarte, noções de consciência pública ou de participação política são estranhas ao modelo liberal, já que a cooperação social visa somente simplificar a prosperidade particular (VIEIRA, 2001, p. 71).

Karl Marx descreveu que “a produção capitalista acumula, por um lado, a força motriz histórica da sociedade, mas perturba, por outro lado, o metabolismo entre homem e terra, isto é, o retorno dos componentes da terra consumidos pelo homem” (MARX, 1996b, p. 132).

O domínio real dos interesses econômicos em desfavor dos interesses sociais e ambientais prioriza somente os requerimentos dos mercados, revelando um desequilíbrio preocupante. Portanto,

[...] buscar estabilizar o nível de consumo de recursos naturais está em que esta estabilização pressupõe uma mudança de atitude que contraria a lógica do processo de acumulação de capital em vigor desde a ascensão do capitalismo (ROMEIRO, 2001, p.15).

Nesse viés, José Fernando Vidal de Souza e Tônia Andrea Horbatiuk Dutra (2011, p. 10) argumentam que,

O dano ambiental afeta profundamente a preservação de valores e a identidade do povo, as diversidades biológicas e culturais. Os danos provocados pela massificação cultural, originados por um processo escatológico de produção e devastação, pautados pelo utilitarismo e pelo individualismo são tão ou mais devastadores para a vida humana quanto os danos diretos ao ambiente.

Em vista disto, as relações econômicas que têm forte impacto sobre o meio ambiente, e este mercado que não possui mecanismos para se auto regular de maneira sustentável, requer uma intervenção dos governos e da sociedade para evitar uma desarmonia do meio ambiente.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: HISTÓRICO E COMPONENTES

O desenvolvimento sustentável ingressa nas discussões como um caminho a ser trilhado frente à necessidade imperiosa de apresentação de alternativas viáveis para a manutenção da vida no planeta sem obstar que esta se desenvolva em todos os seus demais aspectos.

Em 1972, a publicação do Clube de Roma com o estudo Limites do crescimento por Dennis L. Meadows e um grupo de pesquisadores, bem como a conferência de Estocolmo sobre ambiente humano, se mostraram como estações importantes da discussão sobre um conceito alternativo de desenvolvimento (BRÜSEKE, 1995, p. 29). Estes estudos foram consequência de debates sobre os riscos da degradação do meio ambiente iniciados nos anos 60, com destaque maior no fim desta década e no início dos anos 70, que culminou com a Conferência de Estocolmo em 1972, como primeira grande discussão internacional (BRÜSEKE, 1995, p. 29).

O modelo traçado no Clube de Roma apresenta cinco grandes temas de preocupação global: aceleração da industrialização; aumento dos indicadores de desnutrição; rápido crescimento populacional; deploração dos recursos naturais não renováveis; e deterioração do meio ambiente (OLIVEIRA, 2002, p. 42).

Por meio das análises de Dennis L. Meadows (1973) houve a recomendação para o congelamento do crescimento da população global e também do capital, com o intuito de alcançar uma estabilidade econômica com respeito à limitação dos recursos naturais. Entretanto, tais conceitos afrontavam diretamente a doutrina de crescimento da sociedade industrial sustentada pelo modelo de produção capitalista, o que não permitiu uma

adesão maior aos seus fundamentos.

Mais adiante, em 1983, iniciaram-se os trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD)¹, na Assembleia Geral da ONU e contava com a participação de representantes de 21 países.

Como resultado destes debates, foi publicado em 1987, o relatório “Our common future” na Inglaterra e nos Estados Unidos pela Oxford University Press, e no Brasil, em 1988, com o título “Nosso Futuro Comum”, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (SCOTTO; CARVALHO; GUIMARÃES, 2008, p. 9).

O referido relatório define o desenvolvimento sustentável como aquele que é capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer as capacidades das gerações futuras atenderem às suas também (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1988, p. 9).

As principais estratégias apontadas no relatório Nosso Futuro Comum abrangem a necessidade de impulsionar o crescimento nos países pobres, de alterar a qualidade deste crescimento tendo em vista o estoque de recursos naturais e elevar a resistência do desenvolvimento a crises (DIEGUES, 1992, p. 26).

Entretanto, aponta-se que o surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável foi apresentado como uma forma de reação àquela concepção radical de estagnação do crescimento do capital explanada no Clube de Roma. Nesse sentido, “[...] it was a product of the mainstream reaction against the radicalism of the environmental movement, which was not only proposing limits to growth but also

¹ Esta comissão ficou conhecida como Comissão Brundtland pelo fato de ser presidida pela então primeira-ministra norueguesa Gro Harlen Brundtland.

emphasizing regulation as a means of stopping ecological degradation.”² (CASTRO, 2004, p. 196).

Apesar da inexistência de um consenso, o termo desenvolvimento sustentável está localizado no centro de todo o discurso ecológico oficial. Muitas vezes utilizado como uma ideia que solucionará todos os problemas da humanidade, não é visto com tamanha frequência nas ações práticas dos governos e dos particulares.

Sob a ótica econômica, “desenvolvimento é, basicamente, aumento do fluxo de renda real, isto é, incremento na quantidade de bens e serviços por unidade de tempo à disposição de determinada coletividade” (FURTADO, 1961, p. 115).

Contudo, o desenvolvimento, em si, não abrange somente os aspectos econômicos, ou seja, não possui um significado restrito ao crescimento econômico, apesar de que seus resultados são amplamente avaliados sob a perspectiva de desenvolvimento econômico medido pelo crescimento do produto bruto (VEIGA, 2010, p. 14). Dito de outra forma, o desenvolvimento implica na remoção das principais fontes de privação de liberdade: a pobreza, a tirania, falta de oportunidades sociais, negligência dos serviços públicos (SEN, 2000, p. 18).

Desta forma, desenvolvimento e crescimento econômico não podem ser vistos como sinônimos, vez que a riqueza não é o único indicativo de desenvolvimento de uma sociedade. Há também a inclusão das perspectivas sociais, culturais, político, ambiental e ético de uma sociedade, e, como dito por Gilberto Montibeller Filho (1999, p. 135), desenvolvimento não pode ser reduzido a um mero crescimento quantitativo, mas de um crescimento que intervenha na qualidade das

² Tradução livre: “isso foi um produto da reação imperante contra o radicalismo do movimento ambiental, que não somente propunha limites ao crescimento, mas também enfatizava a regulação como meio de parar a degradação ecológica”.

relações humanas com o ambiente natural, bem como a necessidade de conciliar a evolução dos valores socioculturais.

Por sua vez, sustentabilidade, foi utilizada para qualificar o desenvolvimento, a partir de 1980, e sua conceituação passou a ser utilizada para exprimir ambições vagas de continuidade, durabilidade ou perenidade, mas sempre se remetendo ao futuro, conforme explica José Eli da Veiga (2010, p. 12).

Nesse sentido, de forma sintética, a sustentabilidade pretende assegurar, com a maior abrangência possível, o bem estar físico, psíquico e espiritual no presente, sem impedir ou empobrecer o bem estar no futuro (FREITAS, 2012, p. 16).

Sob estas premissas e com a conjugação dos conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, Ignancy Sachs (2004, p. 15-16) cita o desenvolvimento sustentável com cinco pilares para sua constituição: social, em virtude da disrupção social que paira de forma ameaçadora sobre muitos lugares problemáticos do nosso planeta; ambiental, que inclui os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos; territorial, vinculado à distribuição espacial dos recursos das populações e das atividades; econômico, relacionado à viabilidade econômica a *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam; político, onde a governança democrática é vista um valor fundador e um instrumento necessário para fazer as coisas acontecerem, onde a liberdade faz toda a diferença.

Este cenário também permite o apontamento para a execução efetiva das normas legais já estabelecidas e que promovem a proteção ambiental. A legislação, seja ela constitucional ou infraconstitucional, apresenta parâmetros, políticas e estratégias para condução das atividades do mercado privado sem dizimar o ecossistema envolvido. Ressalte-se

a presença de normas federais, resoluções do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), legislações estaduais específicas, as deliberações normativas³, dentre outros, que abordam determinações a serem cumpridas quando se verifica reflexos das ações privadas no meio ambiente.

Neste ponto, destaca-se a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Veja-se o artigo 2º da referida norma:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

3 As deliberações normativas são atos administrativos normativos de cunho geral proferidos por órgãos colegiados que tratam das matérias de suas respectivas competências.

- VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- VIII - recuperação de áreas degradadas; (Regulamento)
- IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
- X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (BRASIL, 1981).

Saliente-se que o legislador não ignorou a necessidade de um desenvolvimento econômico, mas estabeleceu parâmetros para que este objetivo não seja sobrepujado pelos interesses pecuniários privados. Assim, pode-se observar que, para o alcance dos objetivos relativos a um desenvolvimento sustentável, deverá haver uma conjugação de esforços estatais, do mercado e da sociedade civil para garantir uma qualidade de vida, bem como o futuro das novas gerações (ARAUJO JUNIOR; PENTINAT, 2016, p. 211).

Ademais, é imprescindível uma análise cuidadosa dos órgãos do judiciário, ligados diretamente à análise de prevenção e repressão de abuso do poder privado em detrimento das condições ambientais. Para tanto, a observância, ou mesmo a sensibilidade destes julgadores para com a manutenção de espaço ecologicamente equilibrado, se mostra indispensável. Não se olvide ainda da importância das ações civis públicas⁴ e das ações populares⁵ para ações mais práticas e eficazes no que tange à proteção do interesse público ambiental em confronto com

4 A Ação Civil Pública é um mecanismo para proteção dos direitos da coletividade, podendo ser proposta pelas seguintes partes: Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, os estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, desde que constituídas há pelo menos um ano. Sua regulamentação é disposta na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Neste caso, não há necessidade que a parte passiva seja a administração pública, podendo ser qualquer pessoa física ou jurídica causadora de danos à coletividade.

5 A Ação Popular é um instrumento que possibilita ao cidadão reclamar ao Poder Judiciário, a defesa da coletividade, seja na forma preventiva ou repressiva daqueles atos lesivos quando cometidos por agentes públicos ou a eles equiparados. Sua regulamentação é disposta na Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

as questões meramente econômicas.

Hely Lopes Meirelles (1986, p. 6) destaca que a preservação dos recursos naturais não se trata de uma opção do Estado, mas é um dever que é sustentado pelo domínio eminente que este exerce sobre tudo que se encontra em seu território. Tais argumentos são apoiados pelas diretrizes expostas no artigo 225 da Carta Magna (BRASIL, 1988): “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nesse diapasão, não se pode ignorar a urgente necessidade de uma “abordagem holística e interdisciplinar, na qual cientistas naturais e sociais trabalhem juntos em favor do alcance de caminhos sábios para o uso e aproveitamento dos recursos da natureza, respeitando a diversidade.” (SACHS, 2009, p. 31-32).

O desenvolvimento econômico visa dar garantia a uma melhor qualidade vida, mas com a necessidade no equilíbrio na distribuição de renda e de condições de vida mais saudáveis. O uso sustentável de recursos naturais renováveis e o tratamento adequado aos recursos naturais não renováveis são exemplos de ações viáveis para o desenvolvimento sustentável.

Como sustenta John Stuart Mill (apud VEIGA, 2010, p. 130), não é adequado o ideal de vida defendido por quem pensa que o estado normal dos seres humanos é aquele de sempre lutar para progredir do ponto de vista econômico. Atropelar e pisar os outros, andar sempre às cotoveladas ao encalço do outro não podem ser o destino mais desejável da espécie humana. Estes seriam sintomas desagradáveis do progresso.

A partir deste ponto, importa verificar as possíveis alternativas

para o alcance destes elementos constitutivos do desenvolvimento sustentável em harmonia com os interesses do crescimento econômico.

3 ALTERNATIVAS PARA CONCILIAÇÃO DO CRESCIMENTO ECONÔMICO COM A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Os fundamentos do sistema capitalista estão ancorados na produção, distribuição e investimentos que visam a expansão do capital.

Karl Marx (1996a, p. 272) já descrevia que o movimento do capital é insaciável e é imprescindível que este movimento seja constante. Trata-se do modelo econômico predominante do mundo ocidental e que implica no seu exame para críticas e apontamento de soluções práticas.

Para a amplificação do capital que é almejado pelo capitalismo, os interesses privados conduzem as respectivas decisões, muitas vezes se chocam com os interesses do desenvolvimento sustentável. Contudo, “não é possível entender os problemas de depredação e poluição sem prestar atenção às tendências econômicas.” (FOLADORI, 2001, p. 164).

Sob esta perspectiva, na análise do desenvolvimento sustentável não se pode ignorar a exigência de uma visão dentro do capitalismo, ou seja, importa que seus aspectos sejam considerados para o encontro de possibilidades reais de conciliação. Entretanto, “não se colocando a questão básica quanto à própria possibilidade de uma tal sustentabilidade, o conceito corre o risco de tornar-se um conceito vazio, servindo apenas para dar uma nova legitimidade para a expansão insustentável do capitalismo.” (STAHEL, 1995, p. 104).

Portanto, é indispensável superar a concepção de desenvolvimento sustentável demarcada exclusivamente pelo capital, e assim,

A análise dos pressupostos que norteiam esta

concepção de desenvolvimento sustentável permite-nos compreender a necessidade da crítica ao modelo de desenvolvimento capitalista e o papel dos sujeitos políticos na construção de alternativas societárias democráticas que superem a desigualdade social e a degradação das próprias bases materiais do modo de produção. Permite-nos compreender, igualmente, que na concepção de desenvolvimento sustentável na lógica da sustentabilidade democrática, a relação trabalho e meio ambiente não está subsumida à hegemonia do capital, mas as categorias trabalho e natureza articulam-se na perspectiva de ampliação da qualidade de vida das populações e de superação da desigualdade/exclusão social e da desigualdade socioambiental. (DELUIZ; NOVICKI, 2004, p. 29).

Não se admite mais que a eficiência econômica e uma boa distribuição de renda (a equidade), sejam tratadas como questões diferentes e autônomas, já que não se tem “uma dicotomia entre crescimento econômico e justiça social, apenas da necessidade de que ambas sejam tratadas conjuntamente” (MARGULIS, 1995, p. 199).

Não se almeja ignorar a validade dos avanços sobre o tema de liberdade individual obtido pelos ideais liberais e imprescindíveis para o pensamento capitalista. O que se rejeita é a proposta de sobreposição dos interesses individuais e de mercado em detrimento de interesses coletivos de um desenvolvimento sustentável.

Importa que as decisões econômicas tenham mais atenção para com a qualidade de vida dos indivíduos e as possibilidades para que estes evoluam em suas potencialidades. Neste patamar, os elementos constitutivos do desenvolvimento sustentável estão aptos a fornecer instrumentos importantes, o que se inclui na análise da mudança de

paradigma e o papel do Estado e do cidadão neste viés.

3.1 Antropocentrismo e Ecocentrismo

A maneira pela qual o homem se comporta perante os recursos naturais é visto comumente sob o paradigma antropocêntrico ou sob o paradigma ecocêntrico. O primeiro está pautado para a centralidade do ser humano e o interesse em conservar a vida, de forma que, o meio ambiente fica reservado para uma análise em segundo plano ou ainda como um instrumento para aquele.

Para António Almeida (2008, p. 329), nessa relação do homem com a natureza no paradigma antropocêntrico pode-se assumir duas tendências principais e que não se conciliam em sua maior parte: a primeira vê a natureza fundamentalmente como um recurso econômico; já a segunda revela a sua importância na satisfação de uma multiplicidade de interesses que dão significado à vida humana, inclusive o aspecto econômico.

Entretanto, observa-se que este paradigma antropocêntrico levou o crescimento econômico como fator primordial para a subsistência humana, e as consequências são facilmente visualizadas nesta sociedade pós-moderna.

De modo contraposto, por meio do paradigma ecocêntrico, o meio ambiente tem um valor intrínseco e não é considerado somente uma utilidade para a humanidade. Não há uma posição privilegiada da humanidade, e os recursos naturais devem ser utilizados somente para a subsistência, a fim de preservar a integridade e a estabilidade da biota (SILVA; REIS; AMANCIO, 2011, p. 150). Neste caso, o desenvolvimento social e econômico não tem previsão e destaque

na avaliação das prioridades. Ademais, “O bem-estar humano seria uma função derivada do bem-estar da Terra, e o crescimento material aumentaria os custos ambientais e sociais para além de seus benefícios, de modo que o crescimento tornaria a humanidade mais pobre” (SILVA; REIS; AMANCIO, 2011, p. 151).

Contudo, observa-se a emergência na mudança de paradigma, vez que, tanto o paradigma antropocêntrico, quanto o paradigmas ecocêntrico, em razão de suas forças contrapostas, não propiciam o desenvolvimento ou conservam a natureza (GLADWIN; KENNELLY; KRAUSE, 1995, p. 889). Já o pensamento por meio do paradigma da sustentabilidade implica na incorporação da conceituação completa de direitos humanos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais. (GLADWIN; KENNELLY; KRAUSE, 1995, p. 891).

A sustentabilidade traz um aporte para a superação de uma visão radical entre as ações humanas e o meio ambiente, haja vista que se tratam de categorias integradas e dependentes. Há espaço para a atividade econômica vinculada à sustentabilidade na área financeira, social e cultural. O desafio a ser confrontado é o da solidariedade entre economia e ecologia e não de oposição entre estas ciências (BURSZTYN, 1995, p. 101).

A coexistência harmônica entre os interesses econômicos e ambientais são ajustados para o benefício da humanidade. Esta visão transmite a ideia de uma economia que possa se desenvolver por meio de ações de preservação ambiental. A degradação ambiental conduz à inevitável extinção de recursos indispensáveis à sobrevivência da humanidade, e que, conseqüentemente afetam o sistema de produção e o mercado consumidor.

3.2 O papel do Estado

Como dito, o aspecto econômico se mostra como uma das barreiras mais significativas no alcance do desenvolvimento sustentável. Permanece uma grande soma de interesses pecuniários, com reflexos em todas as demais vertentes do desenvolvimento: nas áreas sociais, políticas, culturais e, principalmente ambientais.

Não bastasse, diante das perdas irreversíveis dos recursos naturais há transferência de custos para as gerações futuras. Cada ação que conduza ao agravamento das condições ambientais traz reflexos inimagináveis para a atual sociedade e limita a possibilidade de sobrevivência para as nações vindouras.

O ônus quanto às responsabilidades do desenvolvimento sustentável deve ser compartilhado pelos indivíduos, pelas organizações, pelas empresas e pelo Estado, já que as implicações, negativas ou positivas, serão refletidas em todos os envolvidos no processo.

Trata-se da valorização do meio ambiente como um bem comum que necessita ser preservado, tanto em âmbito interno dos Estados, quanto em nível internacional.

Se até a década de 1970 todos os Estados importantes, agindo em interesse próprio, eram capazes de solucionar, seja pela conciliação, seja pela imposição, a maioria de suas disputas com outros Estados sem prejuízo de sua soberania, a partir da década de 1980 ocorreu uma perda diferenciada de autonomia de quase todos eles (com a única exceção dos Estados Unidos) e uma necessidade cada vez maior de cooperação internacional, o que exige muita flexibilidade nas negociações (VIOLA, 2002, p. 27).

Pontua-se, outrossim, que a regulação estatal é indispensável para que a captação de recursos financeiros não se sobreponha aos limites naturais. Juarez Freitas (2012, p. 218) aponta que a nova base administrativa de regulação do Estado é uma pedra angular de governança sustentável, fundamentada nos princípios constitucionais.

A intervenção estatal para proteção do meio ambiente se faz pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. Por meio da administração pública, o Estado opera por meio de instrumentos econômicos interventivos, tais como as taxas e o poder de política ambiental em geral que proporcionam aparatos institucionais de controle ambiental. O poder legislativo tem a aptidão de regulamentar por meio de normas positivadas, diversas ações que afetam o meio ambiente e as gerações futuras. O poder judiciário tem papel crucial para proferir decisões que conduzam à uma segurança jurídica, mas que principalmente, seja receptível aos apontamentos técnicos de proteção ambiental e aos apelos públicos de preservação da natureza.

As políticas de governo não podem desconhecer ou ignorar a necessidade de implantação de elementos do desenvolvimento sustentável. As ações públicas devem ser coordenadas e voltadas para os limites naturais de sua região e para as consequências em outros espaços que são afetados.

Ademais, faz-se imprescindível que sejam incrementados os meios e o acesso à informação, além do “[...] papel indutivo do poder público na oferta de conteúdos informacionais e educativos [...]” (JACOBI, 1999, p. 387).

Sob outra perspectiva, merece ser destacada a importância do Estado na instrução ambiental dos indivíduos.

Que forma de instrução ou conscientização ambiental se pode exigir de alguém submetido a uma realidade muito diferente dos alicerces ideológicos postos em Constituição? É aqui que se enaltece o papel do Estado. No Estado de Direito o controle é vetor de orientação quando se fala em Direito Público e, aliando, então, tal pensamento ao exposto acima, infere-se que a dignificação do homem no envolvimento com o meio ambiente urbano passa necessariamente pela preordenação das possibilidades de cogestão, de controle e de orientação da Administração Pública (MENDES JÚNIOR, 2001, p. 79).

Várias mudanças são impulsionadas pela normatização na seara ambiental, de forma que a regulamentação das atividades empresariais quanto aos recursos naturais é um importante aliado para o desenvolvimento sustentável.

O emprego de sanções penais e administrativas tem se revelado com mais efetividade, produzindo de maneira coercitiva, uma “cultura ambiental” para conscientização da necessidade de mecanismos de sustentabilidade em suas ações. Veja-se, por exemplo, o emprego de multas, a paralisação das atividades empresariais, reparação dos danos causados ou ainda responsabilização penal tanto da pessoa física quanto jurídica. Trata-se de normatização de condutas que apresentam tensões entre a apropriação dos recursos naturais e sua conservação.

A elevação no número dos agentes fiscalizadores dos órgãos ambientais e a atuação do Ministério Público, também se mostram como instrumentos importantes para o encontro das metas atinentes ao desenvolvimento sustentável.

De maneira ampla, a atuação estatal deve ser pautada pelo direcionamento e pela promoção de práticas ambientais sustentáveis, que

se iniciam em seus estabelecimentos e por meio de seus agentes. Tem-se de maneira positiva a adoção de políticas públicas que desencoraje ações que comprometam o meio ambiente, mas que impulse atitudes para o consumo moderado de água, reciclagem eficiente, utilização de transportes não poluentes, dentre outros. Portanto, as ações estatais devem se basear não somente em medidas punitivas, mas também no estímulo e na premiação de condutas positivas.

3.3 O Papel do Cidadão

No que tange aos indivíduos integrantes de uma comunidade, pontua-se acerca da indispensabilidade da formação de uma consciência de se refrear a degradação ambiental e impedir que novos ataques à natureza ocorram.

O dever que o Estado detém de intervir da ordem econômica e social para buscar um desenvolvimento sustentável não isenta o particular como sujeito ativo deste mesmo objetivo. Sua atuação inclui a fiscalização de práticas empresariais ofensivas ao meio ambiente, ou ainda a supervisão das ações do governo no que se referem a medidas sustentáveis.

Remi Aparecida de Araújo Soares (2005, p. 168) defende a ideia que em primeiro plano, o ser humano deveria “sentir-se natureza, desenvolver um sentimento profundo de identificação com ela, com suas mudanças e estabilidades”. Nesse diapasão, importa estimular a cidadania voltada para o desenvolvimento sustentável.

A cobrança de particulares ou de indivíduos reunidos em associações é hábil a produzir impactos positivos na luta pelo destaque de temas ambientais. O mercado passa a ter consciência que as questões

ambientais têm reflexo na competitividade das instituições privadas, e, assim, os cidadãos podem valer-se desses instrumentos para evidenciar seus interesses no cuidado com os recursos naturais.

A cidadania ocupa lugar central na busca de um novo paradigma que deverá, fundamentalmente, superar as limitações do Estado tecnocrático e do Estado Liberal. A nova cidadania exige uma nova sociedade, com uma maior igualdade nas relações sociais, com novas regras de convivência social e um novo sentido de responsabilidade pública, onde os cidadãos são reconhecidos como sujeitos de interesses, com aspirações e direitos legítimos (SOARES, 2005, p. 170).

Por fim, não se podem ignorar as responsabilidades dos indivíduos para com os conflitos ambientais, bem como não se desacreditar quanto ao cumprimento das responsabilidades estatais. Todos têm

[...] a necessidade básica do convívio pacífico e justo, no mesmo planeta, cujas condições de preservação de vida, no presente e no futuro, estão a depender de maior solidariedade- e não apenas tolerância (embora esta já represente um grande avanço) – e compreensão entre as pessoas e entre as nações (GOMES, 2015, p. 23).

O pensamento voltado para a alteridade identifica o cidadão comprometido com a sua sobrevivência e das gerações que se seguirão, e ainda “preserva a liberdade por meio da responsabilidade e resguarda politicamente a humanidade, evitando que tudo de massifique e homogeneize silenciosamente.” (SOUZA; DUTRA, 2011, p. 21).

Invoca-se uma posição de solidariedade dos cidadãos para permitir o desenvolvimento da atual sociedade e permitir que as vindouras tenham a oportunidade de existir. Não se almeja um mero status formal de cidadão ou ainda uma concepção liberal de cidadania que é pautada somente na busca do sucesso pessoal.

A cooperação social voltada para o desenvolvimento sustentável apresenta um caráter de participação na comunidade e de preocupação com o meio ambiente, rejeitando vontades individualistas e que afetam toda a sociedade.

A escassez dos recursos ambientais convoca os cidadãos a participar da vida pública e para identificar, contestar e influenciar as ações de outros indivíduos e do próprio Estado no alcance de um desenvolvimento sustentável.

Não se pode olvidar que o indivíduo deve potencializar sua ação individual, mas objetivando alcançar, em última análise, um aumento do bem estar coletivo, por meio de pessoas com alto grau de desempenho de suas habilidades individuais.

Nesta perspectiva, o liberalismo, como defensor da igualdade e da liberdade ampla para os particulares, pode fornecer perspectivas para uma visão global de desenvolvimento, ou seja, de um desenvolvimento sustentável que permita a defesa de interesses pessoais sem o afastamento das questões ambientais.

CONCLUSÃO

Os recursos naturais se apresentam como um repositório esgotável e a degradação ambiental limita e impede a continuidade da vida no planeta. Apresenta-se a urgência quanto à valorização de

características sustentáveis no desenvolvimento da sociedade e uma atenuação da predominância dos aspectos econômicos.

A necessidade indispensável de um consumo ilimitado que foi gerado no pensamento da sociedade, trouxe reflexos destrutivos na seara ambiental que já não podem ser revertidos.

A doutrina liberal, que foi de suma importância para a preservação dos direitos individuais e a autonomia perante o Estado, também trouxe conceitos individualistas para conquista de sucesso pessoal, principalmente no âmbito econômico.

Esta perseguição particular dos próprios interesses obstruiu a visão de solidariedade dos indivíduos e necessita ser resgatada para benefício do planeta. Nesse sentido, passou-se a visualizar o desenvolvimento sustentável como uma alternativa para crise social e ambiental da humanidade, apresentando o desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social, como conceitos a serem aplicados.

O equilíbrio nas relações do homem com a natureza é vital para a sobrevivência da humanidade e merece ser sopesada nas relações econômicas e sociais. Portanto, o processo de desenvolvimento econômico deve ser aliado na proteção do meio ambiente e não se limitar a avaliações quantitativas de capital.

A transferência de responsabilidades no que tange à preservação ambiental causa transtornos e não apresenta soluções viáveis. Portanto, uma integração de esforços entre os órgãos estatais e os particulares atuantes na vida pública conduz a um importante avanço na construção de uma sociedade que se desenvolva sustentavelmente.

Dentro dos ideais de igualdade e liberdade presentes na corrente teórica e filosófica do liberalismo, pode-se ponderar e chegar-se a uma avaliação acerca da necessidade de proteção do meio ambiente como

um bem comum e indispensável para que todos os indivíduos alcancem seus objetivos e mantenham os recursos naturais para esta e para as próximas gerações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, António. Como se posicionam os professores perante a existência e utilização de jardins zoológicos e parques afins? Resultados de uma investigação. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 327-342, ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022008000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2017.

ARAUJO JÚNIOR, Miguel Etinger de; BORRAS PENTINAT, Susana. O conceito de justiça ambiental e sua necessária aplicação no sistema contratual brasileiro. In: SOARES; Marcos Antônio Striquer; ARAUJO JÚNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (Org.). **Estudos em direito negocial e democracia**. Birigui: Boreal, 2016. Cap. XII.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRÜSEKE, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. São Paulo: Fundação Joaquim Nabuco, 1995. p. 29-40.

BURSZTYN, M. Armadilhas do progresso: contradições entre economia e ecologia. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-124, 1995. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9588/1/ARTIGO_ArmadilhaProgresso.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

CASTRO, Carlos J. Sustainable development: mainstream and critical perspectives. **Organization & Environment**, Florida, v. 17, n. 2, p. 195-225, jun. 2004.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DELUIZ, Neise; NOVICKI, Victor. Trabalho, meio ambiente e desenvolvimento sustentável: implicações para uma proposta de formação crítica. **Boletim Técnico do SENAC**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 18-29, 2004. Disponível em: <http://petropolisambiental.com.br/ea/wp-content/uploads/2016/12/Del Luiz_Novicki_BTS_2004_ART.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIEGUES, Antonio Carlos S. Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis: da crítica dos modelos aos novos paradigmas. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 6, n. 1-2, p. 22-29, jan./jun. 1992.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável**. Campinas: Ed. Unicamp, 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo

Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1961.

GLADWIN, Thomas N.; KENNELLY, James. J.; KRAUSE, Tara-Shelomi. Shifting paradigms for sustainable development: implications for management theory and research. **Academy of Management Review**, New York, v. 20, n. 4, p. 874-907, Oct. 1995.

GOMES, Sergio Alves. Exigências dos direitos humanos como núcleo ético-jurídico e político da democracia. In: ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Ettinger de; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (Org.). **Estudos em direito negocial: relações privadas e direitos humanos**. Birigui: Boreal, 2015. p. 2-27.

JACOBI, Pedro. Meio ambiente urbano e sustentabilidade: alguns elementos para reflexão. In: CAVALCANTI, Clovis (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1999. p. 384-390.

MARGULIS, Sérgio. A economia e o desenvolvimento sustentado. In: TAU-K-TORNISIELO, Sâmia Maria et al. (Org.). **Análise ambiental: uma visão multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. p. 98-103.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Tradução de Régis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996a. v. 1, t. 1. (Coleção Os Economistas).

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Tradução de Régis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996b. v. 1, t. 2. (Coleção Os Economistas).

MEADOWS, Donella H. et al. **Limites do crescimento: um relatório**

para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade. São Paulo: Perspectiva, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. Proteção ambiental e ação civil pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set.1986. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45164/43707sci_arttext&pid=S1678-69712011000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 mar. 2018.

MENDES JÚNIOR, José Rogério de Sousa. Da liberdade de participação. In: MARTINEZ, Sergio Rodrigo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Desenvolvimento e meio ambiente: o pensamento econômico de Amartya Sen**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59-84.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios. **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 131-142, 1999.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 37-48, maio/ago. 2002.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou economia política da sustentabilidade**. Campinas: UNICAMP, 2001. (Texto para discussão, n. 102).

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária-SEBRAE, 2004.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabela Cristina de Moura Carvalho; GUIMARÃES, Leandro Belinaso. **Desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Sabrina Soares da; REIS, Ricardo Pereira; AMANCIO, Robson. Paradigmas ambientais nos relatos de sustentabilidade de organizações do setor de energia elétrica. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 146-176, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2017.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. **Proteção ambiental e desenvolvimento econômico**: conciliação. Curitiba: Juruá, 2005.

SOUZA, José Fernando Vidal de; DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 20, p. 7-22, jan./jun. 2011.

STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Fundação Joaquim Nabuco, 1995. p. 104-127.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac, 2010.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 50, p. 25-46, out. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Como citar: MÁLAQUE, Deborah de Meira; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de. Alternativas para desenvolvimento sustentável e a conciliação como o crescimento econômico: perspectivas históricas de influência do liberalismo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.115-147, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p115. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/02/2018.

Aprovado em: 21/03/2018.

**MICROSSISTEMA DO DIREITO
AMBIENTAL: FORMAÇÃO E
OPERABILIDADE**

**MICROSSYSTEM OF ENVIRONMENTAL
LAW: FORMATION AND OPERABILITY**

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*
Paulo Roberto Pereira de Souza**

* Doutora em Direito das Relações Sociais em 1993 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC -SP). Mestre em Direito em 1984 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito em 1974 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: jussara@bflaw.adv.br

** Doutor em Direito em 2000 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC -SP). Mestre em Direito em 1983 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito em 1974 pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Email: prps33@gmail.com

Como citar: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Microssistema do direito ambiental: formação e operabilidade*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.148-184, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p148. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O sistema jurídico contemporâneo foi edificado a partir das grandes e tradicionais codificações de direito privado objetivando a proteção do direito individual. Como decorrência da sociedade de massa, surgiram conflitos de massa exigindo novas respostas do direito. O sistema jurídico tradicional foi arquitetado para a solução de conflitos individuais, não oferecendo meios adequados para solucionar os conflitos coletivos. O isolamento da nova categoria de direitos - os direitos difusos - exigiu do direito, conformações distinguidas, aptas ao atendimento da questão problema surgida

nessa seara, norteando a investigação. O artigo tem por objetivo investigar as alternativas possíveis, encontradas pelo sistema jurídico para atender as atuais e complexas demandas decorrentes dos conflitos difusos, valendo-se da viragem paradigmática e utilizando a organização decorrente do microsistema formado pelo plexo que envolve as relações em sede de meio ambiente. A condição de possibilidade para dar respostas à problemática decorre da releitura paradigmática e sistêmica como meios capazes de possibilitarem o atendimento adequado à tutela das demandas deste segmento, observando as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito no que se refere ao tratamento adequado de conflitos que tais envolvendo o direito de propriedade, a livre iniciativa e a proteção dos recursos naturais. O estudo utilizou o método dedutivo e finalístico, a partir de uma revisão de literatura, tendo por propósito a tutela e proteção do meio ambiente. Constatou-se, ao final, a indispensabilidade de tratamento diferenciado para conflitos em sede de direito ambiental como proposto, especialmente em relação ao cumprimento dos deveres jurídicos desta seara.

Palavras-chave: Direito ambiental. Microsistema jurídico. Direitos difusos. Tutela coletiva de direitos.

Abstract: Our modern legal system was

built from large and traditional codifications of private law, with the objective of safeguarding individual liberties and rights. Furthermore, with the formation of mass society, mass conflicts have emerged, demanding that the law responds and adapts to these challenges accordingly. In retrospect, the traditional legal system was designed to resolve individual conflicts, thusly, it is no surprise that it does not provide adequate means for solving collective conflicts. From this perspective, isolating these new category of rights – diffuse rights – demands that law, with its distinguished conformations, addresses this issue in order to bring forth a solution. For this purpose, this research investigates possible alternatives constructed by our own legal system as a way to disentangle complex questions originating from diffuse conflicts – utilizing the paradigm shift as a probable means of solution, even if it derives from the microsystem whose point of departure is the environment. Moreover, the likeliness of answering these questions is directly related to the paradigmatic and systemic re-reading, as capable means of adequately guaranteeing this segment's demands, as noted by the difficulties faced by the operators of the law with regard to the appropriate treatment of conflicts that involve the right to property, free enterprise and the protection of natural resources. Finally, this paper uses the deductive and finalistic method, based on literature review, with the purpose of relating it to the environment. In conclusion, this paper verified the indispensability of

differential treatment for conflicts pertaining to environmental law, as a means to fulfill the legal duties of this area.

Keywords: Environmental law. Legal microsystem. Diffuse rights. Collective protection of rights.

INTRODUÇÃO

A partir de metade do século XX verificou-se a necessidade de que fossem reguladas as relações do homem com o meio em que vive. Inserido em um meio que o condiciona e que é por ele condicionado, o homem por meio de ações e comportamentos mal dimensionados ameaça a sobrevivência da sua e de outras espécies que vivem na terra. Dessa constatação, inúmeras iniciativas foram tomadas em todo o mundo, culminando com Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, em 1972. Na declaração, resultante da Conferência de Estocolmo, destaca-se a proteção do meio ambiente como um princípio norteador das ações de governos e sociedade em todo o mundo.

Na análise do estudo do ser humano e seu entorno, pode-se verificar uma rápida evolução, deixando de ser atribuição das ciências naturais para envolver profissionais das mais diversas áreas, resultando esse conjunto na formação de uma nova disciplina, que com métodos e princípios próprios, passam a estudar as relações do homem com o meio em que vive, tendo com meta maior a preservação da vida em todas as suas formas. No Brasil, a partir da aprovação da atual Constituição Federal, o Direito Ambiental adquire um novo status, na medida em que passa a ser tratado como um direito fundamental.

O artigo tem por objetivo investigar as alternativas possíveis, encontradas pelo sistema jurídico para atender as atuais e complexas demandas decorrentes dos conflitos difusos, valendo-se da viragem paradigmática e utilizando a organização decorrente do microsistema formado pelo plexo que envolve as relações em sede de meio ambiente.

Da análise do sistema jurídico tradicional, caracterizado pelo individualismo e patrimonialismo, verifica-se sua inaplicabilidade

para a solução de conflitos coletivos, ponto central de onde decorre a problematização concentrada na questão referente às condições de possibilidades adequadas à resolução dos conflitos de interesses oriundos da violação aos bens ambientais.

A complexidade das novas relações sociais tem mostrado a ineficácia do sistema ao enfrentar questões como a responsabilidade da pessoa jurídica, a amplitude da lide, a necessidade de tratamento diferenciado ao hipossuficiente por meio da inversão da prova no processo civil, a relativização da coisa julgada diante do interesse coletivo ofendido, a proteção do direito à cidade e novas complexas normas urbanísticas, a proteção dos idosos, da criança e do adolescente, entre outros.

Os operadores do direito no Brasil foram fortemente influenciados pelo positivismo jurídico, o que os levou a entender e aplicar o direito apenas como norma. Décadas de regime autoritário fizeram com que o estudo da teoria fosse relevado a segundo plano. Após quase duas décadas de vigência da Lei dos Crimes Ambientais n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998) e de vinte e oito anos de vigência da Constituição Federal, ainda se questiona a responsabilidade penal da pessoa jurídica, última ratio encontrada para inibir abusos praticados por pessoas jurídicas contra o meio ambiente.

Para possibilitar a efetiva aplicação do Direito Ambiental, procedeu-se a reunião de tutelas oriundas do Direito Civil, no Direito Processual Civil, no Direito Tributário e Administrativo. Da mesma forma que tais contribuições foram extraídas do Direito Penal buscando meios para dar cumprimento ao comando constitucional que criminalizou a pessoa jurídica.

A partir de 1988 a Constituição Federal garante a todos não apenas o acesso ao direito, mas, sobretudo, o acesso à ordem jurídica

justa. A viragem paradigmática deslocou a tutela individual para a tutela coletiva exigindo, bem por isso, a apreensão do bem ambiental na extensa composição e caracterização deste direito fundamental.

Para alcançar os objetivos delineados adotou-se o método dedutivo e finalístico e revisão de literatura.

1 DIREITO AMBIENTAL, ECONOMIA E A QUESTÃO CONCEITUAL

No Estado contemporâneo o ser humano não pode mais viver sem regras que estabeleçam orientação, influenciando seu comportamento, limitando e controlando suas ações em relação ao meio ambiente. Para viabilizar esta nova postura do homem em relação ao seu entorno o Estado é desafiado a adotar princípios e regras com fim de orientar e regular as ações humanas, não apenas com uma visão antropocêntrica que foi sua prioridade até aqui, mas adotando uma visão biocêntrica, com vistas à proteção da vida em todas as suas formas.

O sistema jurídico oitocentista, edificado com o do Código de Napoleão, estava centrado na tutela do direito individual, não apresentando, mais, respostas para conflitos de interesses e lides decorrentes das novas e complexas relações sociais. A nova realidade social, econômica e política desafiam os princípios e valores que até agora formavam a base de tal sistema. Respondendo à urgência de situações e carências mais evidentes, surge o direito ambiental e uma ecologia jurídica, que reclama a união do jurista com os profissionais das ciências naturais, de modo a fazer com que o sistema jurídico, como um todo, incorpore a variável ambiental.

Analisando a matéria de acordo com Borges (1998, p. 14-15)

destaca que:

Hoje existe um direito ambiental e uma ecologia jurídica. A diferença é que a posição do direito ambiental em relação ao sistema jurídico como um todo é uma situação de autonomia disciplinar, enquanto que a posição da ecologia jurídica em relação ao direito (não apenas o direito ambiental, mas todo o sistema jurídico) é uma situação paradigmática. Não basta que se crie um novo ramo do direito, autônomo, com princípios e instrumentos próprios, como é o direito ambiental, porque a disciplina vai continuar imersa num sistema jurídico inadequado para o final do século XX, pois sua estrutura e muitos de seus institutos ainda se voltam para o século XIX. As circunstâncias atuais requerem um direito muito diferente do direito da época do Código Civil, por exemplo, principalmente no que tange à economia, ou aos interesses coletivos e difusos que preponderam sobre os interesses individuais, grande objeto de proteção daquele direito do passado. Se toda essa ultrapassada estrutura jurídica não se modificar também, se a dimensão ambiental não for suficientemente incorporada no sistema jurídico como um todo, o Direito Ambiental e as normas ambientais dificilmente serão aplicados. Tem-se um direito que é ambiental e todo um sistema jurídico não ambiental.

A situação ambígua que tem vivido o Direito Ambiental no país apresentando de um lado, a discussão se constitui ou não um ramo autônomo do Direito e de outro, a indiferença com que é tratado pelos ramos tradicionais do Direito. Pode ser observado, ainda agora, um inadequado tratamento por parte do ensino jurídico ao não dedicar a devida atenção a este ramo. Não é raro encontrar conflitos entre o conceito

de propriedade no direito civil tradicional e o conceito de propriedade concebido pelo direito ambiental; o mesmo ocorre em algumas situações processuais, penais, administrativas entre outras.

Canotilho (1991, p. 348-349) destaca a grande alteração em relação ao direito de propriedade quando assevera que:

O direito de propriedade está sujeito a medidas planificantes de proteção ao ambiente (planos de ordenamento territorial, desenvolvimentos de reservas e parques, classificação e proteção de paisagens). Noutras hipóteses, a utilização do uso dos solos está sujeita a uma complexa rede de planos de ordenamento, autorizações, licenças, proibições, materialmente constitutivas de ônus ou restrições socialmente adequadas, nuns casos, ou de sacrifícios especiais legitimadores de um direito indenizatório noutros casos.

Na verdade, o grande desafio do Direito Ambiental consiste em buscar um equilíbrio entre a economia e a garantia da vida com qualidade. Field (1995, p. 26) conceitua economia como “um conjunto de acordos tecnológicos, legais e sociais a partir dos quais um grupo de pessoas busca aumentar seus padrões materiais e espirituais de vida”.

Tradicionalmente Direito e Economia andaram por linhas paralelas que não se encontravam nem no infinito, dado que seus objetos são distintos. Com efeito, a economia tem como objetivo maior a geração de riquezas, não se preocupando com a questão da justiça, objetivo maior do Direito.

No final de século, o jurista foi desafiado a buscar a construção não apenas de uma sociedade justa, que foi seu objetivo maior até aqui, mas aliado a tal objetivo, o sistema jurídico teve que buscar meios para

assegurar a existência de um planeta habitável. Ao analisar as ferramentas jurídicas disponíveis, constata-se que o sistema tradicional de direito não oferece mais respostas para demandas, tais como o controle do uso dos recursos naturais, fonte primeira dos insumos utilizados pela economia. Importa construir uma nova ordem jurídica, necessitando rever princípios, conceitos e valores tanto da economia como do Direito.

Na área econômica surge a Economia Ambiental preocupada com a ordenação dos fatores de produção de maneira sustentável, que Field (1995, p. 3 e 26-27) conceituou como:

[...] o estudo dos problemas ambientais com a perspectiva e ideias analíticas da economia. e mais: o estudo da natureza em seu papel como provedor de matérias-primas se denomina economia dos recursos naturais. o estudo do fluxo de resíduos dos impactos resultantes no mundo natural se denomina basicamente economia ambiental.

Esta nova visão da economia traz à baila o estudo da Teoria das Externalidades.

Marshall formulou o conceito de externalidade, posteriormente estudado por Pigou, em 1920, quando constatou que:

O preço de mercado dos bens não pode refletir fielmente os verdadeiros custos ou benefícios resultantes da sua produção ou de seu consumo. O preço do mercado só seria uma medida adequada para avaliar as perdas e os ganhos sociais resultantes do uso normal dos recursos, se verificassem simultaneamente duas condições ideais: primeiro, se, em concorrência perfeita, o preço de mercado dos bens correspondesse exatamente à avaliação que

os consumidores fazem dos benefícios derivados do seu consumo; e, segundo, se o preço dos fatores de produção fosse igual ao valor da produção que estes poderiam produzir na sua melhor utilização alternativa. Porém, na vida real, pode não se verificar alguma ou, mais provavelmente nenhuma destas proposições. Efetivamente, onde houver bens cuja produção e/ou cujo consumo dê origem a benefícios que vão ser concedidos, ou perdas que vão ser impostas a outras pessoas, que não são as que compram, ou sequer as que consomem ou utilizam esse bem e se situam fora da relação econômica fundamental considerada, entre produtor ou prestador de serviços e o consumidor ou beneficiário da prestação. (apud ARAGÃO, 1997, p. 31)

Tais considerações mostram, sobretudo, que o capital da natureza é considerado invisível para o mercado. O uso e, em alguns casos, o quase esgotamento dos recursos naturais utilizados pela produção não é precificado, não integrando o custo final do produto. A não valorização de tais recursos gera um uso predatório e irresponsável de tais recursos o que poderá comprometer a vida de gerações futuras.

Na sociedade de massa somos todos expostos a riscos criados pelo sistema produtivo gerando ameaças que expõem seriamente nossa qualidade de vida.

Beck (2011, p. 9) destaca que:

[...] Contra as ameaças da natureza externa, aprendemos a construir cabanas e a acumular conhecimentos. Diante das ameaças da segunda natureza, absorvida no sistema industrial, vemo-nos praticamente indefesos. Perigos vem a reboque do consumo cotidiano. Eles viajam com o vento e a água

esconde-se por toda a parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos -, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da modernidade.

E arremata “O reverso da natureza socializada é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas da sociedade mundial altamente industrializada” (BECK, 2011, p. 9).

Esses riscos tecnológicos e perigos criados pelo homem vão exigir uma resposta do Direito para minimizar seus impactos. Com efeito, há riscos toleráveis e riscos não toleráveis o que de qualquer forma tornará o seu gerador responsável por danos e impactos por deles resultantes.

Como se vê estes benefícios ou custos são concedidos ou impostos a terceiros, independentemente de suas vontades, mas também independente da vontade de quem os produziu. São efeitos externos do mercado que não são considerados na produção, geram impactos, eventualmente danos, cuja reparação exige uma custosa ação do poder público, individualizando benefícios em favor de quem produziu ou consumiu tais bens, mas socializando os custos, ao exigir que todos os contribuintes suportem a recuperação do eventual dano provocado.

Os custos sociais decorrentes da atividade causadora de impactos ambientais não integram os custos dos produtos gerados. Por esta razão, os custos são inferiores aos reais e acabam resultando em um nível de produção superior ao que permite a manutenção do equilíbrio ecológico.

Como assevera Aragão (1997, p. 36):

[...]se os custos marginais privados divergem dos custos marginais sociais, para atingir o ponto ótimo

da economia, há que internalizar essa diferença. Internalizar as externalidades ambientais negativas significa fazer com que os poluidores, sejam suportados por estes como verdadeiros custos de produção, de tal modo que as decisões dos agentes econômicos acerca do nível de produção o situem num ponto mais próximo do ponto socialmente ótimo que lhe é inferior.

Constata-se que um longo caminho foi percorrido desde o conceito romano da *res nullius*, onde os bens ambientais eram considerados coisas de ninguém e ninguém seria responsabilizado por sua degradação, até chegar ao conceito atual de interesses e direitos difusos – *res communes omnium* - bens de uso comum de todos, objeto do Direito Ambiental. Diante do conflito entre a economia e a ecologia como harmonizar o necessário e desejado desenvolvimento econômico com a preservação ambiental? Seria suficiente buscar dentro da legislação esparsa ou das diversas disposições do Direito regras de disciplinar as relações do homem com o seu meio, ou seria necessária a criação de um novo ramo do Direito? Vê-se logo, que a dicotomia Direito Público e Direito Privado não oferece mais uma resposta adequada às indagações formuladas, uma vez que o interesse-objeto do Direito Ambiental é suprasubjetivo e metaindividual: certos direitos e interesse, mesmo quando privados, têm uma alma pública e um corpo ora público, ora privado, ora misto. Diante disso, faz-se necessário um tratamento diferenciado de tais situações jurídicas, impondo-se a construção de regras apropriadas para essas novas exigências.

Diante de toda esta análise enfrenta-se o desafio de conceituar o direito ambiental.

Antunes (1998, p. 32) após longos estudos, concluiu que “o

ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais fácil intuir do que definir tal a sua riqueza de conteúdo e a dificuldade da sua classificação jurídica”.

No Brasil o debate começou com o trabalho precursor de Ferraz (1976, p. 43-45) sobre o que denominava Direito Ecológico o qual conceituou como “o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio ambiente”.

Na mesma linha, o também pioneiro Moreira Neto (1977, p. 23) conceitua Direito Ecológico como “o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio ambiente”.

Na visão de Moreira Neto (1977), o Direito Ambiental não constituiria um ramo autônomo do direito, sendo um ramo informativo, por representar uma reunião de técnicas, regras e instrumentos centrados sobre um mesmo problema.

Para elaborar um conceito de Direito Ambiental, tem-se que considerar a noção de fato e de direito do meio ambiente. Na noção de fato, entenda-se por meio ambiente o chamado entorno que envolve, fornece os elementos necessários à vida do homem; elementos – como água, ar, solo, subsolo; e psíquicos – como os bens e interesses de natureza estética, histórica, turística, paisagística e cultural. Da análise dos elementos materiais e psíquicos que envolvem o homem, resulta a necessidade de tutelar a vida, não apenas considerada no aspecto de sobrevivência, mas a vida com qualidade. Assim, o direito ambiental deverá buscar a indispensável harmonização de desenvolvimento econômico com a proteção da vida com qualidade.

Neste sentido é a lição de Machado (2008, p. 54-55) quando conclui que:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Antunes (1998, p. 33-34) buscando sintetizar todos estes valores, conceitua Direito Ambiental como “o conjunto de normas jurídicas que se destinem a regular e a proteger, de forma planificadora, conformadora, preventiva e promocional o ambiente natural e humano dos efeitos nocivos resultantes do processo civilizacional”.

No Brasil, os elementos que constituem o Direito Ambiental estão definidos na Constituição Federal, que trata o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio como um direito fundamental.

A propósito Fiorillo (1997, p. 99) nos mostra que:

[...]o legislador constitucional, além de disciplinar como vimos o meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico) natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora a fauna, ou seja, a biosfera) em face do que estabelece o art. 225 chegando inclusive

a abordar matéria adaptada a chamada ecologia da radiação (que se ocupa com as substâncias radioativas, a radiação e o ambiente) ao estabelecer regra de localização para usinas que operem com reator nuclear... O meio ambiente, portanto, embora não tenha acepção unívoca, recebeu do legislador constituinte tratamento moderno adaptado à realidade dos novos tempos e dentro de uma nova filosofia e mentalidade.

Há uma discussão latente sobre a natureza do Direito Ambiental surgindo a habitual problemática: se público ou privado, se constitui um ramo autônomo ou não.

Hoje se pode falar de um direito ambiental autônomo, bem como de uma ecologia jurídica, inclusive de uma nova categoria de interesses privados, mas com uma alma pública ou de interesses públicos latentes.

Neste passo, é esclarecedora a lição de Zsögön (1991, p. 357) quando afirma:

O direito ambiental assume uma problemática multi e interdisciplinar, pois os diversos setores que o integram, interacionam e interdependem entre si. Este ramo do direito adquire transcendência como disciplina científica, quando se compreende que o entorno constitui um todo e seus diferentes componentes se encontram em permanente interação. No limiar do novo século, esse novel direito se constrói para a preservação da vida, rompendo com os clássicos conceitos, para construir uma nova tutela jurídica.

Há que se ter uma visão holística que, no dizer de Lorenzetti (2010, p. 29):

[...] tudo tem uma interrelação que deve ser respeitada, tanto na natureza, como no próprio direito. Isso é diferente da unilateralidade que tem caracterizado o pensamento ocidental que se concentra habitualmente na análise de uma questão prescindindo do contexto.

Dentro dessa nova perspectiva, a preocupação central não reside mais em saber se reporta ou não a um direito autônomo, pois o Direito Ambiental é um sistema de normas que não admite a existência de regimes totalmente separados, uma vez que adquire importância na medida em que se integra a um circuito de regras cujo princípio e fim estão no Texto Constitucional.

Para ter efetividade, o Direito Ambiental deverá organizar a proteção dos recursos naturais por setores de atividades, regulando a atividade econômica de maneira geral, com normas que digam respeito à indústria, à agricultura, ao uso e ocupação do solo, bem como estabelecer regras que digam respeito aos elementos essenciais à vida humana: a proteção da terra, da água, do ar, do meio ambiente natural e cultural, necessários à vida com qualidade.

Como o Estado regula um conflito a partir de uma revolta do próprio objeto tutelado e não do interesse de um sujeito de direitos, não se pode utilizar padrões clássicos e tradicionais para entender tais direitos.

As mudanças não atingem apenas o Direito, pois em nível da Economia, a chamada economia ecológica tem uma preocupação marcada por princípios próprios. É o que Field (1995, p. 240) denomina de princípio equimarginal, que considera os danos marginais provocados pelos fatores de produção, ou princípios da produção com ou sem regulamentação, por meio do qual os custos são determinados em razão de

maiores ou menores exigências ambientais. É importante, ainda, lembrar o princípio do desenvolvimento sustentável, por meio do qual se busca atender às necessidades das gerações presentes, mantendo-se dentro dos limites do crescimento do planeta, de maneira a não comprometer as gerações futuras.

Diante da abrangência do bem jurídico tutelado, pode-se concluir que o meio ambiente deve ser considerado um bem jurídico autônomo, que possui características suficientes para constituir um ramo do direito, uma vez que seus princípios, conceitos, titulares e formas de exercício não podem ser confundidos com o sistema jurídico tradicional.

Por consequência, é válido conceituar o Direito Ambiental como um conjunto de princípios e regras que têm por objetivo defender, prevenir, restaurar o conjunto de elementos naturais e culturais, considerados, em seu todo indispensável à promoção e à preservação da vida com qualidade, das gerações atuais e futuras no planeta. Será a função principal do Direito Ambiental assegurar a todos um meio ambiente equilibrado, limitando os direitos econômicos todas as vezes que estes colidirem com aquele direito difuso da população, ameaçando, por qualquer modo a vida como existência e a vida com qualidade.

2 O MICROSSISTEMA DO DIREITO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE ECOSISTEMAS

Tendo a Constituição Federal como norma fundamental o sistema tradicional se dividiu em vários ramos com os Direitos Civil, Penal, Administrativo, Processual, Tributário, etc. Em todos eles o alvo era a solução do conflito individual. A visão é sempre o direito subjetivo transformado em pretensão ao dar nascimento a uma lide é exercido por

meio do direito constitucional de petição que também pressupõe um titular no polo ativo e no outro aquele que lhe deve sujeição. Este modelo alicerçado na teoria das condições da ação de Enrico Tulio Liebman (1985, p. 53) pressupõe sempre a existência de um titular de um direito e de alguém que lhe deva sujeição.

O surgimento da sociedade de massa, aliado aos fenômenos da globalização, da revolução das infovias da comunicação e do surgimento da sociedade de massa fizeram com que o jurista tivesse que repensar o direito e buscar novos caminhos para proteger novas e complexas exigências da sociedade.

Pode-se afirmar, a partir de Mancuso (1994, p. 78-82), que o mais notável feito da ciência jurídica no século passado foi o isolamento de uma nova categoria de direito, ou seja, os direitos difusos protegidos por meio da tutela coletiva de direitos. Ocorre que a tutela coletiva de direitos não encontra resposta no sistema tradicional quer no plano material quer no processual. Isto porque os direitos difusos são caracterizados por uma indeterminação de sujeitos, a intensa litigiosidade interna, transição e mutação no tempo e espaço.

Mancuso (1994, p. 80) destaca mais que:

Em todos esses casos, a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que a esse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses caos de interesses difusos, não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição

“certa” e a “errada”.

O sistema jurídico tradicional tem a seguinte representação gráfica:

Figura 1 – Sistema jurídico tradicional



Fonte: Os autores.

Como se vê, tendo por norma fundamental a Constituição Federal, o sistema tradicional se divide em vários ramos do direito sempre tendo como alvo e foco o litígio e a pretensão individual. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do tra-

balho;” (BRASIL, 1988).

A tutela coletiva de direitos exige uma nova forma de tratamento por parte do Direito.

A alternativa encontrada pela ciência jurídica foi a formação de microssistemas que consiste na formulação de regras específicas para a proteção de determinados direitos ou interesses. Pode-se falar no microssistema do consumidor, da ordem econômica, da criança e do adolescente, das pessoas portadoras de deficiência, e o tema deste trabalho do meio ambiente.

O microssistema do Direito Ambiental surge como uma alternativa de buscar nos diversos ramos do direito mecanismos e instrumentos capazes de dar respostas à proteção de recursos naturais essenciais à vida.

O novo paradigma, da tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos vai exigir pois, uma revisão profunda na ordem econômica e social.

O sistema tradicional foi todo concebido para solucionar conflitos individuais, como “A” versus “B”, como a venda frustrada do imóvel, o aluguel que não foi pago, a dívida que não foi satisfeita, enfim tudo girava em torno dos indivíduos, seus bens, seus negócios e até mesmo suas relações familiares.

O surgimento da sociedade de massa como fenômeno exige um direito de massa capaz de dar respostas às novas e complexas exigências da sociedade.

Não é possível tratar destas complexas relações jurídicas com a visão tradicional, codificada e formal do sistema jurídico tradicional.

No tratamento dos conflitos ambientais deverá ser realizado um diálogo das ciências sociais com as ciências naturais. O sistema jurídico

terá que interagir com o sistema da natureza. Essa interação exigirá a adoção de tutelas diferenciadas capazes de adequar os instrumentos jurídicos às peculiaridades da natureza.

A tutela preventiva torna-se fundamental e exige a proteção jurídica para riscos conhecidos e desconhecidos, para ameaças e até mesmo para um dano provável que não se sabe se irá ou não ocorrer, mas que por precaução o Direito precisa atuar para proteger valores essenciais à garantia do direito fundamental à vida com qualidade.

O jurista é desafiado a reescrever o direito a rever velhos dogmas que nortearam o conhecimento jurídico até o surgimento da sociedade de massa, da sociedade de risco.

O caminho encontrado foi o isolamento de uma nova categoria de direitos, qual seja os direitos difusos conceituados como direitos pertencentes a um número indeterminado e indeterminável de titulares ligados entre si por uma situação de fato.

Os direitos difusos, na verdade, são limitadores de direitos subjetivos individuais clássicos, que, por seu turno, são limitados diante do interesse geral de proteção constitucional da vida.

Outro traço distintivo dos direitos difusos é não serem suscetíveis de subjetivação, no sentido de que, por pertencerem a um número indeterminado de sujeitos, não comporta a apropriação ou disposição por nenhum deles, prevalecendo, assim, o objeto sobre o sujeito.

O objeto da proteção ambiental é um bem difuso, insuscetível de apropriação individual em sua totalidade, marcado por uma mutação no tempo e no espaço e caracterizado por uma intensa litigiosidade interna.

Com efeito, trata-se de coisas que se movem, que interagem entre si, como o clima, as correntes de vento, o ar atmosférico, a prestação de serviços ambientais pelas florestas, o solo, as águas superficiais e

subterrâneas.

Pode-se até mesmo afirmar que o surgimento da proteção ambiental não foi resultado de uma ação espontânea do sujeito.

Com efeito, Antunes (1998) ensina que as normas de proteção ambiental surgiram não em decorrência de reivindicações dos sujeitos, mas em consequência de uma revolta do objeto, onde a natureza, diante das agressões sofridas, reage de maneira tão dura que exige do homem a formulação de novos conceitos econômicos, tecnológicos e jurídicos, para possibilitar a continuidade da vida no planeta, especialmente para as gerações futuras. Esta revolta do objeto significa que a natureza reage diante das agressões, o exige a construção deste novo direito.

Diz textualmente Antunes (1998, p. 95): “Uma revolta do objeto, no sentido de que a tutela do bem constitucionalmente protegido se obtém salvaguardando ou reconhecendo direta e objetivamente (pelo próprio ordenamento jurídico) determinadas qualidades do objeto.”.

Essa revolta do objeto trouxe uma realidade nova do ser humano tendo que se render à natureza e adequar suas atividades socioeconômicas à proteção dos recursos naturais.

Neste sentido, é oportuno lembrar a lição sempre atual de Ferraz (1972, p. 9-10) quando afirma:

Enquanto a técnica não afasta ou elimina a ameaça, cabe ao homem do Direito enquadrá-la no contexto das relações sociais, disciplinando suas condições de seguimento, criando métodos repressivos ou preventivos, regrado, em suma, os comportamentos que se desenvolvem nesse terreno, com fins específicos e altamente importantes: proteger o meio ecológico, compor equilibradamente as necessidades do progresso com as da sobrevivência e ministrar

ao homem instrumentos sociais que, defendendo-o dos subprodutos de sua ciência, lhe assegurem a permanência da espécie.

Com efeito, de nada adiantaria o trabalho técnico desenvolvido pelos diversos profissionais, criando padrões, indicadores e parâmetros e estabelecendo limites para a atividade econômica de maneira geral, se não existisse um conjunto de normas eficazes, efetivas, capaz de fazer cessar qualquer conduta nociva ao meio ambiente.

A conscientização ambiental exige uma nova postura da sociedade, bem como uma revisão profunda de várias ciências.

O meio ambiente, que até aqui vinha sendo tratado pelas ciências naturais, passa a assumir uma visão multidisciplinar, exigindo de juristas, economistas, pedagogos, sociólogos, psicólogos, arquitetos, urbanistas, economistas, e formuladores de políticas públicas uma nova postura e um novo enfoque no trato da questão ambiental.

A ciência econômica terá o grande desafio de rever seus princípios básicos e as relações entre o homem e natureza, integrando a introdução de valores em bens naturais, até aqui não considerados economicamente, bem como, analisando as questões urbanas, agora com o enfoque não apenas de geração de riquezas para a satisfação de necessidades individuais, mas na busca de um desenvolvimento sustentado. Impõe-se a proteção do meio ambiente como parte integrante do desenvolvimento. Sem uma proteção adequada do meio ambiente, o desenvolvimento será prejudicado, sem desenvolvimento os recursos serão inadequados para os investimentos necessários. É o que preconiza o desenvolvimento sustentável, conceito explicitado assim: satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer as necessidades

das gerações futuras. Impõe-se, pois, um balanço, um equilíbrio entre economia e ecologia.

Embora todos reconheçam que o desenvolvimento é uma meta desejável, nos últimos anos cresceu a preocupação em saber se as limitações ambientais virão a restringi-lo e se o desenvolvimento causará graves danos ao meio ambiente prejudicando a qualidade de vida desta e das futuras gerações.

Conseguir um desenvolvimento sustentado e equitativo continua sendo o maior desafio da raça humana.

Com efeito, não podem os direitos difusos como os referentes ao consumidor, pessoas portadoras de deficiência, ordem econômica, idosos e o meio ambiente, entre outros, serem contemplados com tutelas jurídicas decorrentes do sistema tradicional, pois uma codificação individualista e patrimonialista, de mudança difícil e demorada, inviabilizaria sua proteção diante da dinâmica da sociedade e das constantes transformações de ordem econômica, tecnológica, social, política e, sobretudo jurídica.

A propósito Lorenzetti (2010, p. 70) mostra que:

Quando se produz um conflito ambiental se delimita um pressuposto de fato cuja solução deve estar escrita em uma regra jurídica. Normalmente ocorre que há múltiplas referências normativas localizadas nos tratados internacionais, nas constituições nacionais, nas constituições provinciais, nas leis, nos regulamentos, precedentes, e tudo isso deve ser harmonizado. Todo este material normativo pode se referir ao mesmo tema ambiental, mas também pode entrar em colisão com as normas que regulam outros aspectos como o urbanismo, o comercial, empresarial, impositivo, administrativo, e muitos outros.

A realidade atual é que frente ao pluralismo de fontes, a coerência do sistema não é “a priori”, como ocorria no século XIX, que o legislador elaborava um código de regras jurídicas harmonizadas entre si. Hoje em dia, a coerência é “poste”, e já não é tarefa do legislador, senão do juiz, quem deve decidir um caso levando em conta diversas normas localizadas em diversas fontes que deve fazer dialogar.

O caminho encontrado para se executar o diálogo entre regras de diversas ordens e hierarquia foi a possibilidade oportunizada pela formação do microssistema do Direito Ambiental para solucionar conflitos complexos que demarcam esta subárea do direito tão peculiar e caracterizada, repita-se, pela difusão e alcance coletivo. Cabe remarcar que no Código Civil atual não se encontra menção à proteção do consumidor, do meio ambiente, da criança e do adolescente, que são tratados por microssistemas próprios adequados a prestar tutela jurisdicional diferenciada, por meio da expressão maior do acesso à Justiça e à ordem jurídica justa.

A figura abaixo demonstra a formulação e a possibilidade de operabilidade na busca da tutela jurídica mais adequada e eficaz para as questões problema decorrentes do Direito Ambiental, quando ao invés de separar os diversos ramos do direito vai buscar em cada um deles instrumentos e mecanismos para a adequada tutela dos recursos naturais e respectivos interesses protegidos.

Figura 2 – Microssistema do direito ambiental



Fonte: Os autores.

Esta missão, no entanto, vem encontrando dificuldades. É especialmente difícil fazer com que os operadores do direito se conscientizem dos novos valores jurídicos e das alterações efetivadas pela nova ordem jurídica. Não parece fácil que todos entendam que alguns princípios, conceitos e valores do sistema clássico do direito devam ceder lugar a novos, que passam a integrar o microssistema da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esta nova categoria de direitos é a resposta do jurista para a oferta de uma nova tutela jurídica capaz de tornar real o sonho de uma sociedade justa, onde seus membros possam viver em um meio ambiente equilibrado, com sadia qualidade de vida.

O microsistema do Direito Ambiental foi reconhecido pela Constituição Federal que criou uma nova categoria de bem: o bem ambiental, como dispõem seus artigos 5º, LXXVIII, § 2º e 225 caput (BRASIL, 1988).

Esse bem difuso, complexo, variando e mudando no tempo e no espaço, indisponível, torna-se um macro bem prevalente sobre todos os outros que ameacem ou comprometam sua existência.

A elevação do direito a um meio ambiente equilibrado em nível constitucional, como autêntico direito fundamental, pode gerar um conflito de direitos fundamentais, cuja solução deve ser encontrada no Direito Constitucional examinando-se qual dos interesses em conflito terá precedência em relação ao outro.

No caso da colisão de normas, a solução será encontrada através do exame da validade; já na hipótese de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais, é válido o critério de peso e de ponderação, vendo qual o prevalente o que se determina com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Derani (2001, p. 51) destaca que:

Procurando a justa medida na aplicação dos princípios, a doutrina alemã tem-se referido a um princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit), procurando estabelecer um relacionamento entre meio e fim, para a aplicação dos princípios, para que se torne possível um controle do excesso (eine Übermasskontrolle). Por este princípio fica patente o caráter instrumental do direito regido por uma adequação entre fim e meio dentro da relação no todo.

Pode-se, diante da realidade brasileira, preconizar que o Direito

Ambiental, ao ser recepcionado pela Constituição Federal é um direito fundamental.

Admitido o direito ao ambiente equilibrado como um direito fundamental reconhecido a todos os habitantes do País é também reconhecido como uma nova categoria de bens: o bem de uso comum do povo.

Destaque-se, ainda, que a Constituição criou uma responsabilidade compartilhada ao considerar o dever de todos, governo ou particulares, de zelar pela conservação e preservação desse bem. Como fazer prevalecer tal direito que, certamente, irá gerar conflitos com inúmeros institutos jurídicos tais como são concebidos pelo direito clássico? Uma alternativa para responder tão complexa questão pode ser encontrada na indicação do legislador constitucional, para a construção de um microsistema jurídico. Dentro desta visão do microsistema do Direito Ambiental, o legislador vai buscar no macrosistema conceitos básicos para fazer valer o objeto da tutela jurisdicional, que é o direito à vida não apenas como existência, mas o direito à vida com qualidade. Da Constituição decorre a criação do microsistema do Direito Ambiental, legitimado a estabelecer regras de condutas para os agentes econômicos em geral, de maneira a assegurar o direito fundamental de todos, das gerações atuais e futuras, a um meio ambiente equilibrado, com sadia qualidade de vida, com existência digna. A construção deste microsistema decorre da necessidade de adequar o macrosistema jurídico às demandas dos ecossistemas e às insaciáveis demandas do sistema econômico.

Como observa Moreno (1991, p. 36-37), o sistema jurídico tem um entorno, o mesmo ocorrendo com o sistema econômico e os ecossistemas, e arremata:

[...] cada sistema tem um entorno e só um e, por ele – ao tentar estabelecer a relação direito/economia, direito/ecossistema ou economia/ecossistemas – convém distinguir entre a relação de um sistema com seu entorno e a presença de sistemas no entorno de um sistema: as relações existentes entre o sistema econômico, o jurídico-político e os ecossistemas nas formações sociais modernas não são – se admitem estas categorias da teoria de sistemas – relações sistema/sistema, senão relações sistema/entorno.

Na análise do conteúdo dos entornos dos sistemas que se inter-relacionam e que devem ser adequados, encontraremos a justificativa para legitimamente construirmos o que Nery Junior (2007, p. 507) denomina de um microssistema jurídico, com características, peculiaridades e disposições capazes de harmonizar aqueles três sistemas, que necessitam de adequações no âmbito das ciências sociais para se construir uma sociedade sustentável.

Nery Junior (2007, p. 507) afirma que:

Alvitram a regulamentação das relações jurídicas por intermédio de microssistemas para aquela situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do Direito, estranhas àquelas relações objeto do microssistema.

Dessa forma, encontrar-se-ão as limitações do Direito Ambiental, nascendo de uma decisão política de preservação do meio ambiente, encontrando um ponto de conflito com interesses econômicos, onde o Judiciário, ao analisar tal conflito, não vai examinar apenas a variável econômica que legitima a pretensão de seus agentes, ou apenas a variável

política, que determinou ao Estado a limitação, por exemplo, ao direito de propriedade, mas, isto sim, a validade e eficácia da norma, que dentro do microsistema jurídico cumpre a tarefa de tutelar um ecossistema. Assim ao se falar de Direito Ambiental, não se falará de ecossistema, ou de sistema econômico ou político, mas sim de um microsistema que busca no caráter coercitivo da norma, ou seja, no seu poder normativo e jurisdicional, a sua prevalência sobre outros interesses. Diferente dos sistemas naturais e sociais, a força coercitiva do Direito possibilitará o restabelecimento do equilíbrio quebrado diante do surgimento do conflito de interesses.

É forçoso reconhecer a independência do direito ambiental a partir da chamada revolta do objeto, quando a Constituição considera o direito à vida como um direito fundamental capaz de prevalecer sobre outros direitos integrantes do sistema jurídico. O sistema jurídico tradicional tutelava o direito do indivíduo, assegurando-lhe vantagens que repercutiam diretamente em sua esfera jurídica. Identifica-se, de consequência, no artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a tutela de um direito sem senhor, que pertence a um ente absolutamente misterioso, indivisível, indeterminado e indeterminável em sua totalidade.

Cabe afirmar que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, uma vez que o bem jurídico tutelado é a própria vida humana.

A esse respeito a lição de Silva (2009, p. 59), quando destaca que:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função

da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.

E Silva (2009, p. 81) diz mais:

O objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o Direito visa proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro, mediato que é saúde, o bem-estar e a segurança da população que vem sintetizado na expressão qualidade de vida.

O sistema jurídico evoluiu garantido esse Direito que não exige um titular previamente determinado, que não passa pelos conceitos tradicionais de lide, parte, objeto e cujo titular ou titulares são absolutamente misteriosos.

Por esta razão, o microsistema prescinde do conceito de lide tal qual formulado por Canelutti ou das tradicionais condições da ação formuladas por Liebman, pois vai se adequar à realidade das circunstâncias de fato que caracterizam um direito difuso.

CONCLUSÃO

O tema proteção ambiental até meados do século passado era responsabilidade das ciências naturais. A partir da constatação dos impactos ambientais provocados pelo crescimento econômico e populacional se inicia um diálogo entre ciências naturais e ciências sociais.

O Direito Ambiental passa a transformar padrões de qualidade ambiental em deveres jurídicos.

A proteção ambiental, no Brasil adquire um novo status na medida em que é constitucionalizada.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é reconhecido como um direito fundamental, uma vez que o bem jurídico tutelado é a própria vida humana.

O modelo econômico ocidental, fortemente baseado no uso de recursos naturais, acabou provocando desequilíbrios importantes na natureza o que levou organismos internacionais e sociedade civil organizada a se mobilizarem na formatação de instrumentos de comando e controle capazes de limitar as atividades econômicas como forma de assegurar a todos um meio ambiente equilibrado e sadio.

Fez-se necessário estabelecer novos padrões de produção e consumo surgindo assim a economia ambiental bem como estabelecer limites legais às atividades econômicas surgindo o Direito Ambiental.

O sistema jurídico tradicional está centrado na tutela do direito individual, não apresentando mais respostas para conflitos de interesses e lides decorrentes das novas e complexas relações sociais.

A proteção de direitos difusos, especialmente do meio ambiente, não é viável consoante ao modelo paradigmático decorrente da tradição. A tutela individual restrita pelo individualismo e patrimonialismo apresenta-se insuficiente para dar respostas à tutela dos direitos difusos e, notadamente, às questões complexas específicas dos conflitos em sede de Direito Ambiental.

O microsistema do Direito Ambiental reúne técnicas e conceitos de Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Direito Tributário sem constituir um Código de Direito Ambiental, pois a codificação engessaria e inviabilizaria a proteção de um macrobem ambiental criado a partir do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Esta nova categoria

apresenta um bem difuso de titularidade disjuntiva e concorrente que, para sua proteção tem acompanhar mudanças tecnológicas resultantes de um diálogo entre ciências naturais e ciências sociais.

A nova realidade social, econômica e política, desafiam os princípios e valores que até agora formavam a base de tal sistema. Respondendo à urgência de situações e carências mais evidentes, surge o direito ambiental e uma ecologia jurídica, que reclama a união do jurista com os profissionais das ciências naturais, de modo a fazer com que o sistema jurídico, como um todo, incorpore a variável ambiental.

Os conflitos ambientais são complexos causando perplexidade diante de desequilíbrios ambientais capazes de comprometer a qualidade de vida das pessoas, e foi desafiado a construir um novo modelo de tutela capaz de dar resposta a algo totalmente novo: a revolta do objeto.

O Direito passa a tutelar o meio ambiente não em decorrência de exigências do sujeito, mas em razão de uma revolta do objeto.

Para atender essa nova e complexa realidade, torna-se indispensável a apreensão do novo paradigma ancorado nas tutelas plurais dos direitos coletivos e difusos recebendo a contribuição do microsistema do Direito Ambiental, revestido de mecanismos e instrumentos capazes de dar respostas à proteção de recursos naturais essenciais à vida.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador. **Boletim da Faculdade de Direito Studia Luridica**, Coimbra, n. 23, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso. **Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERRAZ, Sérgio. Direito ecológico, perspectivas e sugestões. **Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

FIELD, Barry C. **Economía ambiental**: una introducción. Tradução de Leonardo Cano. Bogotá: McGraw-Hill, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor**. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

MORENO, José Luis Serrano. **Ecología Y Derecho**. Granada: Ecograma, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. NÃO CITOU

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira; MESSIAS, Ewerton Ficardo. **Financiamento e dano ambiental: a responsabilidade civil das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. NÃO CITOU

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Diykinson, 1991.

Como citar: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Microssistema do direito ambiental: formação e operabilidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.148-184, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p148. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 27/10/2016.

Aprovado em 10/04/2018.

**DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL DA LIVRE
INICIATIVA E O MICROEMPREENDEDOR:
ANÁLISE DA INSUFICIÊNCIA DE ESTÍMULO
AO EMPREENDEDORISMO BRASILEIRO**

**CONSTITUTIONAL INITIATIVES
FOR FREE ENTERPRISE AND
MICROENTREPRENEURS: ANALYSIS OF
INSUFFICIENT STIMULUS OF BRAZILIAN
ENTREPRENEURSHIP**

Antonio Jorge Pereira Junior*

**Felipe Antônio de Castro Bezerra Morais
Melo****

Rafael Veras Castro Melo***

* Graduado em Direito em 1997 pela Universidade de São Paulo (USP).

Especialista em Direito Privado e Processo Civil em 1997 pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP).

Especialista em Direito de Família em 1998 pelo Centro de Extensão Universitária (CEU).

Mestre em Direito em 2002 pela Universidade de São Paulo (USP).

Doutor em Direito em 2006 pela Universidade de São Paulo (USP).

Email: antoniojorge@unifor.br

** Graduado em Direito em 2015 pela Faculdade 7 de Setembro (FA7).

Especialista em Direito e Processo Eleitoral em 2017 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Mestrando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Email: felipe_castro_@hotmail.com

Como citar: PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; MELO, Felipe Antonio de Castro Bezerra Morais; MELO, Rafael Veras Castro. Dispositivo constitucional da livre iniciativa e o microempreendedor: Análise da insuficiência de estímulo ao empreendedorismo brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.185-212, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p185. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo visa estudar o instituto constitucional da livre iniciativa, previsto no artigo 1º, IV, da Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A partir de premissas filosóficas, jurídicas e sociológicas de empreendedorismo, serão estudadas de maneira crítica, por meio de uma abordagem

legal e doutrinária, as dificuldades enfrentadas pelos microempreendedores no Brasil. Dessa forma, será feita uma análise das falhas do sistema de estímulo às microempresas e as várias dificuldades que os pequenos empreendedores brasileiros sofrem atualmente para manter seus negócios em atividade. Portanto, neste diapasão, um dos principais objetivos deste artigo científico é buscar soluções para o estímulo à atividade econômica dos pequenos empreendedores brasileiros e, conseqüentemente, fomentar a geração de emprego e renda.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Empreendedorismo. Microempreendedor.

Abstract: This paper studies the constitutional institute of free initiative, as guaranteed by Article 1, IV, of the Brazilian Federal Constitution – as one of the many foundations of the Democratic State of Law. Moreover, this research is fundamentally constructed on philosophical, judicial and sociological premises of entrepreneurship; thus, this paper analyzes the many difficulties faced by microentrepreneurs in Brazil in a critical way, with a legal and doctrinal approach. Furthermore, this research explores failures of the microenterprise stimulus system and the various difficulties that small Brazilian entrepreneurs are currently experiencing in order to keep their businesses running. Therefore, in this context, one of the main objectives of this scientific article is to find solutions that stimulates economic activity

*** Graduado em Direito em 2013 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Mestrando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
Email: rafaellveras@hotmail.com

of small Brazilian entrepreneurs and, consequently, fosters employment and income growth.

Keywords: Free initiative. Entrepreneurship. Microentrepreneur.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa fazer uma análise do dispositivo constitucional da livre iniciativa, bem como estudar os empecilhos enfrentados pelos microempresendedores no Brasil. De pronto, vale salientar que a livre iniciativa é considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Outrossim, não se pode olvidar que o *caput* do artigo 170 da Carta Magna prevê a livre iniciativa como uma das bases da ordem econômica constitucional (BRASIL, 1988).

Contudo, cumpre esclarecer que não se está defendendo que se trata de um fundamento absoluto ou sem limitações. Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2001, p. 191) assevera, “o princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição”. Isso decorre da natureza principiológica dos dispositivos constitucionais, o que exige a ponderação de princípios no caso concreto, de modo a realizá-los da maior maneira dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

O número de desempregados no Brasil em abril do ano de 2017 atingiu a marca de 14 milhões de pessoas, além do número recorde na diminuição de assinaturas na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos brasileiros (SILVEIRA; KOMETANI, 2017). Esse dado demonstra a crise na geração de emprego e renda pela qual passa o Estado Brasileiro. Cria-se, desse modo, a necessidade de mecanismos que possam auxiliar na superação da situação adversa ora apresentada.

Assim, o interesse em criar o próprio negócio também nunca foi tão grande entre os brasileiros, motivo pelo qual um dos principais

fitos deste artigo científico é analisar as dificuldades enfrentadas pelos empreendedores e, especialmente, pelos microempreendedores, que são maioria no Brasil (JUNQUEIRA, 2016). De acordo com o Código Civil Brasileiro, “considera-se empresário quem exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

Não se pode olvidar que o Brasil possui a maior carga tributária da América Latina, motivo pelo qual a alta cobrança de tributos dos cidadãos pode representar um dos principais obstáculos ao empreendedorismo brasileiro, prejudicando principalmente os microempreendedores (NAKAGAWA, 2016).

Outrossim, vale registrar que segundo os dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil cobra impostos num patamar equivalente a países desenvolvidos, como, por exemplo, Reino Unido e Nova Zelândia (VASCONCELOS; JULIÃO, 2017).

Dessa forma, com a recessão econômica enfrentada pelo país, bem como pela dificuldade em conseguir emprego com Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) devidamente assinada, oficializar um pequeno negócio constitui uma alternativa real para o aquecimento da economia pátria, principalmente na geração de emprego e renda.

Partindo-se do exposto, o objetivo geral desta pesquisa será não só fazer uma anamnese do princípio constitucional da livre iniciativa, mas também de suas limitações. Como objetivos específicos, serão estudadas as dificuldades que os microempreendedores brasileiros

enfrentam, bem como será feita uma análise das possíveis soluções para o estímulo ao empreendedorismo no Brasil. Dessa forma, considerando a consulta realizada à doutrina nacional e estrangeira, a metodologia será do tipo bibliográfica. Quanto à natureza e fins da metodologia, será do tipo, respectivamente, qualitativa e exploratória.

No primeiro tópico, são estudadas as bases filosóficas e sociológicas para as definições de livre mercado, de empreendedorismo, da formação do Estado Brasileiro na seara econômica e demais definições básicas atinentes ao tema. No segundo tópico, analisam-se, a partir da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional, as normas que regulamentam o microempreendedorismo. Já no terceiro tópico, aborda-se, de maneira crítica, por meio de diversos doutrinadores, os obstáculos e falhas no sistema de estímulo aos microempreendedores no Brasil. No quarto e derradeiro tópico, busca-se estudar prováveis soluções para incentivar os pequenos negócios e a geração de empregos no Brasil.

1 AS BASES FILOSÓFICAS E SOCIOLÓGICAS DO LIVRE MERCADO, DO EMPREENDEDORISMO E DO PENSAMENTO ACERCA DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA NO BRASIL

Cumpre, a qualquer pesquisa que tenha como escopo abordar a problemática do empreendedorismo no Estado Brasileiro, analisar as bases filosóficas e sociológicas que alicerçam esse problema, para que obter uma compreensão holística do fenômeno, sem se atear a uma compreensão positivista dos problemas enfrentados, que seria insuficiente para a completa visão das questões a serem abordadas.

Antes de legal, o problema acerca do tratamento do empreendedor no Brasil tem origens filosóficas e sociológicas, que não podem ser olvidadas sem grave prejuízo para a pesquisa.

Sociologicamente, deve-se partir da interpretação de Raymundo Faoro acerca do que vem a ser o “estamento burocrático” no Brasil. Segundo Faoro (2012, p. 60-61), a principal característica do Estado Brasileiro, influenciado pela união entre a burguesia portuguesa ascendente e o Estado português, é a formação do chamado “estamento burocrático”, um grupo de elite que, atrelado aos interesses do Estado, passa a dirigir toda a economia, sempre com os auspícios e olhares deste Estado. Isso significa que, já na formação portuguesa, que influenciou toda a formação sociológica brasileira, o Estado tinha papel de dirigir a economia, em conjunto com uma parcela pequena da sociedade, uma “elite”, que o utiliza para salvaguardar seus privilégios.

Assim, para Raymundo Faoro (2012, p. 107), “o estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos”.

Assim, neste estado de coisas influenciado pelo estamento burocrático, o povo fica em segundo plano, tendo em vista que a soberania popular funciona às avessas, sem a efetiva participação da maioria, que acaba tendo que aderir às vontades da elite dirigente (FAORO, 2012, p. 111).

Dessa maneira, com a conseqüente potencialização do poder estatal advinda da instituição do estamento burocrático, institui-se uma legião de funcionários, ligados ao aparelho estatal. “O funcionário é

a sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio” (FAORO, 2012, p. 198). O funcionário público, por muitas vezes na história brasileira, nesta análise de Raymundo Faoro, foi utilizado para servir aos interesses de uma elite burocrática que queira manter o seu “status quo” de dominação perante aos indivíduos.

De todo o exposto, conclui Raymundo Faoro (2012, p. 819), que o Brasil teve sempre em sua história a sobrevivência de um “capitalismo politicamente orientado”, que significa que “a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente”. Neste sentido, o interesse da população acaba ficando em segundo plano frente às exigências do chamado “estamento burocrático”.

Dessa situação, acaba por inevitável a edificação de um espectro patrimonialista no Estado brasileiro, em que se confundem as dimensões do público e do privado. De acordo com Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 145) há, na própria formação brasileira, uma dificuldade especial na separação das esferas do público e do privado. Disso decorre que, em muitos casos na história brasileira, inclusive na atualidade, o Estado acaba estando a serviço de interesses distintos da população, mas sim a favor de grandes interesses ligados ao estamento de cada época.

A consequência inevitável dessa situação é que o incentivo às pequenas e médias empresas, no Brasil, resta-se insuficiente, tendo em vista a pouca atenção dispensada pela elite governamental a esses

negócios, até pela sua fraca influência política. A própria formação sociológica do Estado brasileiro, conforme demonstramos acima, exerce papel limitador do desenvolvimento nacional, pois poda a construção de uma base sólida para o empreendedorismo no país.

Também neste diapasão, Ludwig von Mises (2010, p. 817) esclarece que o chamado “intervencionismo” difere do socialismo por interferir na economia de mercado, sem, contudo, desejar eliminá-la. Ou seja, o Estado interfere na produção através de sua intervenção, mas não deseja eliminar todos os mecanismos que constituem o mercado livre.

Entretanto, cabe questionar até que ponto essa intervenção estatal se torna eficaz, especialmente no caso do Estado brasileiro, uma vez que, conforme supracitado, o Estado no Brasil tem uma formação essencialmente patrimonialista, em que se confundem os interesses do público e do privado, com a prevalência de um estamento burocrático que, em conjunto com o poder político, comanda as atividades da economia.

Dessa forma, a intervenção do Estado Brasileiro na economia tem sido utilizada, por muitas vezes, como instrumento de perpetuação do poder político e econômico, e não como forma de otimizar a justiça social e possibilitar o desenvolvimento econômico da nação. Disso resulta o fato de que, em várias vezes, as políticas públicas de empréstimos ou financiamentos não tem como foco principal o desenvolvimento do empreendedorismo, mas sim a manutenção de uma elite estamental.

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica brasileira é fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (BRASIL, 1988). Dentre os princípios dessa chamada ordem econômica, estão a “livre concorrência” (IV), a “busca do pleno emprego” (VIII) e o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte” (IX) (BRASIL, 1988). Portanto, está assentado na Constituição, expressamente, que o Estado brasileiro deve dar prioridade para as pequenas empresas e deve buscar o fomento da livre concorrência.

Quando o Estado atua na economia não para promover o desenvolvimento nacional, mas sim para a proteção de interesses patrimonialistas privados, ele acaba por desvirtuar todos os princípios da ordem econômica expostos na Constituição Federal. Assim, é papel do Estado brasileiro promover o desenvolvimento da livre iniciativa e das pequenas empresas, e não servir para a manutenção do “status quo”, intervindo indevidamente na economia em favor de interesses específicos.

Vale salientar o posicionamento de Milton Friedman (2014, p. 17) de que a existência do mercado livre não dispensa a existência do Estado, tendo em vista que este é essencial não só para determinar as “regras do jogo”, mas também para agir como árbitro para interpretar e aplicar as normas já aprovadas.

Logo, o livre mercado faz parte das liberdades que os indivíduos têm o direito de possuir na sociedade, não podendo ser restringido por interesses específicos (SEN, 2010, p. 20). Entretanto, segundo Amartya Sen (2010, p. 71-72), um país não precisa esperar enriquecer para poder

fazer investimentos públicos necessários para o desenvolvimento, pois o custeio público, em áreas essenciais, pode ajudar no crescimento econômico e no desenvolvimento de uma melhor qualidade de vida para a população.

Portanto, não se pode negar que o investimento público, em áreas específicas e essenciais como educação e desenvolvimento das pequenas e médias empresas, pode exercer um papel de colaboração com os objetivos estabelecidos na Constituição Federal, especialmente na proteção dos princípios da ordem econômica. No entanto, esse investimento deve ser feito de maneira a privilegiar a transparência e a correta aplicação dos recursos, sem privilégios para categorias específicas ou para grupos pertencentes ao chamado “estamento burocrático” que bem elencou Raymundo Faoro.

No próximo tópico será estudado o princípio da livre iniciativa, bem como será realizada uma anamnese legislativa no tocante ao microempreendedorismo pátrio.

2 LIVRE INICIATIVA E A ANÁLISE LEGISLATIVA SOBRE O MICROEMPREENDEDORISMO BRASILEIRO

Por uma questão de coerência, o segundo tópico deste trabalho fará uma análise do princípio constitucional da livre iniciativa, bem como realizará uma anamnese legal acerca do microempreendedorismo no Brasil.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu artigo 1º, IV considera a livre iniciativa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, acompanhada da cidadania, soberania popular, dignidade da

pessoa humana, valores sociais do trabalho e do pluralismo político.

O *caput* do artigo 170 da Constituição Federal aduz que a atividade econômica tem por finalidade a existência digna dos cidadãos brasileiros, e se baseia na livre iniciativa para a busca da justiça social.

Dessa forma, pode-se afirmar que o dispositivo da livre iniciativa é absoluto? Não, tendo em vista que possui sim limitações. Trata-se de um princípio que, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e finalidades públicas estabelecidas na Carta Magna; logo, está sujeita a atividade fiscalizadora estatal, cujo objetivo é impedir que distorções oriundas do abuso da liberdade empresarial (BARROSO, 2001, p. 191-192).

Ademais, vale registrar que o próprio artigo 170 da Constituição estabelece outros princípios que limitam a livre iniciativa, como, por exemplo, a defesa do consumidor, função social da propriedade, defesa do meio ambiente, redução da desigualdade social, dentro outros.

De acordo com Robert Alexy (1997, p. 162), os princípios são “mandamentos de otimização”, que devem ser realizados da maior maneira possível de acordo com as condições fáticas ou jurídicas. Isso significa que, na aplicação de um princípio constitucional, caso este entre em colisão com outro princípio, ambos devem ser sopesados a fim de encontrar a solução mais justa para o caso concreto.

Nestas situações de embate entre os princípios, como é realizada esta ponderação? Robert Alexy (2012, p. 93-95) leciona que se dois princípios colidem, algum terá que ceder. Isto, porém, não significa que o princípio cedente seja invalidado, nem que nele será introduzida

uma norma de exceção, tendo em vista que como os princípios são considerados mandamentos de otimização, estes devem ser realizados da melhor maneira possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Já Ronald Dworkin (2002, p. 36-43) define princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”. Logo, este doutrinador norte-americano acredita que os princípios resolvem suas colisões na dimensão do peso, por meio do sopesamento dos valores contidos entre estes no caso concreto.

Após esta relevante observação, faz-se necessário um estudo, a partir, principalmente, da legislação a respeito do microempreendedor.

De logo, vale ressaltar que o artigo 47, §1º da Constituição Federal faz uma importante distinção entre microempresas e pequenas empresas. Aquelas são as pessoas jurídicas e firmas individuais com receitas anuais de até dez mil Obrigações do Tesouro Nacional; enquanto estas são as pessoas jurídicas e firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional (BRASIL, 1988).

Não se pode olvidar que, consoante artigo 146, III, “d” da Constituição apenas lei complementar pode estabelecer regime diferenciado e favorecido para microempresas, bem como para empresas de pequeno porte, inclusive com relação a regimes especiais ou simplificados de tributação. Ou seja, tal distinção não pode ser feita por meio de lei ordinária, que possui um quórum menor para ser

aprovada no Congresso Nacional.

O artigo 179 da Carta Política estabelece que todos os entes federativos tratarão as microempresas e as empresas de pequeno porte de maneira diferenciada juridicamente, com o objetivo de incentivá-las pela simplificação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias ou creditícias.

No plano infraconstitucional, vale salientar o disposto na Lei Complementar nº 123/2006, conhecida popularmente como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (BRASIL, 2006).

O artigo 3º da supramencionada lei assevera a distinção entre microempresa e empresa de pequeno porte, salientando-se que ambas devem ser registradas no Registro de Empresas Mercantis ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas. As primeiras podem auferir, em cada ano calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); já estas podem auferir, em cada ano calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e inferior a 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (BRASIL, 2006).

Além disso, cumpre esclarecer que os artigos 12 e seguintes do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte criaram um Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, conhecido como Simples Nacional.

Saliente-se que o Simples Nacional trouxe uma redução de impostos para os pequenos negócios, bem como desburocratizou alguns

pontos importantes para a formalização das empresas, sendo considerado um avanço irreversível na Administração Pública brasileira, tendo em vista que o Fisco, aos poucos, está deixando de ser um inimigo para virar um parceiro dos pequenos agentes econômicos.

Marco Antônio Lorga (2013, p. 186) leciona que a micro e a pequena empresa são importantes instrumentos sociais de dignificação da sociedade, tendo em vista que não são fins em si mesmas, por mais que ambas busquem a atividade lucrativa por meio da organização dos fatores de produção.

Assim, a criação deste regime especial de tributação foi sim um avanço para o estímulo ao empreendedorismo proporcionado pelo legislador, todavia, como será estudado no próximo tópico, os incentivos ainda não são suficientes para a geração de emprego e renda ideais.

Percebe-se que há uma vasta gama de legislação tutelando os pequenos negócios, numa tentativa de incentivá-los, contudo, na prática, sabe-se que todos estes estímulos ainda são insuficientes, pelos motivos que ainda serão estudados neste artigo científico. Portanto, em síntese, neste primeiro tópico, buscou-se estudar, de maneira crítica, por meio de diversos doutrinadores, o princípio constitucional da livre iniciativa, suas limitações, além de ter sido feita uma análise legislativa a respeito da regulamentação dos pequenos negócios no Brasil.

Nos próximos tópicos, serão analisadas as falhas no sistema de incentivo ao pequeno empreendedor brasileiro, bem como serão buscadas soluções para este imbróglio, a fim de estabelecer diretrizes para que o Estado brasileiro possa edificar o tratamento e a promoção

das pequenas empresas.

3 DIFICULDADES E FALHAS NO SISTEMA DE ESTÍMULO AO MICROEMPREENDEDOR NO BRASIL

O empreendedorismo pode ser conceituado como um procedimento inovador, criativo e com o objetivo de juntar ideias, pessoas e oportunidades (MENEGATTI; RIBEIRO; MENEGHATTI, 2015).

Vale salientar que, no Brasil, segundo dados extraídos do *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM) de 2016, a renda média de 70% (setenta por cento) dos empreendedores brasileiros é de, no máximo, três salários-mínimos, algo equivalente a dois mil e oitocentos reais mensais (CODOGNO; ROSSETO, 2017).

Cumpre esclarecer que nestes trabalhos serão estudadas, de maneira específica, as peculiaridades referentes aos microempreendedores. Neste sentido, vale registrar que no Brasil existem mais de 06 (seis) milhões deles, sendo estes os grandes responsáveis pela movimentação econômica brasileira (RABIN, 2017).

Todavia, por outro lado, não se pode olvidar que o número de desempregados no Brasil em abril de 2017 atingiu a surpreendente marca de 14 milhões, além do número nunca antes visto na diminuição de assinaturas na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), algo que comprova a grave recessão econômica vivida por este país (SILVEIRA; KOMETANI, 2017).

Os pequenos negócios podem ser considerados uma das principais alternativas de saída desta crise econômica, que possui

um número assustador de desempregados. Dessa forma, o interesse em formalizar o próprio negócio também nunca foi tão grande entre os brasileiros, motivo pelo qual um dos maiores objetivos deste segundo tópico é estudar os empecilhos enfrentados pelos pequenos empreendedores (JUNQUEIRA, 2016).

Discorrendo sobre a relevância do micro e pequeno empreendedor, Marco Antônio Lorga (2013, p.186-187) assevera:

A micro e pequena empresa dá sustentabilidade ao mercado apresentando uma força econômico-financeira determinada, com grande potencialidade de emprego e expansão influenciando dessa forma o local onde se estabelece. Pensar na micro e pequena empresa do século XXI é demandar sobre todos os aspectos que circundam a sua atividade finalística, representados pela sua complexidade formada tanto pelos elementos tutelados pelo Direito como os elementos externos sociais, econômicos, políticos e globalizados.

Assim, verifica-se a grande relevância dos pequenos empreendedores para o desenvolvimento econômico, social e comercial do Brasil. E quais seriam os empecilhos enfrentados por estes pequenos empreendedores? Quais seriam suas principais dificuldades? As respostas para estas perguntas serão expostas logo abaixo.

De logo, cumpre ressaltar que o Brasil possui a maior carga tributária da América Latina, motivo pelo qual a alta cobrança de tributos dos cidadãos pode representar um dos grandes obstáculos ao empreendedorismo brasileiro, prejudicando principalmente os

microempreendedores (NAKAGAWA, 2016).

Neste diapasão, considera-se a alta carga tributária uma das principais inimigas dos pequenos empreendedores, dificultando, assim, a criação de empregos e o aumento da produtividade (DUTRA, 2014).

Para se ter uma ideia de quão avassaladora é a carga tributária no Brasil, registre-se que o brasileiro trabalha cinco meses apenas para pagar impostos. É verdade que os franceses e suecos pagam mais impostos, contudo, a qualidade dos serviços públicos prestados por estes países é infinitamente superior (SIANI, 2016).

Além da elevada carga tributária, existe outro obstáculo para o desenvolvimento dos pequenos negócios brasileiros? Sim, a exagerada burocracia.

Neste diapasão, Alexandre Costa Nascimento (2012) afirma, “nem acesso ao crédito, nem juros altos. O excesso de burocracia e a carga tributária são apontados como os principais entraves para o crescimento e desenvolvimento de novas empresas no país”.

Clarissa Furtado também destaca a dificuldade de formalizar um negócio, senão vejamos:

Abrir uma empresa, pequena, média ou grande, no Brasil, é como participar de uma gincana. É preciso ter disposição para cumprir cerca de 17 procedimentos, comparecer em até 15 órgãos do governo, ter tempo e dinheiro de sobra. Para se ter uma ideia da dimensão do problema da burocracia nesse campo, um estudo realizado pelo Banco Mundial esse ano, denominado *Doing Business* (fazendo negócios), indica que qualquer mortal

interessado em abrir um empreendimento no Brasil tem de desembolsar, por baixo, 274 dólares em taxas e tributos, além de esperar uma média de 155 dias para abrir as portas. (FURTADO, 2004)

Dessa forma, verifica-se o tamanho do desafio que o empreendedor, especialmente aquele que possui um pequeno empreendimento, deve enfrentar para conseguir desenvolver seu trabalho e permanecer no mercado.

Portanto, em resumo, neste tópico, buscou-se estudar, de maneira crítica, quais seriam os obstáculos enfrentados pelos microempreendedores brasileiro, concluindo-se que a alta carga tributária do país, bem como a exacerbada burocracia atrapalham a geração de emprego e renda no Brasil.

No quarto e derradeiro tópico serão estudadas possíveis soluções para os imbróglis apresentados neste trabalho.

4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA FOMENTAR OS PEQUENOS NEGÓCIOS E A GERAÇÃO DE EMPREGOS

Neste quarto tópico serão analisadas possíveis soluções para superar os empecilhos apresentados no segundo tópico e, conseqüentemente, estimular os pequenos negócios brasileiros.

De logo, vale registrar o posicionamento de Adolfo Sachsida de que a ineficiência na prestação dos serviços públicos, juntamente com uma alta carga tributária, são obstáculos para o desenvolvimento econômico, senão vejamos:

Quanto maior é o Estado, maior é a necessidade de se arrecadar recursos junto à sociedade. Quanto mais ineficiente for o setor público, tanto mais custoso será ao trabalhador manter a estrutura estatal. Dessa maneira, um Estado pequeno e extremamente eficiente é algo desejável aos trabalhadores. Afinal, em tal arcabouço o Estado se limitaria a um conjunto específico de funções e as exerceria com maestria, provendo à população um bem público de qualidade, e a um custo acessível. (SACHSIDA, 2011).

Conforme exposto, a complexidade tributária é um dos grandes empecilhos no desenvolvimento do emprego e renda brasileiros. Isaías Coelho (2016) destaca que, a título de exemplo, o regulamento de apenas um dos impostos, o ICMS de São Paulo, possui mais de 170 mil palavras, algo que dificulta a compreensão do micro e pequeno empreendedor.

Não se pode olvidar que o Brasil tem mais de 05 (cinco) mil Municípios legislando sobre seus próprios tributos, 27 Constituições estaduais e mais de 4 milhões de normas tributárias criadas pela União (NASCIMENTO, 2012).

Algo que só corrobora com o entendimento deste artigo de que, infelizmente, o Brasil tem uma altíssima complexidade de regulamentação tributária.

Ora, o Poder Legislativo deveria criar leis que facilitem a concessão de alvarás de funcionamento para os pequenos empreendimentos, com o fito de desburocratizar a formalização de um negócio, e não criar regulamentos complexos de tributação.

Por outro lado, é preciso reconhecer que caminhou bem o

legislador ao criar o programa Simples Nacional, previsto no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (BRASIL, 2006) pois em apenas uma guia, são recolhidos, simultaneamente, oito tributos, na forma do artigo 13.

Desse modo, o Simples Nacional trouxe consigo uma diminuição da carga tributária e redução da burocracia para os empreendimentos que faturam até R\$ 3,6 milhões por ano tendo em vista que além de resumir os tributos numa só guia, minimizou as obrigações acessórias exigidas pela Receita Federal (DUTRA, 2014).

São proposições como a acima mencionada que se espera para que ocorra uma aproximação entre contribuinte e Estado, com o objetivo de que este último deixe de ser visto como um inimigo do empreendedor para se tornar um parceiro ou aliado. Então, pode-se afirmar que com o Simples Nacional, houve um relevante avanço para a superação dos problemas da burocracia e alta carga tributária, aqui já debatidos.

Em contrapartida, Alexandre Costa Nascimento (2012) assevera que até mesmo o Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas, bem como o Simples Nacional são consideradas legislações complexas e ineficientes para fomentar o empreendedorismo no Brasil. Portanto, trata-se de um paliativo, mas não de uma solução definitiva.

Ademais, acredita-se que a criação de uma lei que facilite a concessão de alvará de funcionamento para o primeiro negócio do empreendedor seria excelente para estimulá-lo a formalizar sua empresa e gerar empregos no mercado de trabalho.

Não se está sugerindo a criação de uma legislação que

conceda de maneira automática, sem fiscalização estatal, o alvará de funcionamento para uma corporação; mas sim que, quando seja a primeira vez que um empreendedor visa constituir sua firma, o alvará seja expedido, após o devido acompanhamento por fiscais, de maneira mais célere. Logo, trata-se de um remédio para diminuir a exacerbada burocracia.

Simplificar é o melhor caminho a ser seguido. Dessa forma, poderiam ser criados pelo Fisco canais de comunicação, por meio de sítios eletrônicos, que facilitem a interação com o contribuinte. Além disso, seria interessante a criação de uma plataforma acessível para sanar dúvidas dos cidadãos quanto ao pagamento de algum tributo (COELHO, 2016).

Portanto, conforme foi exposto aqui, da análise dos autores mencionados neste terceiro tópico, pode-se desprender que existem sim soluções para superar a alta carga tributária, bem como a exacerbada burocracia brasileira.

CONCLUSÃO

Conclui-se, à luz dos elementos analisados ao longo do presente artigo, que a livre iniciativa é considerada pela Constituição Federal um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, verificou-se que existem limites à livre iniciativa, como, por exemplo, a atividade fiscalizatória do Estado, a defesa do Meio Ambiente, as regras do Código de Defesa do Consumidor e a função social da propriedade.

Para sanar as dúvidas decorrentes dos choques entre o princípio da livre iniciativa com outros, observou-se que podem ser utilizadas as premissas derivadas dos doutrinadores Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Distinguiu-se, com base no artigo 47, §1º da Constituição Federal, os conceitos de microempresas e pequenas empresas. As primeiras são as pessoas jurídicas e firmas individuais com faturamentos anuais de até dez mil Obrigações do Tesouro Nacional; já estas são as pessoas jurídicas e firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional.

Definiu-se empreendedorismo como um procedimento inovador, criativo e com o objetivo de juntar ideias, pessoas e oportunidades (MENEGATTI; RIBEIRO; MENEGHATTI, 2015).

Os pequenos negócios foram considerados uma das principais saídas da crise econômica vivida pelo Brasil, que possui um número assustador de desempregados. Dessa forma, investigou-se que o interesse em formalizar o próprio negócio também nunca foi tão grande entre os brasileiros (JUNQUEIRA, 2016).

A doutrina examinada assenta que a alta carga tributária, bem como a exagerada burocracia são considerados os principais empecilhos para o aumento da produtividade dos empreendedores, especialmente dos micro e pequenos.

Neste diapasão, averiguou-se que o Brasil possui a maior carga tributária da América Latina, algo que também prejudica a geração de emprego e renda (NAKAGAWA, 2016).

Reconheceu-se que a criação do Simples Nacional foi boa por

diminuir parte da grande carga tributária e a burocracia, mas não suficiente para estimular os empreendedores brasileiros (NASCIMENTO, 2012).

Além disso, indicou-se como possível solução para amenizar os efeitos da exacerbada burocracia a criação de uma lei que facilite a concessão de alvará de funcionamento para o primeiro negócio do empreendedor seria excelente para estimulá-lo a formalizar sua empresa e gerar empregos no mercado de trabalho.

Portanto, de acordo com os doutrinadores aqui mencionados, conclui-se que ocorreram avanços nos procedimentos de estímulo aos micro e pequenos empreendedores brasileiros, todavia, em decorrência da alta tributária e da burocracia exagerada, ainda há muito que ser feito por parte do Poder Público para incentivá-los de uma forma adequada e justa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, n. 4, p. 187-212, out. 2001.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 21 abr. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**.

Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017.

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: 28 de setembro de 2017.

CODOGNO, Vivian; ROSSETO, Ricardo. Empreendedor brasileiro fatura até R\$ 2,8 mil ao mês: pesquisa mostra que existem hoje no Brasil 48 milhões de empresários, e 70% deles faturam até três salários mínimos por mês. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 15 maio 2017. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,empreendedor-brasileiro-fatura-ate-r-2-8-mil-ao-mes,70001783195>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

COELHO, Isaías. **O que podemos fazer para acabar com a complexidade tributária.** 2016. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/complexidade-tributaria-empreendedor/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

DUTRA, Bruno. **Alta carga tributária do país é empecilho para pequenas empresas:** impostos, burocracia e falta de conhecimento do negócio são barreiras para o sucesso das pequenas empresas no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/negocios/pme/2014-08-19/alta-carga-tributaria-do-pais-e-empecilho-para-pequenas-empresas.html>>. Acesso em: 31 maio 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins

Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: Ltc, 2014.

FURTADO, Clarissa. **Empresas: a dura vida do empreendedor**. 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=744:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 30 maio 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JUNQUEIRA, Diego. **Pequenos negócios viram saída para desemprego, mas chances de fracasso também aumentam: crise ampliou o número de negócios por necessidade, mas falta de vocação pode levar à ruína**. 2016. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/economia/pequenos-negocios-viram-saida-para-desemprego-mas-chances-de-fracasso-tambem-aumentam-08122016>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

LORGA, Marco Antônio. A dignidade da pessoa humana aplicada na perspectiva do micro e pequeno empreendedor. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 30, p. 172-192, 2013.

MENEGATTI, Maicon Souza; RIBEIRO, Ivano; MENEGHATTI, Marcelo Roger. **Fatores inibidores do empreendedorismo em pequenos e médios negócios**. 2015. Disponível em: <[http://cac-php.unioeste.br/eventos/cingen/artigos_site/convertido/3_Empreendedorismo/Fatores_inibidores_do_empreendedorismo_em_pequenos_e_medios_negocios_\(1\).pdf](http://cac-php.unioeste.br/eventos/cingen/artigos_site/convertido/3_Empreendedorismo/Fatores_inibidores_do_empreendedorismo_em_pequenos_e_medios_negocios_(1).pdf)>. Acesso em: 31 maio 2017.

MISES, Ludwig von. **Ação humana**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

NAKAGAWA, Fernando. **Brasil tem maior carga tributária da América Latina**: enquanto o Brasil está no grupo dos que têm menos impostos sobre a renda e lucro, é um dos que mais cobram sobre a seguridade social. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/brasil-tem-maior-carga-tributaria-da-america-latina/>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

NASCIMENTO, Alexandre Costa. Burocracia tributária é o principal obstáculo para o empreendedor: empresa com atuação nacional precisa conviver com 3,5 mil regras tributárias. Regras agravam mortalidade de pequenos negócios. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/burocracia-tributaria-e-o-principal-obstaculo-para-o-empendedor-2h61jp80xslwo46jfyilmxtwlq>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

RABIN, Claudio. MEI: país tem 6,7 mi de microempreendedores; saiba como ser um. **Veja**, São Paulo, 9 mar. 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/economia/mei-pais-tem-67-mi-de-registros-saiba-como-abrir-uma/>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

SACHSIDA, Adolfo. **Como os impostos afetam o crescimento econômico?** 2011. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/03/como-os-impostos-afetam-o-crescimento-economico1.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIANI, Phelipe. **Brasileiros trabalham 153 dias por ano só para pagar impostos**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/05/brasileiros-trabalham-153-dias-por-ano-so-para-pagar-impostos.html>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

SILVEIRA, Daniel; KOMETANI, Pâmela. **Desemprego fica em 13,6% em abril e atinge 14 milhões de brasileiros**: taxa é medida

mensalmente pelo IBGE por meio de média trimestral; índice caiu em abril em relação a março, na 1ª queda desde 2014, mas é maior do que o registrado em abril de 2016, de 11,2%. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-136-no-trimestre-terminado-em-abril.ghtml>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

VASCONCELOS, Fábio; JULIÃO, Luís Guilherme. Gráficos: a carga tributária no Brasil e em outros países da OCDE e América Latina. **O Globo**, São Paulo, 8 ago. 2017. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/graficos-carga-tributaria-no-brasil-e-em-outros-paises-da-ocde-e-america-latina.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

Como citar: PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; MELO, Felipe Antonio de Castro Bezerra Moraes; MELO, Rafael Veras Castro. Dispositivo constitucional da livre iniciativa e o microempreendedor: Análise da insuficiência de estímulo ao empreendedorismo brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.185-212, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p185. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/09/2017.

Aprovado em: 18/05/2018.

CONCAUSAS DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E INSUFICIÊNCIA DAS REFORMAS

CONTRIBUTING FACTORS THAT LED TO
THE BRAZILIAN JUDICIARY CRISIS AND ITS
LACK OF REFORM

Luiz Felipe Rossini*
Monica Bonetti Couto**

* Mestre em Direito em 2018 pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Processual Civil em 2014 pela Escola Paulista da Magistratura (EMP). Graduado em Direito em 2002 pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE).
Email: lrossini@tjsp.jus.br

** Doutora em Direito em 2009 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito em 2005 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito em 2001 pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito em 1999 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Email: monicaboneticouto@yahoo.com.br

Como citar: ROSSINI, Luiz Felipe; COUTO, Monica Bonetti. Concausas da crise do poder judiciário e insuficiência das reformas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.213-243, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p213.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar a crise do Judiciário, como pano de fundo para a constatação de que as reformas legislativas – sobretudo as realizadas na última década, inclusive com a edição recente do Novo Código de Processo Civil – mostraram-se insuficientes para a almejada concretização e efetivação do princípio da eficiência no âmbito do Poder Judiciário. Para tal mister, o presente estudo está dividido em duas partes ou seções. Na primeira, apresentar-se-ão os números relativos ao Poder Judiciário (números dos processos fornecidos por órgãos oficiais), notadamente as pesquisas oficiais do Conselho Nacional de Justiça, ao que se seguirá, em um segundo momento, uma tentativa de sistematização das concausas

da judicialização no Brasil e das medidas adotadas até agora para seu enfrentamento, o que permitiu-nos concluir pela insuficiência das reformas até então empreendidas, de cunho, sobretudo, normativo. A pesquisa adota os métodos hipotético-dedutivo de abordagem e o indutivo. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Trata-se, portanto, de pesquisa-diagnóstico, com exposição de dados na primeira parte e análise das concausas de tais números na parte subsequente, na qual estabelecemos o desvirtuamento da judicialização, impulsionado pela cultura da litigância, pelo gigantismo judiciário e em razão da baixa efetividade das tutelas jurisdicionais como concausas para a chamada crise do judiciário. O tipo de pesquisa é a bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

Palavras-chave: Judiciário; Crise; Reformas legislativas.

Abstract: The primary objective of this paper is to analyze the Brazilian Judiciary crisis, as a parameter for understanding legislative reforms – specifically those enacted in the last decade, such as the current edition of the Brazilian Code of Civil Procedure, which has proven insufficient in materializing and implementing the principle of efficiency in the Judiciary system. With the aim of analyzing this theme, this study divides

into two parts or sections. Firstly, this paper examines public judiciary data and information widely available (case numbers provided by official bodies), particularly from official databases, e.g. Brazilian National Council of Justice. On a second note, this investigation attempts to systematize the contributing factors that led to the judicialisation of Brazil's judiciary and the counter-measures adopted to confront them, inducing, in our analysis, that reforms that had hitherto been undertaken were insufficient, as they were formal and unpractical. Moreover, this research adopts the hypothetical-deductive and inductive methods. This study also uses the dialectical method, with the aim of seeking possible syntheses for the many poignant divergences discussed in this work, reviews data in this work's first part, and examines the contributing factors of such numbers in the subsequent part. Therefore, exploring the distortion of judicialisation, driven by the Brazilian culture of litigation and the gigantism complex in Brazilian courts, which are the leading causes of the judiciary system's low effectiveness, culminating in the present-day judicial crisis. This paper utilized literature review from books and scientific articles.

Key-words: Judiciary; crisis; legislative reforms

INTRODUÇÃO

É afirmação recorrentemente feita a de que o Poder Judiciário vive uma *crise*, derivada da imensa quantidade de processos que, diariamente, aportam em seus Tribunais e Juízos, dando-se conta de que, em 2016, tramitavam 74 milhões de processos, pendentes de análise e julgamento.

A questão que se coloca, porém, consiste em como transpor esse obstáculo de asfixia e exagerado número de demandas que chegam ao Judiciário, para o que, segundo o quanto se sustentará neste ensaio, parece ser altamente salutar a identificação das causas que parecem ter contribuído sensivelmente à instalação desse grave cenário.

Este breve ensaio está estruturado em duas partes. Na primeira, apresentar-se-ão se os números oficiais relativos ao Poder Judiciário, notadamente aqueles apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Num segundo momento nos debruçamos então sobre o estudo do demandismo, do gigantismo judiciário e da baixa efetividade das tutelas jurisdicionais como concausas para os alarmantes resultados apresentados na primeira parte, bem como uma breve análise das medidas adotadas até agora para o enfrentamento de tal problema.

Por derradeiro, serão apresentadas as considerações finais e notas conclusivas, seguidas das referências bibliográficas.

A presente pesquisa adotará os métodos hipotético-dedutivo de abordagem, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os temas aqui enfrentados, bem como o indutivo. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas.

Trata-se de pesquisa-diagnóstico, realizada a partir de pesquisa

bibliográfica e documental, na qual serão expostos dados oficiais na primeira parte, com análise das concausas já mencionadas em momento subsequente.

1 OS NÚMEROS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, há mais de uma década, tem divulgado o relatório “Justiça em Números”, com o propósito de realizar um levantamento preciso dos números de litígios, espécies e principais demandantes, e sobretudo, procurar com o firme propósito de apurar as causas de crescente morosidade da Justiça brasileira. Segundo consta do relatório em referência, datado de 2016, ano-base 2015:

Em seus doze anos de história, o relatório não é apenas a principal fonte das estatísticas oficiais do Judiciário brasileiro, como também desempenhou e ainda desempenha importante papel na transformação que o CNJ como um todo tem liderado junto ao Poder Judiciário ao longo da última década. Hoje, é relatório de referência não apenas dentro do Judiciário, mas também tem sido apresentado como modelo para outras agências governamentais brasileiras e de outros países. É a principal fonte de referência dos tribunais, com reflexos muito claros na profissionalização e modernização de suas administrações (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 11).

Este mesmo relatório prossegue, registrando que a cada diagnóstico feito “metas de diminuição do passivo processual foram estabelecidas e têm sido verificadas, discutidas anualmente e paulatinamente ampliadas”. E acrescenta:

O paralelo entre o avanço da atuação institucional e o aperfeiçoamento das estatísticas oficiais é legítimo, pois é da natureza das estatísticas, e das análises dela derivadas, transparecerem aos mais distintos públicos o que deve ser aprimorado, quais os caminhos para tanto, além de permitirem o monitoramento dos avanços e a avaliação da efetividade das políticas institucionais. Só se melhora o que se mensura, e quanto melhor se mensura, maiores são as chances de aprimorarem-se os aspectos mais urgentes e necessários (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 12).

1.1 Um mapa da “asfixia” do poder judiciário e os números do conselho nacional de justiça

De acordo com os dados oficiais constantes do Relatório Justiça em Números de 2016, ano-base 2015, tramitam no Brasil aproximadamente 74 milhões de processos, sendo que, mesmo baixando 1,2 milhões de processos a mais do que o quantitativo ingressado, o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos em relação ao ano de 2014 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 42).

Inicialmente, cabe diferenciar aludido número do universo de processos que já tramitaram na Justiça brasileira. Este conjunto de processos, que em 2014 era de 100 milhões e em 2015 passou a ser de 102 milhões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 42), representa o montante de casos que o judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos. Não é, de forma alguma, o número de processos em tramitação, pois por este conceito compreende-se o que de fato está pendente no judiciário aguardando solução definitiva.

O estoque de processos no Poder Judiciário continua aumentando

desde 2009, de modo que o crescimento acumulado do período foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 42). Deste modo, mesmo que o Poder Judiciário paralisasse o recebimento de novas demandas, com os atuais índices de produtividade dos magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente três anos de trabalho para zerar o estoque processual.

Nesse cenário, a Justiça Estadual é o segmento responsável por 69,3% da demanda e 79,8% do acervo processual do Poder Judiciário. Em segundo lugar, por sua vez, está a Justiça Federal no que tange ao acervo (12,9% do total), e a Justiça do Trabalho (14,9% do total), no que tange à demanda. A Justiça Federal foi a única que conseguiu reduzir o número de casos pendentes em 2015 (-3,7%), mesmo que sutilmente. No total, o crescimento dos casos pendentes foi de 2,6% no último ano e 21,8% no período 2009-2015 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 43).

Ademais, imperioso ressaltar, tendo em vista toda a série histórica, que os casos novos retraíram no último ano (-5,5%), fenômeno observado em todos segmentos de justiça, à exceção da Justiça do Trabalho (alta de 1,7%). Em 2015, ingressaram 1,6 milhão de processos a menos que em 2014. O número de processos baixados também sofreu leve retração (-0,01%), apesar do aumento de 1,2% na Justiça do Trabalho e de 17,5% nos Tribunais Superiores (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 42). É o que se extrai do gráfico abaixo, reproduzido do relatório em questão:

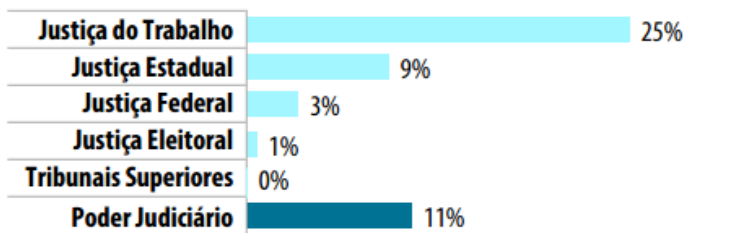
Gráfico 3.24 – Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário



Fonte: Justiça em números 2016; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 43.

Interessante analisar o índice de conciliação, novidade que passou a compor o relatório a partir do ano de 2016 e que resulta do percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo. Observa-se que, em média, apenas 11% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo, conforme pode ser observado por meio do gráfico a seguir:

Gráfico 3.33 – Índice de conciliação no Poder Judiciário



Fonte: Justiça em números 2016; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 46.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 25% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 40% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 43).

A tendência é que estes percentuais aumentem, tendo em vista a entrada em vigor em março de 2016 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis.

Outro índice importante, a taxa de congestionamento – indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação aos que tramitaram (soma dos pendentes e dos baixados) – cresceu sutilmente no ano de 2015, aproximadamente 0,5%, chegando ao total de 72,2% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 48).

A taxa de congestionamento segue, basicamente, o reflexo do primeiro grau de jurisdição. Em relação a este indicador pode-se dizer que o 2º grau está relativamente bem, haja vista que detém uma taxa de congestionamento líquida de 43,1% e um estoque inferior à demanda que registrou queda de 9% no último ano, trata-se de situação bem mais favorável do que a constatada no 1º grau, cujo estoque cresceu em 3% e equivale ao triplo dos casos novos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 59).

A partir disso, verifica-se que, de fato, há a necessidade de um olhar mais atento para esta instância, o que corrobora com a atuação específica do CNJ, a partir de 2015, o qual instituiu a Política Nacional

de Atenção Prioritária do Primeiro Grau de Jurisdição, que tem por escopo desenvolver, em caráter permanente, iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 51).

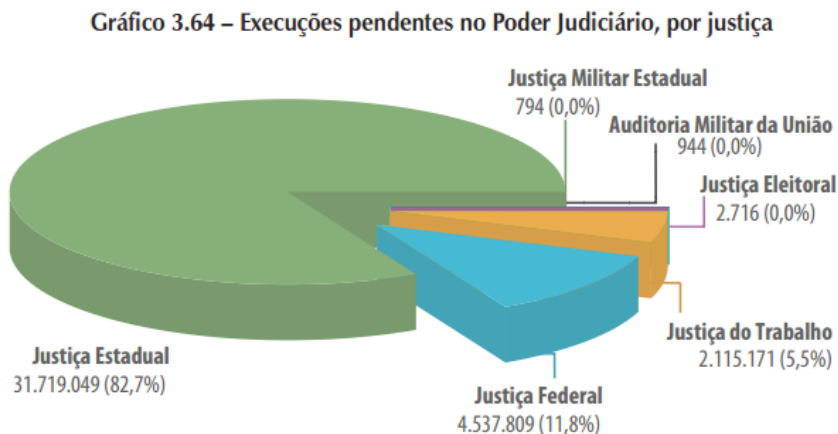
Por meio dos resultados apresentados a cada ano, o Relatório Justiça em Números vem destacando o impacto negativo gerado pela fase de execução nos dados de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro, na medida em que acumula alto volume processual e alta taxa de congestionamento.

Isso porque, diante de todas as dificuldades para se efetivar a tutela jurisdicional, persiste um problema grave, uma vez que de nada adianta aplicar esforços para solucionar rapidamente o mérito de um conflito, se o Poder Judiciário não consegue entregar, de forma efetiva, a prestação jurisdicional a quem faz jus.

A fim de ilustrar esse cenário problemático, basta analisar que constava no Poder Judiciário um acervo de quase 74 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2015, dentre os quais, mais da metade (51,9%) se referiam à fase de execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 61).

O impacto da execução é significativo no Poder Judiciário como um todo, sendo ainda mais perceptível quando observados os três segmentos principais de justiça. Dentre as execuções pendentes, 82,7% estão na Justiça Estadual (aproximadamente 32 milhões, o que representa 53,7% de seu estoque); 11,8% estão na Justiça Federal (aproximadamente 4,5 milhões, o que representa 50% de seu estoque) e 5,5% estão na Justiça do Trabalho (aproximadamente 2,1 milhões, o que representa 41,90% de seu estoque) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 61).

Aludidos resultados podem ser visualizados a partir do gráfico a seguir:



Fonte: Justiça em números 2016; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 61.

Outrossim, os processos de execução fiscal constituem-se como os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e apresentaram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos analisados neste relatório (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 61). Isso porque, o executivo fiscal chega a juízo após inúmeras tentativas de satisfação do crédito tributário que se frustraram na via administrativa, levando, apenas em momento ulterior, à sua inscrição na dívida ativa.

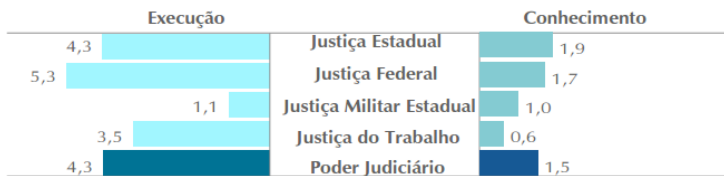
Se fossem desconsideradas as execuções fiscais, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 72,2% para 63,4% no ano de 2015, o que resultaria em uma redução significativa de 9 pontos

percentuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016. p. 63).

Por fim, interessante inovação do Relatório de 2016 foi a apuração do tempo médio de tramitação dos processos, índice complexo, que leva em consideração diferentes marcos temporais e variáveis, a fim de avaliar o tempo médio de um processo tendo em vista determinada fase ou instância.

Tendo em vista, por exemplo, apenas o tempo médio para a prolação de uma sentença, os resultados apontaram para uma maior celeridade da fase de conhecimento – na qual o magistrado deve enfrentar a postulação das partes e a dilação probatória – do que na fase de execução, a qual não envolve cognição, mas tampouco a concretização do direito reconhecido em sentença ou título extrajudicial. É o que pode ser evidenciado a partir da análise do gráfico a seguir, extraído do Relatório Justiça em Números:

Gráfico 3.82 – Tempo médio da sentença no 1º grau (exceto juizados especiais): execução x conhecimento



Fonte: Justiça em números 2016; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 70.

No Poder Judiciário, portanto, o tempo médio para que um processo de conhecimento receba uma sentença é de 1,5 ano, sendo que, na fase de execução, esse tempo é mais que o dobro, ou seja, há uma demora de 4,3 anos para a prolação de uma sentença na etapa executiva.

O conjunto de dados trazidos pelo Conselho Nacional de Justiça nos permite concluir que as estatísticas do sistema de justiça brasileiro são alarmantes, a litigiosidade se mantém alta – com um acervo astronômico de 74 milhões de processos em tramitação – e é latente a necessidade de tomada de decisões e formulação de ações concretas para reverter esse quadro.

1.2 O (falso) problema da morosidade e os outros fatores de ineficiência do sistema de justiça

Rodolfo Camargo de Mancuso (2011) procura sistematizar, na obra *Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*, os diversos fatores que, a seu ver, embasam e retroalimentam a crise enfrentada no âmbito do Poder Judiciário. Em síntese, aponta que os fatores que atuam como as concausas da denominada crise são a nomocracia; a cultura demandista; a judicialização da política e a politização da justiça; a inefetividade prática dos provimentos judiciais de natureza condenatória; a litigância habitual; a expansão da estrutura do Poder Judiciário; e a explosão da litigiosidade contida (MANCUSO, 2011, p. 52).

Referido autor afirma que, apesar de o Poder Judiciário já operar “no limite de sua capacidade”, inúmeras ações continuam a ser distribuídas. Tal situação pode ser atribuída, principalmente, aos seguintes fatores:

(...) (a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivamente de novos

direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado e insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça – enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deverá ser o direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação!; (d) crescimento desmesurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa – com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda (MANCUSO, 2011, pp. 52-53).

Destarte, o autor enfrenta o “demandismo judiciário excessivo” como concausa da crise numérica dos processos judiciais. De saída, afirma que após a Constituição de 1988, existe no inconsciente coletivo dos brasileiros a propensão a “repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, fazendo com que o Judiciário opere como um receptáculo imediato” (MANCUSO, 2001, p. 54), de forma que o processo judicial é visto como primeira e única saída, ao invés de ser utilizado como último recurso, quando infrutíferas as tentativas de solução “amigável” do conflito.

Assim, nesta cultura demandista, a pretexto de representar

a manifestação da cidadania, desvirtua-se a utilização do Poder Judiciário pela população, que passa a enxergá-lo como “uma sorte de guichê universal de reclamações” (MANCUSO, 2011, p. 54). Ao invés de procurar solucionar os conflitos de forma extraprocessual, seja diretamente com a outra parte ou mediante auxílio de terceiro, promove-se o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito.

De fato, observa-se que, em geral, existe na sociedade brasileira o comportamento que exaltação à cultura demandista, na qual existe a tendência de uma supervalorização da decisão *adjudicada* (é dizer, dada pelo magistrado), em detrimento de outras formas de solução do conflito, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Ocorre que, além do “falacioso exercício de cidadania”, a cultura demandista que ressalta a solução adjudicada de conflitos “promove o afastamento entre as partes, acirra os desentendimentos e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal” com a submissão de controvérsias que “antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo” (MANCUSO, 2011, p. 59).

A explosão da litigiosidade contida mediante judicialização das controvérsias em larga dimensão muito contribuiu para o estado de crise da Justiça.

Isto porque, a pretexto da existência de uma universalidade e democratização do acesso à Justiça, coube ao Poder Judiciário recepcionar os anseios sociais que possuíam uma “contenciosidade real, mas que ficava latente, por falta de idôneo canal de recepção ou por incapacidade/inaptidão dos meios existentes” (MANCUSO, 2011, pp. 140-141). Todavia, o processo nem sempre é o meio mais

adequado para a solução de determinados conflitos e “a se insistir numa (mal compreendida) universalidade da jurisdição, se acaba por insuflar a cultura demandista, com consequências deletérias que são de conhecimento geral” (MANCUSO, 2011, p. 142).

Outro fator que há de ser somado a tudo o que já se expôs, é o problema do crescente ativismo judicial, decorrente da chamada judicialização das políticas públicas.

De fato, à medida em que respostas não são dadas a contento – *ou a tempo* – pelos demais Poderes, sobretudo o Executivo, inúmeras controvérsias envolvendo as diversas políticas programadas ou implantadas pelo Estado acabam por desembocar no Judiciário, como se passa, por exemplo, nas questões envolvendo saúde (v. g. medicamentos de alto custo, problemas relacionados a vagas em leitos hospitalares ou tratamentos ou procedimentos médicos) e educação, apenas para citar dois dos mais emblemáticos exemplos.

A bem da verdade, o problema não reside, pontualmente, na judicialização de um dado assunto que, *a priori*, não deveria ficar a cargo do Judiciário, mas sim dos eventuais desvirtuamentos e “possíveis excessos que, a partir da judicialização podem vir a ser cometidos” (MANCUSO, 2011, p. 83).

Pode-se dizer que a mesma análise é feita em relação ao fenômeno contraposto à judicialização da política. O Judiciário, em um protagonismo cada vez mais crescente, vem sendo chamado a manifestar-se sobre “grandes temas”, tais como meio-ambiente, proteção do consumidor, moralidade e eficiências administrativas, dentre tantos outros. Neste passo, visualiza-se a chamada “politização da justiça”, fenômeno que também pode ser apontado como um dos fatores que acabam por contribuir para a crise do Judiciário. De acordo com

Marcos Faro Castro (1997), tal fenômeno ocorre porque:

(...) os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostrasse falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’ (CASTRO, 1997, p. 27).

De fato, questões de repercussão política e social, anteriormente enfrentadas pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional, passaram a ser submetidas ao crivo do Judiciário, transferindo-se a ele a responsabilidade pela solução – *responsabilidade essa que, inicialmente, não se concebia*. Com isso, tem-se o fenômeno da judicialização, que possui inúmeras outras causas, atreladas, principalmente, às peculiaridades do ordenamento pátrio (BARROSO, 2009, p. 2).

Luís Roberto Barroso (2009) acresce outros motivos que, a seu ver, explicariam esse fenômeno. Para ele, o caráter analítico da Constituição de 1988, que estabeleceu diretrizes relativas a matérias que anteriormente estavam restritos aos Poderes Legislativo e Executivo, e, ainda, o alcance do controle de constitucionalidade, permitindo, assim, que o Supremo Tribunal Federal se posicionasse acerca das mais diversas temáticas, acabaram resultando na força e na atual abrangência do Poder Judiciário. Para ele:

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético,

ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2009, pp. 2-3).

Mancuso (2011) também apresenta a (baixa) eficácia dos provimentos judiciais condenatórios como concausa da crise enfrentada pelo Poder Judiciário. Segundo expõe, “a experiência forense evidencia que os comandos condenatórios ou prestacionais passam por uma crise de efetividade prática” (MANCUSO, 2011, p. 106), que dificultam à obtenção da satisfação concreta dos credores de títulos executivos judiciais, o que produz externalidades negativas, tais como o desprestígio da função jurisdicional, a excessiva dilação temporal das lides, fomento do prejuízo daqueles que, conquanto tenham obtido o reconhecimento judicial (*rectius*, tutela jurisdicional) de suas posições de vantagem, acabam não conseguindo usufruí-las concretamente, ante as postergações e resistências consentidas na fase de satisfação do processo (execução ou cumprimento de sentença).

Mancuso ainda assinala que outra concausa para a crise numérica dos processos diz respeito ao “gigantismo judiciário: oferta de mais do mesmo, retroalimentando a demanda” (MANCUSO, 2011, p. 130). Em síntese, o autor sustenta que no Brasil é adotada a não recomendada “lógica quantitativa” segundo a qual os investimentos no crescimento da máquina judiciária deve ser proporcional à procura pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, quanto maior o número de processos, maior deverá ser a estrutura física e o quadro funcional da Justiça estatal. De acordo com esta equação:

(...) mais processos = mais Fóruns, mas serviços de segurança, mais juízes e desembargadores, mais serventuários e assessores, mais equipamentos de informática. À medida em que, por essa estratégia se aumenta a oferta (sem um proporcional cuidado com a qualidade do produto final), se retroalimenta a demanda, porque o gigantismo da máquina judiciária induz no jurisdicionado a percepção de tratar-se de um serviço estatal cuja capacidade instalada assegura uma prestação satisfatória (MANCUSO, 2011, p. 131).

Ocorre que “o frustrante retorno ou feedback dessa política judiciária de corte quantitativo é visível na generalizada decepção dos jurisdicionados e no descrédito social na justiça estatal” (MANCUSO, 2011, p. 132).

Tais constatações denotam o equívoco da política de tratamento da questão judiciária até então empregado, que destina o emprego de grandes verbas do orçamento público para o agigantamento das estruturas do Poder Judiciário, ao invés de primar pelo seu descongestionamento mediante divulgação dos métodos ditos alternativos de solução de

controvérsias.

Com efeito, o gigantismo judiciário, ao aumentar a estrutura física e a oferta, acaba, na opinião de Mancuso (2011), estimulando a demanda, em “interminável ciclo vicioso”. Além disso:

(...) fomenta a contenciosidade ao interno da coletividade, fortalecendo a gradual instalação de uma cultura demandista; cria focos de tensão com o Executivo, na medida em que este é cada vez mais instado a disponibilizar novos e maiores recursos orçamentários; labora contra o vero sentido de cidadania, que, ao menos num primeiro momento, sinaliza para que pessoas físicas e jurídicas tentem ajustar suas pendências diretamente, ou, sendo o caso, mediante a intercessão de um elemento facilitador; dificulta as atividades de controle e planejamento dos órgãos jurisdicionais, haja vista as dificuldades encontradas pelo CNJ nesse setor, conforme noticiado pela mídia (MANCUSO, 2011, pp. 135-136).

A bem da verdade, o discurso do gigantismo está baseado na premissa de que “o crescimento da demanda passa a justificar o crescimento da oferta”. Porém, ao oferecer “mais do mesmo”, a Justiça estatal brasileira adota o prisma da quantitatividade em detrimento da “óptica qualitativa”, que é orientada “pela busca de uma resposta revestida de seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea à satisfação efetiva do bem da vida, valor ou direito reconhecido no julgado” (MANCUSO, 2011, pp. 138-139).

Por fim, podem-se mencionar dois outros fatores que, significativamente, contribuem para o incremento da crise. O primeiro deles é a o segundo, correlato à formação

O primeiro deles diz respeito à crescente complexidade das

relações sociais juridicalizadas. É o que amplamente – *e há muito* – reconhece, com propriedade e acerto, autorizada doutrina: “na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade” (TEIXEIRA, 2012, pp. 398-39).

Seguindo o mesmo entendimento, são as palavras de Fabiana Marion Spengler (2010):

As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizativa(s) sob o modelo da especialização de funções (...). Atualmente, a tarefa de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais (SPENGLER, 2010, p. 25).

De fato, a complexidade das relações sociais reflete-se diretamente nos processos judiciais, em causas cujas questões judicializadas não reclamam tão somente uma declaração judicial. Dierle Nunes adverte, nessa linha, que:

(...) [a] análise dos processualista arraigada aos textos legislativos e à compreensão das técnicas vem se mostrando ineficiente do ponto de vista de legitimidade e de operatividade do sistema jurídico, eis que tal postura somente permite a busca por soluções técnicas para as consequências (alta

litigiosidade, utilização e litigiosidade de interesse público, utilização da jurisdição como espaço contra-majoritário, entre outras), mas não viabiliza o trato das causas que induzem a profusão de demandas e a utilização do processo.[...]. No entanto, na atualidade, esta litigiosidade não se mostra como a mais preocupante para o sistema de aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988) e do devido processo legal (art. 5º. LIV, da CF/1988) o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos, especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder Judiciário. No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvida, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma Jurisdição com função contra-majoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvido nas arenas institucionais majoritárias (Parlamento e Executivo) (NUNES, 2011, p. 45).

No mesmo sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira (2001) aduz:

Em uma sociedade de massa, complexa, competitiva e altamente veloz, a engrenagem estatal já não satisfaz. O Judiciário, nesse contexto, por suas características e dependência orçamentária, que se aliam a um modelo desprovido de modernidade e sem planejamento eficaz, reflete ainda com mais eloquência esse distanciamento, apresentando-se como uma máquina pesada e hermética, sem as desejáveis dinâmica, transparência e atualidade (TEIXEIRA, 2001, pp. 37-39).

Por sim, a falta de previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais parece contribuir, significativamente, para o aumento da crise.

Com efeito, em nosso país, a função da jurisprudência em estabilizar os entendimentos pretorianos em lides que versem acerca de determinados temas, que deveria ser sua característica principal, não tem sido alcançada. Essa função estabilizadora da jurisprudência em determinado espaço-tempo, visaria também o tratamento isonômico aos jurisdicionados com lides semelhantes, e não somente conferir maior agilidade ao desenvolvimento do processo (MANCUSO, 2011, p. 231).

A constante modificação do entendimento jurisprudencial pátrio, com decisões divergentes em demandas que versem sobre os mesmos direitos, representa insegurança jurídica, sendo certo que a decisões judiciais brasileiras, até mesmo aquelas proferidas por um mesmo órgão julgador, carecem de uniformidade e estabilidade de entendimento, não raro, o jurisdicionado busca o Poder Judiciário com fulcro em um determinado jurisprudencial majoritário e, no curso da demanda o entendimento sofre alteração, passando à posição diversa.

A falta de uniformização das decisões ou, ainda, existindo decisões conflitantes / antagônicas acerca de uma mesma matéria, revela-se uma contribuinte para a crise judiciária, na medida em que fomenta a distribuição de demandas pelo jurisdicionado que, ciente da ausência de convergência de entendimentos, “aposta” em demandar judicialmente, fiando-se na imprevisibilidade do resultado da prestação jurisdicional.

Quanto ao ponto, aduz com propriedade Canotilho (2007):

(...) considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica,

segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos (CANOTILHO, 2007, p. 257).

Rui Portanova (2005) vai além, ao atrelar o tema da uniformização da jurisprudência ao princípio da igualdade, defendendo o previsto no art. 5^a, da Constituição Federal, dispõe que todos são iguais perante a lei e que tal essa igualdade não é somente igualdade no processo, mas, também, nas decisões judiciais:

Trata-se de um princípio informativo, não só do processo civil, mas de todo o direito. É norma verdadeiramente supraconstitucional. É indispensável que o intérprete veja a necessidade do tratamento igualizador de forma mais abrangente do que a tão-só “igualdade perante a lei” (PORTANOVA, 2007, p. 37).

Interpretando-se o entendimento acima consignado, é possível dizer que as decisões uniformizadas contribuem para a concretização plena dos princípios da legalidade e da isonomia e também a segurança jurídica, garantindo a previsibilidade das decisões judiciais, ao passo que, uma ordem jurídica incoerente, com divergências jurisprudenciais em casos semelhantes provoca efeitos diametralmente contrários.

Ademais, Mancuso (2011) anota que nomocracia é o mecanismo mais utilizado para buscar a solução para as concausas acima referidas. Porém, conclui que esta marcante tendência em promover alterações legislativas, notadamente no âmbito processual civil codificado e

extravagante, não atua sobre as concausas determinantes do resultado “sobrecarga”. Ao revés, a cultura de nomocracia busca soluções imediatistas destinadas ao combate da consequência representada pela crise numérica dos processos, sem que haja real comprometimento e vontade política para desvendar e equacionar este efeito crítico. Neste sentido, afirma:

(...) a nomocracia (tendência a responder aos problemas com novas normas) tem como deletério subproduto a fúria legislativa, a qual tem sido preferida à telocracia, pela qual um problema deve, primeiramente, ser devidamente diagnosticado, em ordem a surpreender sua causa próxima e remota, eventual ou necessária, conjuntural ou eficiente, para só depois, através de condutas, programas e estratégias, ser eficientemente combatido (MANCUSO, 2011, pp. 52-53).

Acentua-se que a nomocracia produz a “fúria legislativa”, em grande parte responsável pela crise numérica do processo judicial, eis que:

(...) o vezo de responder às ocorrências da vida em sociedade com (novas) normas, ao invés de, antese superiormente, analisar cumpridamente os fatos, em ordem a adotar providências idôneas e eficazes, acaba por frustrar as expectativas, porque a norma, isoladamente, desacompanhada de condutas concretas e apropriadas, não consegue alterar ou corrigir substancialmente a situação preexistente, quando não é clara em seu enunciado ou quando se sobrepõe ambiguamente a texto já em vigor (MANCUSO, 2011, p. 66).

Por isso, o subproduto da nomocracia contribui para a sobrecarga

de demandas. No ponto, esta “normatização desmesurada se projeta em direção do Judiciário, pela óbvia razão de lhe caber a interpretação dos textos de regência, para aplicação aos casos concretos e final resolução das controvérsias” (MANCUSO, 2011, p. 68). Realmente:

(...) quando o texto é deficiente, não apresentando clareza no enunciado, ou ainda quando vem a se justapor a outros preexistentes, delinea-se todo um ambiente obscuro que favorece a formação do conflito, o qual, se não resolvido suasoriamente, deflagrará (mais uma) lide judicial (MANCUSO, 2011, p. 54).

De qualquer sorte, à vista do exposto, permitimo-nos concluir que os dados acima trazidos, com a sistematização das concausas da chamada Crise do Judiciário, levam-nos à constatação de que as medidas até agora empreendidas, de cunho notadamente normativo, mediante a edição de novas leis, não “resolve” a questão central: mais e mais processos, diariamente, chegam ao Judiciário.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo procurar analisar a crise do Poder Judiciário, como pano de fundo para a constatação, ao final feita, de que as reformas legislativas – sobretudo as realizadas na última década, inclusive com a edição recente do Novo Código de Processo Civil – mostraram-se insuficientes para a almejada concretização e efetivação do princípio da eficiência no âmbito do Poder Judiciário.

De fato, os assustadores números relativos ao Poder Judiciário (números dos processos fornecidos por órgãos oficiais), notadamente as pesquisas oficiais do Conselho Nacional de Justiça, demonstraram que

a causa da litigiosidade crescente e da judicialização cada vez maior de todos os assuntos da vida do cidadão não é única.

Neste sentido, este trabalho procurou sistematizar algumas das várias concausas da judicialização no Brasil e das medidas adotadas até agora para seu enfrentamento, o que permitiu-nos concluir pela insuficiência das reformas até então empreendidas, de cunho, sobretudo, normativo.

Em contrapartida, os subsídios trazidos por este trabalho permitiram-nos concluir que a solução para o problema da Crise do Judiciário passa, especialmente, pela maior promoção e maior eficácia das soluções não convencionais de solução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Mas, temos para nós que a solução passa, sobremaneira, por uma urgente e necessária na educação jurídica brasileira, tão arcaica e formadora de profissionais do litígio, com a imperiosa inclusão de disciplinas correlatas à promoção dos meios não convencionais de solução de litígios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13. jan./mar. 2009.

CALDAS, Roberto. C. G. S. **Parcerias Público-privadas e Suas Garantias Inovadoras nos Contratos Administrativos e Concessões**. Fórum, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p.26.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016; ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.**

COUTO, Mônica Bonetti. A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NERY DA SILVA, Rogério Luiz; SMORTO, Guido. **Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

_____; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A educação jurídica e os meios não contenciosos de solução de conflitos. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydê Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (org.). **Educação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.369-382.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. Revista de Processo 66/72-78, São Paulo: RT, abr.-jun.1992.

FALECK, Diego; FONTES, Marcus; Fontes, Max; DUZERT, Yann. Nova arquitetura institucional no sistema de disputas do Brasil: Câmara de Indenização TAM 3054. In: ARROW, Kenneth J.; MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee; TVERSKY, Amos; WILSON, Robert B.; DUZZERT, Yann. (coordenadores). **Negociação: Barreiras para resolução de conflitos**. São Paulo: Saraiva. 2011 (Série GV-Law).

FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**, São Paulo: Malheiros. 1996 p. 13.

GROTTERA, Luís. **O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia. Cidadania e Justiça**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Ano 2/n.º 5, 2.º semestre, 1998. pp. 114-115

MAILLART, Adriana S.; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. O direito fundamental de acesso à justiça e suas implicações para o direito fundamental ao desenvolvimento. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NERY DA SILVA, Rogério Luiz; SMORTO, Guido. **Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito**. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Paradigma do resultado. In: **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi** / Volnei Ivo Carlin, organizador;

prefácio: Clèmerson Merlin Clève. --

Imprensa: Florianópolis, Conceito, Millennium, 2009.

NALINI, José Renato. Há esperança de justiça eficiente? pp. 126-147. In SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord). **Justiça e o paradigma da eficiência**. São Paulo: RT, 2011.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória**. Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Adriana S. **Acesso à justiça e arbitragem: caminho para a crise do judiciário**. Barueri: Manole, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n. 1.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti. A duração razoável do processo na perspectiva inovadora dos direitos humanos. In **Anais do II Simpósio de Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF**. Disponível em: <www.ufjf.br/direito/files/2012/10/Anais-II-Simp%C3%B3sio-Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso

em: 25 de mai. 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do judiciário: reflexões e prioridades.** Consulex: Revista Jurídica, v.5, n.112, p.37-39, set. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 234.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência. Em busca da harmonização dos valores segurança e celeridade.** Revista de Processo. São Paulo: RT. Ano 36. n° 192. Fev/2011.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, n. 195, São Paulo, maio de 2011.

Como citar: ROSSINI, Luiz Felipe; COUTO, Monica Bonetti. Concausas da crise do poder judiciário e insuficiência das reformas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.213-243, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p213.

Recebido em: 28/11/2017.

Aprovado em: 25/03/2018.

**PARADIGMA CONTEMPORÂNEO E OS
NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: SELEÇÃO
EMBRIONÁRIA**

**CONTEMPORARY PARADIGM AND
BIOJURIDIC LEGAL TRANSACTION: THE
EMBRYONIC SELECTION**

Juliana Carvalho Pavão*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduada em Direito em 2017 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: juliana.pavao@hotmail.com

** Doutora em Direito em 2010 pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito em 2004 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Especialista em Direito em 2002 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Graduada em Direito em 2001 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: rita.tarifa@gmail.com

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: Seleção Embrionária. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.244-271, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p244. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os negócios jurídicos passaram por diversas transformações ao longo dos tempos, nesse sentido, destaca-se que, antigamente, os acordos apresentavam apenas um aspecto patrimonial. Todavia, as tecnologias evoluíram e permitiram que as relações sociais se expandissem, envolvendo também aspectos existenciais. Nesse contexto, surgem negócios cujo objeto é o ser humano, os denominados negócios biojurídicos, conhecidos por alguns doutrinadores, mas despercebidos pela maioria da doutrina nacional. Diante disso, este trabalho busca analisar a possibilidade dessa nova categoria “negócios biojurídicos” para

os novos atos privados, observando se haveria algum benefício nessa categorização. Ademais, observa-se uma nova técnica médica, que é a seleção embrionária, a fim de ilustrar essa problemática. Assim, o trabalho utiliza o método dedutivo, iniciando o debate por meio dos negócios jurídicos, e tem como base diversos autores nacionais e internacionais relevantes sobre o tema.

Palavras-chave: Autonomia. Negócio biojurídico. Seleção embrionária. Tecnologia.

Abstract: Legal transactions have undergone several transformations over time. Until recent history, contractual agreements revolved around the topic of property rights. However, in our current era, technologies are rapidly evolving allowing social relations to expand, and consequentially existential issues are emerging beyond property rights. In this context, the rising modern legal transactions that have as its object humans are also increasing the number of “biojuridic businesses”. A few known legal scholars are tackling this relatively new phenomenon, but the legal world has yet noticed and debated this issue. Therefore, this paper examines the possibility of the following new category of legal transactions: “biojuridic business”, as a private act, questioning the usefulness of this categorization. In addition, new medical techniques, which is embryonic selection, are questioned in order to illustrate

the problematic of this study. Therefore, this work uses the deductive method, initiating the debate in the genre of legal transactions, basing itself on relevant national and international key-authors on the subject matter.

Key-words: Autonomy. Biojuridic business. Embryonic Selection. Technology.

INTRODUÇÃO

O direito civil passou por diversas transformações ao longo da história, o que foi causado pelas mudanças da autonomia e do negócio jurídico. Antes havia uma concepção clássica dos dois termos apresentados, contudo, com as mudanças sociais, superou-se esse paradigma, passando-se a uma visão contemporânea da autonomia e do negócio jurídico.

Além dessa mudança de paradigma, os avanços da tecnologia também trouxeram novas formas de acordos anteriormente nem imaginadas. Com isso, o presente trabalho busca estudar esses novos negócios, tendo em vista a superação do paradigma clássico, que excluiu a possibilidade apenas de negócios jurídicos patrimoniais, passando a existir também os negócios existenciais e situações jurídicas. Nessa seara e com novos procedimentos médicos envolvendo o ser humano, o presente trabalho tem como problemática questionar se a categorização de Rose Melo Vencelau Meireles de negócios biojurídicos deve ser adotada e se seria a melhor escolha, frente a novos negócios que surgiram.

Tendo em vista que esses pactos são recentes e poucos discutidos, é importante analisar se deveriam ser denominados negócios biojurídicos e por quais motivos, uma vez que quase nenhum autor trata desses casos, estudando-os como negócio jurídico no geral, nem sempre fornecendo a devida atenção a eles.

Assim, será estudada essa questão, analisando, primeiramente, a superação do paradigma clássico e a questão dos negócios jurídicos e da situação jurídica, para, posteriormente, observar o tópico do negócio biojurídico, abordado principalmente por meio de Rose Melo Vencelau Meireles, uma das pioneiras nessa nomenclatura.

Por fim, será apresentado um negócio jurídico que envolva o ser humano, isto é, a seleção embrionária, uma técnica que proporcionou melhoria na qualidade de vida para as futuras gerações. Essa técnica, assim como outros procedimentos médicos, é tão recente que o Direito ainda não conseguiu positivizar o assunto, havendo apenas normas do Conselho Federal de Medicina. Esses casos ocorrem e resultam, hoje, nos denominados “bebês medicamentos”, assim estão diante de uma situação jurídica.

Por esse motivo, será observada, ao final, a seleção embrionária como uma forma de negócio jurídico e como ele deve ser analisado sob a ótica de um negócio biojurídico e, principalmente, diante da falta de regulamentação.

O trabalho utilizará o método dedutivo, tendo como base obras de diversos autores nacionais e internacionais, destacando, nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meireles, Pietro Perlingieri, Noemi Lidia Noemi Nicolau e Everton Willian Pona.

Após essa introdução, deve-se iniciar o estudo primeiramente pelo paradigma clássico para compreender como ele foi superado pelo paradigma contemporâneo.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E SITUAÇÃO JURÍDICA

Desde o passado, o homem realiza negócios para adquirir bens desejados, começando desde o escambo até a compra e venda de mercadorias. Em razão disso, sempre houve uma preocupação no âmbito jurídico com a questão patrimonial, uma vez que a maioria das relações ocorriam nesse contexto.

Entretanto, em decorrência das mudanças sociais que

repercutiram no meio jurídico, o direito tratou dessas relações de diferentes formas, não apenas na forma do tratamento da matéria patrimonial, mas também com os novos vínculos existentes. Diante disso, deve-se inicialmente analisar a questão da autonomia nas relações privadas, para se compreenderem os novos paradigmas do direito civil na atualidade.

Conforme apresentado, desde muito tempo, o homem realiza negócios com outros particulares, fato decorrente de sua autonomia. Esta tem sua origem na Antiguidade (RODRIGUES JUNIOR, 2004), no sentido de ser a capacidade da pessoa de gerir a sua vida. Esse termo é resgatado novamente pela Revolução Francesa, movimento que buscou retirar o poder das mãos do soberano e passá-lo para o Estado Liberal, tendo como lema principal a liberdade e a igualdade (PONA, 2015).

Em face disso, as relações privadas passaram a se basear na autonomia da vontade, que é “poder reconhecido à vontade dos particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções” (PAGE apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119).

Logo, nesse período, os particulares passaram a ter ampla liberdade para realizar seus negócios jurídicos, não podendo o Estado intervir nessas relações. Este apenas deveria se ater às questões de natureza pública. Obviamente, essa situação se deu em decorrência do desejo da burguesia de não ser mais submissa à vontade do monarca.

Nesse contexto, as relações entre os particulares constituíam-se nas denominadas relações jurídicas, que tradicionalmente são constituídas no vínculo entre duas pessoas, sujeitos de direito, sendo que uma das partes detém um direito subjetivo e a outra tem um dever (AMARAL, 2014, p. 207). De forma ilustrativa, a relação jurídica pode

ser compreendida como uma forma piramidal, havendo um credor com um direito subjetivo, um devedor com uma obrigação e o objeto. Assim, dessa relação, decorrem os direitos subjetivos, elementos centrais para a existência do vínculo. Os direitos subjetivos correspondem a permissões fornecidas à pessoa para exercer algo previsto no direito objetivo (DINIZ, 2012, p. 27). Dessa forma, há uma relação de dependência entre o direito subjetivo e o direito objetivo.

De tal sorte, a noção de negócio jurídico foi entendida “como uma conjunção de vontades bilateral ou unilateral” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Isso porque o negócio jurídico apresenta os efeitos desejado pelos particulares. Disso, nota-se a base do negócio era a autonomia da vontade e a força obrigatória (MARQUESI; MARTINS, 2016), significando que os negócios eram formados pela vontade das partes, e deveria ser aplicado estritamente o que estava previsto, não cabendo julgar ou interpretar o conteúdo.

No Brasil, o Código Civil de 1916 seguiu esse modelo napoleônico, sendo um código focando apenas nos aspectos individualista e voluntarista, o que resultou na sua denominação de Constituição do direito privado (TEPEDINO, 2004), porque, conforme já tratado, era a base do direito civil, que estava rigidamente separado do direito público. Assim, esse código é marcado pelo caráter patrimonial e voluntarista, ignorando-se as normas de ordem pública.

Todavia, com o decorrer do tempo, notou-se que esse modelo de Estado Liberal e a não intervenção do Estado nas questões de ordem privado, pretendendo a separação em duas esferas, eram falhos, isso porque proporcionaram relações desiguais entre os particulares (PONA, 2015). Diante disso, houve o declínio do Estado Liberal e a ascensão do Estado intervencionista, limitador das relações entre os particulares.

Portanto, em um primeiro momento, o legislativo tentou conter essas relações desiguais que se organizaram na forma de leis extracodificadas, buscando tornar as relações harmônicas (TEPEDINO, 2004). Nesse período, houve no Brasil a publicação da Lei do Inquilinato, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros. Além dessas novas regulamentações, o Estado também trouxe a mudança da concepção de autonomia, passando a ser autonomia privada.

Destarte, a autonomia privada é o poder concedido ou reconhecido pelo Estado ao indivíduo para regular suas relações, respeitando os limites impostos pelo Estado (PERLINGIERI, 2002). Estes se apresentam ou na forma de normas jurídicas, como nos casos de anulação de negócio jurídico por vício, ou em caso de alguém absolutamente incapaz de realizar negócio se não estiver representado (BRASIL, 2002), ou por princípios como a boa-fé e a função social dos contratos ou da propriedade.

Com a mudança que ocorreu na regulamentação das relações privadas, obviamente o conceito de negócio jurídico também mudou, passando a ter o conceito contemporâneo de ser “mecanismo de cooperação interpessoal e de respeito aos interesses públicos, que são irradiações, respectivamente, da boa-fé objetiva e da função social” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Assim, nota-se que, a partir desse momento, o negócio não é mais visto como meramente um instrumento de exercício da vontade individual, mas sim como um instrumento que pode influenciar nos aspectos coletivos e deve respeitar o interesse público.

Tendo como base essa mudança na definição do negócio jurídico e a mudança da autonomia, percebe-se que o paradigma clássico decorrente da Revolução Francesa foi superado, passando a existir o

paradigma contemporâneo que rege as relações atuais.

Ademais, com essa mudança, ocorreu um processo de constitucionalização do direito privado, cujo centro passou a ser a Constituição Federal, sendo que o Código Civil deveria respeitá-la (TEPEDINO, 2004). Além disso, o aspecto patrimonial das relações teve de ceder espaço à análise do aspecto existencial, com a máxima constitucional de dignidade da pessoa humana; agora o ser humano está no centro da relação (TEPEDINO, 2004) e deve analisar em primeiro plano o ser em detrimento do ter.

Todavia, tratar apenas de autonomia privada ainda é muito restrito, tendo em vista que a autonomia se relaciona à questão patrimonial em sua origem (PRATA, 1982). No mais, as tecnologias evoluíram a um ponto em que se tornou possível manipular a vida e os elementos do ser humano que antes não eram possíveis, assim alguns autores¹ apresentam a autodeterminação. Esta é o poder da pessoa de gerir seus interesses de forma livre (RIBEIRO, 1999). Por isso, quando se fala em interesses, envolvem-se questões tanto patrimoniais como existenciais. Dessa forma, a autodeterminação consiste em uma ampliação da autonomia privada (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Assim, nesse período a ideia de negócios jurídicos se ampliou e, então, deve compreender a noção de negócios jurídico patrimonial e existencial, decorrente das mudanças tecnológicas que permitiram existir negócios não apenas focados no quesito econômico. Nesse sentido deve-se entender que os negócios jurídicos patrimoniais têm presença no contexto jurídico desde épocas antigas e pode ser conceituado como

¹ Alguns autores que tratam do termo “autodeterminação” são Everton Pona, Rose Melo Vencelau Meireles, Joaquim de Sousa Ribeiro e Otávio Luiz Rodrigues Junior. Outros autores, como Francisco Amaral, apenas realizam a separação entre autonomia da vontade e autonomia privada.

“aqueles que visam o lucro” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Diante disso nota-se que esse tipo de negócio tem como elemento central a lucratividade, é o caso por exemplo dos contratos de compra e venda de imóvel.

Contudo, houveram transformações nos tipos de contratos existentes, frente aos avanços tecnológicos, assim surgiram negócios que não tinham como objeto central a lucratividade, passando a englobar aspectos essenciais do ser humano. Esses negócios passaram a ser denominados de negócios existenciais e tem como objeto o “mínimo existencial das pessoas, o que lhes confere o caráter de essencialidade, no sentido de que acessam bem jurídicos fundamentais como a liberdade, a honra, a moradia, a educação etc.” (MARQUESI; MARTINS, 2016). Assim, contratos envolvendo a saúde e a educação, por exemplo, apresentam o aspecto existencial mais latente, o que os torna contratos existenciais.

Apesar dessa classificação entre existenciais e patrimoniais, nota-se na seara existencial esses negócios tem se diversificado, surgindo pactos que envolvem o ser humano tanto no seu aspecto físico como psíquico. Dessa forma seriam formas de negócios existenciais, todavia dotados de características únicas e mais complexas que os diferenciam completamente de contratos envolvendo moradia ou educação, por exemplo. Frente a isso, uma doutrinadora criou o termo “negócio biojurídico” para tratar dessas situações, sendo uma espécie do gênero negócio existencial. Diante dessa nova categoria, o trabalho irá analisar mais adiante se haveria necessidade ou não de manter uma categoria específica para os negócios que envolvam o ser humano como um todo.

Além da mudança do conceito de autonomia e de negócios jurídicos, com a grande evolução dos ramos tecnológicos, o ordenamento

jurídico não conseguiu acompanhar todas essas mudanças, e novas relações, que não se enquadravam no conceito clássico de relação jurídica, passaram a se formar. Diante desse contexto, o conceito de relação jurídica entra em declínio e passa a haver também a noção de situações jurídicas.

A situação jurídica apresenta como centro um interesse juridicamente relevante (PERLINGIERI, 2002, p. 106) e consiste na ação de uma pessoa que talvez não tenha um direito objetivo previsto, mas se concretiza por meio da autonomia, cujo efeito é um interesse. Assim, não há mais a configuração piramidal das relações entre sujeitos, mas sim uma relação entre centros de interesses juridicamente relevantes. Esses centros de interesses não podem ser definidos apenas como situações de vantagem ou desvantagem (SOUZA, 2015), sendo mais profundos e complexos do que isso, pois envolvem direitos, deveres, ônus, entre outros. Somado a isso, esse novo conceito apresenta um caráter mais abrangente do que as relações jurídicas, por envolver tanto estas como direito subjetivo, direito potestativo, poder jurídico (SOUZA, 2015), entre outros.

Quanto a seu objeto, as situações jurídicas podem ser patrimoniais ou existenciais/extrapatrimoniais (PERLINGIERI, 2002, p. 106), e também podem ser mistas, quando englobarem essas duas características (BORGES, 2016). Primeiramente, as situações jurídicas patrimoniais atuam sobre a regulamentação de interesses econômicos (BORGES, 2016), podendo destacar-se as envolvendo propriedade, crédito e empresa (PERLINGIERI, 2002, p. 106). Já as situações jurídicas existenciais têm como objeto o próprio ser humano (BORGES, 2016), podendo ser tratadas também como os direitos da personalidade (PERLINGIERI, 2002, p. 106). Essas situações têm proteção constitucional com base na

dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 2016).

Sobre as situações jurídicas existenciais, deve-se compreender bem que elas envolvem o ser humano como um todo, seja em seu aspecto físico, seja em seu aspecto psíquico, manifestando toda a personalidade do ser humano (PONA, 2015, p. 191). Assim, nesses casos, o indivíduo tutela seus próprios interesses, com relação ao seu corpo, à sua identidade, entre outros (PONA, 2015, p. 191). Pode-se ilustrar como exemplo desse tipo de situação a diretiva antecipada de vontade, a reprodução assistida, entre outros.

Contudo, conforme já salientado, essas situações nem sempre apresentam normas jurídicas a respeito, tendo como base para sua formulação a autonomia privada e a autodeterminação dos indivíduos. Todavia, por tratarem especificamente do ser humano, elas devem sempre resguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não podendo apresentar nenhuma disposição capaz de ferir esse aspecto intrínseco do homem. Além desse limite geral constitucional, hoje é considerado um desafio do Estado equilibrar a permissão do exercício dessas situações com os limites de interferência (PONA, 2015, p. 193). Alguns casos apresentam limites previstos em normas legais, como a doação de órgão, que já está condicionada à existência, em caso de doação em vida, de órgão dúplices e que não causem uma diminuição permanente na qualidade de vida. Apesar disso, nem todos os casos apresentam regulamentação ou limitação a respeito.

Posto isso, muitas situações jurídicas cujo objeto é o ser humano e suas partes destacáveis são formalizados como negócios jurídicos, a exemplo de um contrato de reprodução assistida ou de um contrato entre médico e paciente para a seleção de um embrião. Esses novos negócios são apresentados, por alguns autores, como uma categoria própria, de

modo que será analisado a seguir se ela deve ou não ser adotada.

2 NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Os avanços das tecnologias trouxeram como consequência as novas formas de manipular a vida. Então, essas mudanças da ciência possibilitaram que fossem realizados novos negócios jurídicos, como o contrato de armazenamento do sangue do cordão umbilical, o contrato de reprodução assistida e o contrato de disposição do material genético, que não estão previstos no Código Civil. Rose Melo Vencelau Meireles trata desses negócios como negócios biojurídicos, por isso, realiza-se a indagação deste trabalho: esse termo estaria correto ou deveria ser considerado um negócio jurídico segundo a teoria geral, sem a mudança de categoria? Além disso: há alguma utilidade nessa nova terminologia?

O primeiro ponto a ser observado é: com as mudanças sociais dos últimos anos, surgiram novas situações jurídicas. Nesse contexto, os negócios biojurídicos estão relacionadas às situações jurídicas existenciais, porque envolvem o ser humano tanto em seu aspecto físico como em seu aspecto psicológico, e a personalidade do ser humano (PONA, 2015). Assim, há essas situações quando envolvem os interesses da pessoa em relação ao seu corpo, de modo que eles estão sendo materializados na forma de negócios como, por exemplo, a diretiva antecipada de vontade e o contrato de reprodução assistida.

Diante da complexidade e especificidade do assunto desses negócios, Rose Melo Vencelau Meireles (2016) denomina-os negócios biojurídicos, cujo objeto central é a saúde e o corpo do agente. Essa categoria não é tratada por muitos autores, no entanto, Everton Willian Pona (2015), por exemplo, ao analisar a diretiva antecipada de vontade,

define-a como um negócio jurídico, utilizando a terminologia de forma mais genérica e comumente empregada.

Todavia, deve-se entender que igualar esses negócios ao termo genérico estaria desconsiderando a complexidade do assunto. O Código Civil de 2002 trata do negócio jurídico na parte geral da norma. Em face disso, nota-se que apresenta normas amplas sobre a questão, não impedindo que houvesse normas específicas para determinados casos. Segundo Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 119), tendo em vista a localização dos negócios jurídicos no Código Civil e sua função de criar normas gerais, “não significa que não possam ser excepcionalmente afastadas para ceder lugar a normas mais apropriadas para situações jurídicas específicas”. Logo, conclui-se que, estando o negócio jurídico na parte geral do Código, ele tem função em situações tanto patrimoniais como extrapatrimoniais.

O negócio jurídico é constituído pela manifestação de vontade. Assim como a vontade sofreu transformações ao longo da história, a possibilidade de um negócio apenas centrado na individualidade também mudou, portanto “não é demais propugnar pela possibilidade de existirem negócios jurídicos existenciais” (MEIRELES, 2009, p. 122).

A despeito disso, uma questão essencial na utilização dessa nova categoria refere-se ao fato de tornar evidente que nem todas as normas aplicáveis aos negócios patrimoniais incidiriam também nos negócios biojurídicos. O artigo 111 do Código Civil, por exemplo, que prevê o silêncio como anuência em casos em que não é necessária a manifestação de vontade, não deve ser aplicado estritamente a esses negócios de natureza existencial. Isso porque poderá resultar na possibilidade de empresas de saúde, após um tempo, poderem impor como costume o silêncio do paciente como uma manifestação da vontade da pessoa que

estará incapacitada (NICOLAU, 2003).

Dessa forma, torna-se evidente a necessidade de os negócios serem categorizados, a fim de evitar a aplicação errônea de dispositivos incompatíveis e também de conceder melhor interpretação dos negócios à luz dos princípios constitucionais. Conforme Noemi Lidia Nicolau (2003, s/p) afirma: “Si em el Código civil estuvieran las claves de los negocios jurídicos personalísimos, sólo serían necesarias para regular los aspectos administrativos y penales.”

Nesse viés, Noemi Lidia Nicolau (2003) também defende a ideia de categorização desses negócios como “negócios jurídicos personalíssimos”, criticando a ausência de regras sobre eles. A autora frisa a importância da presença dos direitos da personalidade nesses atos e afirma, sobre os direitos da pessoa quanto ao próprio corpo, que não deve ser apresentado de forma estática, devendo existir normas básicas.

Porém, deve-se destacar que os negócios jurídicos personalíssimos equivalentes aos negócios biojurídicos tratados acima não são semelhantes aos negócios pessoais apresentados por Carlos Maluquer de Motes (1993). Segundo o autor, os “negocios personales” (MOTES, 1993) são os que versam sobre a esfera pessoal do sujeito e têm como característica a exclusão da autonomia da vontade, envolvendo, assim, situações como adoção e emancipação. Com isso, nota-se que o autor não trata dos casos que envolvem as novas tecnologias, isso deve decorrer do fato da época da obra, todavia não podem ser considerados como sinônimos, assim, este trabalho manterá a visão adotada pela autora Rose Vencelau Meireles.

Um exemplo de negócio biojurídico é o de armazenamento do material genético em uma clínica. Muitas pessoas optam por congelar seus óvulos e espermatozoides em clínicas, caso desejem ter filhos no futuro,

uma prática incentivada em algumas empresas. Esse ato ocorre, então, por meio de um contrato de depósito com as seguintes características:

[...] a obrigação do depositário é a de guardar as células reprodutoras nas melhores condições científicas disponíveis, assecuratórias da manutenção de sua funcionalidade. E a devolução far-se-á ao depositante ou, em caso de morte do doador, à viúva ou, em concordando esta expressamente, à beneficiária para tanto especificamente, e expressamente indicada, em disposição de última vontade (caso, pois, de ‘inseminação artificial por terceiro’, doador estranho, conhecida internacionalmente pela sigla IAD) (FERRAZ, 1991, p. 53).

Dessa forma, observa-se que esse corresponde a um caso de contrato de depósito, no entanto, com características próprias que difere muito do contrato previsto no Código Civil. No ordenamento jurídico, o depósito é tratado como a entrega do “bem móvel”, contudo o material genético apresenta divergência se seria um bem móvel, portanto o melhor seria considerá-lo uma parte destacável do corpo. Ademais, o caso de inadimplência ou descumprimento por uma das partes acarreta consequências mais severas, uma vez que fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Assim, tratar desse contrato de forma genérica como um negócio jurídico corresponde a uma leviandade, devendo ser observado de forma mais complexa.

Posto isso, existem os negócios jurídicos como objeto envolvendo o ser humano, contudo eles devem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. A questão da categoria começa a ser discutida principalmente por Rose Melo Vencelau Meireles (2009) e, apesar de ser uma questão meramente terminológica, é importante ser

considerada, tendo em vista que esses negócios apresentam a incidência de princípios mais específicos e direitos da personalidade, assim têm um enfoque maior na dignidade.

3 SELEÇÃO EMBRIONÁRIA COMO FORMA DE NEGÓCIO BIOJURÍDICO

A seleção embrionária consiste na escolha dos “melhores” embriões para serem implantados no útero da mulher, assim, é necessário realizar a fecundação *in vitro* primeiramente e, depois, em laboratório, observar quais são os embriões desejados para gerar a criança. Essa técnica é muitas vezes cumulada com o diagnóstico genético pré-implantacional, que diagnosticará quais embriões são afetados por genes causadores de doenças graves dos outros embriões e, então, implanta os embriões “saudáveis” (NOGUEIRA FILHO, 2009). Essa técnica laboratorial, além de permitir a geração de uma criança sem determinada doença, também torna desnecessário utilizar métodos mais invasivos como o diagnóstico pré-natal com a amniocentese ou biópsia de vilosidade coriônica (NOGUEIRA FILHO, 2009).

Ademais, essa técnica é utilizada hoje em dia para gerar os denominados “bebês medicamentos”, ou *savior siblings*, ou bebê salvador. Essa criança é gerada por meio de um embrião selecionado, utilizando o diagnóstico genético pré-implantacional para salvar a vida do irmão mais velho que está doente (MAROJA; LAINÉ, 2011). Esses casos ocorrem quando um casal teve um primeiro filho com uma doença genética grave e necessita de um tratamento com base nas células-tronco, tendo em vista a dificuldade de encontrar um doador compatível. Com isso, os pais optam por ter um segundo filho utilizando essas técnicas médicas a fim de que

ele não tenha o gene da doença e tenha compatibilidade no sistema HLA (relacionado às células-tronco) com o irmão (MOYANO, 2016). Dessa forma, quando a criança nasce, geralmente, as células-tronco do cordão umbilical são coletadas e aproveitadas no tratamento do primeiro filho. Caso a quantidade de células-tronco do cordão não seja suficiente, partirá para uma técnica mais invasiva, como a coleta das células adultas.

O caso em questão trata-se nitidamente de uma situação jurídica existencial, uma vez que envolve a própria personalidade. Apesar de envolver um embrião, deve-se entender que a personalidade não é exclusiva do ser humano, englobando também o embrião, assim como a dignidade (ESPOLADOR, 2016). Assim, essas técnicas devem ser lidas tendo como intuito o respeito aos direitos fundamentais resguardados na Constituição.

Sobre os embriões, deve-se considerar primeiramente que “os embriões humanos *in vitro* participam de um projeto parental. É este o seu estatuto biológico e ético e é por ele e nele que devem ser protegidos, com autonomia e responsabilidade.” (ESPOLADOR, 2016, p. 160). Diante disso, é importante observar que o embrião, tendo em vista a sua expectativa de ser tornar um ser humano, é uma vida em potencial, por isso deve ser protegido. Ademais, há o planejamento no seio da família para que esse embrião se desenvolva e resulte em uma criança, o que corrobora o entendimento de ele fazer parte da própria família.

Com essa consideração do embrião como membro da própria família e a afirmação de que ele detém direitos fundamentais, deve-se analisar, então, o princípio fundamental, de todo o ordenamento jurídico, para essa situação. A dignidade da pessoa humana representa uma cláusula aberta e um fundamento máximo do Estado Democrático de Direito; tendo em vista aquela característica, ela não está limitada a um

número de hipóteses, sendo enquadrada de acordo com o surgimento e o aparecimento das situações. Diante disso, o embrião detém dignidade (ESPOLADOR, 2016), pois representa uma nova situação antes impossível e representa um futuro ser humano. Portanto, modificações envolvendo o embrião devem ser respaldadas no princípio da dignidade.

Após o exposto, pode-se notar que os casos de seleção embrionária e, mais especificamente, os “bebês medicamentos” são casos recentes da medicina, representando situações jurídicas existenciais e, como tais, não têm um direito objetivo presente. Em face disso, elas são realizadas na forma de negócios entre os futuros pais e o médico, que deve realizar os procedimentos adequados.

A seleção embrionária não apresenta regulamentação específica no direito brasileiro, uma vez que o Código Civil e a Lei de Biossegurança se omitem sobre esses casos. Pode-se entender que essa omissão legislativa decorre da atualidade do assunto e da incapacidade do Direito de acompanhar todas as mudanças que a sociedade enfrente. Talvez uma mudança muito ágil por parte do Direito poderia conduzir uma conduta leviana e precipitada nos assuntos envolvendo seres humanos e suas manipulações, por serem temas complexos que às vezes não apresentam suas consequências bem definidas ainda. Assim, para esses casos, é muito importante analisar como o Conselho Federal de Medicina os aborda, porque apresenta, nesse primeiro momento, maior domínio sobre o assunto e, diante disso, poderia analisar as ferramentas que o Direito pode utilizar nesses casos.

O Conselho Federal de Medicina apresenta resoluções que orientam as condutas médicas, assim, os médicos devem seguir essas orientações sob pena de sofrerem um processo administrativo perante seu órgão de classe. O caso do “bebê medicamento” está disposto na

Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, contudo não se utiliza o termo “bebê medicamento”², tratando-o como diagnóstico genético pré-implantacional, com isso, observando os dispositivos, é possível deduzir que se trata do “bebê medicamento”. Segundo a Resolução, é autorizado realizar o diagnóstico quando houver a possibilidade de ter um gene causador de uma doença. Ademais, o Conselho autoriza selecionar embriões com o sistema HLA compatível com algum filho do casal, para posteriormente realizar o transplante de células-tronco (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Dessa forma, esses procedimentos estão autorizados pelo Conselho. Já há uma resolução do órgão nesse sentido, apesar de bem simples. Diante da existência de manifestação do órgão médico, é necessário, nesse momento, uma regulamentação por parte do Legislativo, tendo em vista que, no viés médico, a questão já foi resolvida, resta ao Direito realizar as ponderações com base nos valores do Estado Democrático de Direito.

Afirma-se que a Resolução é muito simples porque, comparada com outros países, poderia ter sido mais específica quanto às doenças que poderiam ter no embrião e também quanto aos fatores sobre o casal, como a vontade de ter outro filho, para que não haja a geração de uma criança com o único fim de salvar o primeiro filho. Além disso, seria interessante um trabalho com diversos profissionais para preparar o casal a essa situação, até o caso de sua falha, tendo em vista que se trata de um procedimento médico com possibilidade de insucesso.

Nesse contexto, é interessante citar a previsão portuguesa sobre

2 O termo “bebê medicamento” está presente em artigos médicos e matérias de jornais. O Conselho Federal de Medicina não utiliza essa terminologia, contudo a descrição do procedimento refere-se a esses casos.

esses casos. Em Portugal, existe uma Lei³ que autoriza a utilização do diagnóstico genético pré-implantacional e cria um órgão denominado Conselho de Procriação Medicamente Assistida para fiscalizar e regulamentar diversos casos envolvendo as técnicas de reprodução assistida. Assim, esse Conselho emite resoluções que prevê como deve ocorrer o procedimento, sendo um ponto interessante a ser observado a necessidade de o casal requerer uma autorização perante o órgão para realizar a técnica, além do fato de que já consta uma lista de doenças pré-autorizadas para que não seja necessário requerer uma autorização antes do tratamento. No mais, o órgão apresenta uma série de questões a serem analisadas pelo médico, como o desejo do casal de ter outro filho independentemente da doença do primogênito.

Diante disso, pode-se observar que Portugal apresenta uma regulamentação muito mais detalhada em relação ao caso brasileiro e também tem uma legislação que prevê a possibilidade de geração dessas crianças, desde que sigam o determinado pelo Conselho.

Assim, é muito importante a discussão e limitação de forma legal, pois, caso não haja alguma forma de controle, essas seleções poderão caminhar para a eugenia. Esta é a escolha genética de caracteres. Analisada de forma isolada, até pode parecer que não encontra efeitos negativos, todavia não se deve iludir quanto ao assunto. A escolha de caracteres de forma desenfreada gera uma perda da identidade individual, quando alguém é gerado tendo em vista a vontade e o que outra pessoa considera melhor (HABERMAS, 2004, p. 86).

Interessante citar a comparação realizada por Jürgen Habermas

3 Em Portugal, a Constituição garante “a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica” (ASCENSAO, 2003). Isso mostra que a lei suprallegal lusitana já se preocupa com os avanços tecnológicos e como eles podem afetar o ser humano.

(2004, p. 85-87) sobre educação e seleção genética no caráter de aperfeiçoamento. Na educação, a criança é condicionada pelos ensinamentos realizados pelos outros, contudo, posteriormente, ela poderá questioná-los e mudar o que entende ser correto, assim, há a possibilidade de reflexão e mudança.

Porém, quando há uma mudança genética, não há a possibilidade de questionamento, mudança e compreensão por parte da criança que rejeita essa seleção, ela fica restrita ao desejo de seus pais. Por isso, essa criança está condicionada a uma situação irreversível que ela não pode compreender e não poderá ser o “autor único da sua vida” (HABERMAS, 2004, p. 87). Com isso, é muito importante que haja uma limitação dessas técnicas para que não rume esse sentido.

Jürgen Habermas (2004) também afirma que hoje, com o diagnóstico genético pré-implantacional, é difícil estipular uma fronteira entre os caracteres genéticos indesejados e a melhoria dos já existentes. Portanto, é essencial que haja o diálogo, que as pessoas discutam essas mudanças, a fim de que, no futuro, não tomem rumos indesejados e regulamentem-se as questões (HABERMAS, 2004).

Nesse sentido, transportando esses pensamentos para o contexto brasileiro, frisa-se que, nesse momento, exista uma discussão quanto aos casos dos “bebês medicamentos” porque o Conselho Federal de Medicina já se posicionou, mas de forma simplista. É necessária, pois, uma maior discussão envolvendo o legislativo, para que a questão fique devidamente regulamentada, nem que seja determinado que um órgão criará regulamentações específica, mas que esses casos entrem em discussão e a população se manifeste, pois os avanços ocorrem e, sem um devido diálogo, eles ocorrerão de forma desenfreada.

A preocupação com as questões éticas envolvendo os “bebês

medicamentos” e outras formas novas desenvolvidas pela medicina, como a intervenção no genoma, têm despertado duas atitudes nas pessoas: a primeira, de buscar cada vez mais as inovações, e a segunda, de maior receio e preocupação com as consequências (ASCENSÃO, 2003). Na visão de José Ascensão, tais condutas não são antagonônicas e permitiram a criação do princípio da precaução que visa impedir que o avanço gere consequências irreparáveis. Posto isso, torna-se mais evidente a preocupação e atenção que se deve ter com esses negócios, em função das consequências que os podem gerar.

Após essa breve apreciação da regulamentação médica do caso, deve-se observar, conforme já salientado, que a seleção embrionária e o caso dos “bebês medicamentos” não contêm normas jurídicas específicas. Todavia, devem ser realizados tendo como base um contrato de reprodução assistida, que representa um contrato de prestação de serviço no qual o médico deve selecionar o embrião desejado pelo casal e implantá-lo na mãe; a única diferença com o método da reprodução assistida refere-se ao fato de ter que ocorrer a seleção de um embrião com determinadas características.

Diante disso, nota-se que, no âmbito jurídico, esse caso é realizado na forma de um negócio que tem como parte os pais e o médico e seu objeto é a geração de um ser humano. Essa particularidade já se diferencia totalmente dos negócios jurídicos tradicionais, porque era descabido um negócio jurídico cujo objeto é o ser humano. Contudo, graças às mudanças na área da medicina, isso já é possível.

Não analisando mais o aspecto ético do caso, mas observando unicamente o conteúdo jurídico, nota-se, conforme exposto anteriormente, que se trata de um negócio biojurídico, como esse tipo deve seguir as normas gerais dos negócios e mais um enfoque para a dignidade da

pessoa humana.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, pode-se analisar que, no direito civil, houve uma superação do paradigma clássico, o qual compreendia que os negócios jurídicos tinham como base a autonomia da vontade e a força obrigatória. Assim, nesse período, o que estava previsto nos contratos era considerado lei entre as partes e esses negócios eram formados com fundamento na vontade dos contratantes, não havendo qualquer limitação dessa liberdade.

Todavia, esse modelo não prosperou, devido à constatação de que uma falta de limitação gerava relações desarmônicas. Assim, esse paradigma foi substituído pela visão contemporânea, que apresenta como entendimento que os negócios jurídicos devem ser limitados pelo Estado, tendo a parte um campo de atuação definido pelo órgão estatal. Portanto, a autonomia aqui é denominada autonomia privada.

Além dessa mudança na autonomia e nos negócios, os avanços científicos possibilitaram novas técnicas envolvendo o ser humano. Também com os movimentos sociais, houve a necessidade de se ampliar a noção de autonomia privada, porque o ser humano não deseja regulamentar apenas questões patrimoniais, mais todo o seu interesse, assim, hoje se fala em autodeterminação como a capacidade da pessoa de gerir os seus interesses.

Nesse contexto, surgem negócios jurídicos que não têm como matéria a questão tratada nos códigos, mas sim o ser humano. Esses negócios passam a ser denominado negócios biojurídicos. Essa categoria é possível de ser adotada e também importante, porque, primeiramente,

os negócios jurídicos no Código Civil constituem normas gerais, podendo haver negócios de cunho existencial, tendo em vista a sua especialidade. E, segundo, a denominação diferenciada desses negócios, tem como objetivo destacar que eles se diferenciam dos demais negócios jurídicos, devendo ter mais atenção que aqueles, pois envolvem o ser humano, sua personalidade e, conseqüentemente, sua dignidade.

Posto isso, um exemplo de negócio biojurídico é o de seleção embrionária para a geração dos “bebês medicamentos”. Eles são casos recentes que merecem destaque tendo em vista a geração de uma nova criança e seus direitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**- Introdução. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Intervenção no genoma humano. Validade ético-jurídica. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 63, v. 1, abr. 2003. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2003/ano-63-vol-i-ii-abr-2003/artigos-doutrinais/jose-de-oliveira-ascensao-intervencoes-no-genoma-humano-validade-etico-juridica/>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

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: 28 nov. 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e críticas à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais**. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121#search="reprodução assistida"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121#search=)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Os direitos da personalidade em defesa do embrião pré-implantado: a autonomia corporal. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. In: PONA, Éverton Willina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINE, Agnès. Esperando o Messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. **Mental**, Barbacena, v. 9, n. 17, p. 571-587, dez. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200005>. Acesso em: 4 out 2017.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado.

Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). **Negócio jurídico e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MOTES, Carlos Maluquer. **Derecho de la persona y negocio jurídico**. Bosh: Barcelon, 1993.

MOYANO, Loreto María Garcia et al. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. **Revista de Bioética y Derecho**, Baelona, n. 36, p. 55-66, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15376>>. Acesso em: 4 out 2017.

NICOLAU, Noemí Lidia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileiro. **Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Modena, v. 16, 2003.

NOGUEIRA FILHO, Luiz Nódgi. Estatuto ético do embrião humano. **Bioethikos**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 225-234, 2009. Disponível em: <<http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/71/225-234.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.**

Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada.**

Curitiba: Juruá, 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: Seleção Embrionária. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.244-271, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p244. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/02/2018.

Aprovado em: 23/05/2018.

**A NECESSIDADE DE PUBLICIDADE RESTRITA
DOS ATOS PROCESSUAIS NOS CASOS DE
PLANOS DE SAÚDE: EM PROL DA PROTEÇÃO
DA INTIMIDADE DOS USUÁRIOS**

**THE NEED FOR RESTRICTED PUBLICITY OF
THE PROCEDURAL ACTS IN THE CASES OF
HEALTH INSURANCE: FOR THE PROTECTION
OF CONSUMER'S INTIMACY**

Renata Oliveira Almeida Menezes*
Silvio Romero Beltrão**

Como citar: MENEZES, Renata Oliveira Almeida; BELTRÃO, Silvio Romero. A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.272-304, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p272. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os ideais democráticos presentes na Constituição de 1988 devem ser incorporados nas normas e na prática processual, especialmente não se justifica sacrificar a dignidade para o cumprimento literal das normas de direito processual. Como há casos em que a publicidade processual pode comprometer os direitos da personalidade, especialmente a intimidade, e como os riscos de transgressão a esses direitos são maiores quando se trata de lides envolvendo planos de saúde, o artigo tem como

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Doutora em Ciências Jurídico-Sociais em 2012 pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA- Argentina).
Mestre em Direito em 2015 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Especialista em Direito e Processo do Trabalho em 2008 pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (FACISA).
Graduada em Direito em 2007 pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).
Email: renattaolive@gmail.com

** Doutor em Direito em 2010 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Mestrado em Direito em 2004 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Especialista em Direito Médico em 2014 pela Universidade

objetivo verificar se é necessário se estabelecer a publicidade restrita dos atos processuais nos casos de plano de saúde. Para esse propósito, se utiliza o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais sobre o princípio da publicidade processual e os contratos de plano de saúde; e faz uso do método indutivo-dedutivo para confrontar a garantia processual em enfoque com o direito à intimidade.

Palavras-chave: Publicidade processual. Intimidade. Planos de saúde.

Abstract: Democratic ideals present in the Brazilian Constitution of 1988, should be incorporated into norms and into procedural practice, as it is not particularly appropriate to sacrifice dignity for the literal fulfillment of procedural law norms. As there are cases in which procedural publicity can compromise personality rights, especially the right to intimacy, and as the risks of transgression of these rights are even greater when dealing with healthcare plans, this paper aims to verify if it is necessary to establish restricted publicity of procedural acts in cases of health insurance. For this purpose, the scientific method chosen was qualitative studies, utilizing observation, collection and analysis of bibliographic and documentary data of the principle of procedural publicity and health plan contracts; and this research used inductive-deductive method to confront procedural guarantees in relation to

de Coimbra (UC- Portugal).
Especialista em Direito Público e Privado em 1999 pela Faculdade de Direito de Caruaru (FADICA).
Especialista em Direito Público e Privado em 1999 pela Faculdade de Direito de Olinda (AESO).
Graduado em Direito em 1993 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Email: silviorb@gmail.com
Minas Gerais (UFMG).
Email: fabio.queiroz@gmail.com

the right to intimacy.

Keywords: Procedural publicity. Intimacy.
Health insurance.

INTRODUÇÃO

Devido ao fato de as garantias processuais, dispostas na Constituição de 1988

(BRASIL, 1988), evidenciarem a incorporação dos ideais democráticos pela parte instrumental do Direito, há que se frisar que no cerne das normas infraconstitucionais, também de cunho processual, deve estar presente, ao menos implicitamente, o dever de respeitar os aspectos mais caros do constitucionalismo.

O Direito, que para fins didáticos, foi setorizado em ramos e dividido em direito material e processual, muitas vezes demanda do intérprete um esforço maior, por meio do uso do método hermenêutico da interpretação sistemática, para que seja mantida a sua coerência e homogeneidade.

Em relação à prática processual hodierna, verifica-se que direitos e princípios diretamente entrelaçados ao axioma maior do constitucionalismo humanitário, a dignidade, muitas vezes são sacrificados para que se cumpra a literalidade das garantias processuais; como se fosse possível se olvidar tanto que os procedimentos são estabelecidos visando a um objetivo específico, quanto que a burocracia processual só se justifica na busca da segurança jurídica em relação aos temas solidificados no direito material.

Tal embate mostra-se mais evidente no que tange o princípio da publicidade processual, visto que afora as exceções à sua aplicação previstas principalmente no Código de Processo Civil, ainda remanesce na prática uma incoerência e insegurança por parte dos aplicadores do direito em relação a restringir o acesso dos atos processuais nos casos em que a sua aplicação irrestrita coloca em risco os direitos da personalidade das partes do processo, e essa realidade mostra-se mais grave quando se trata de litígio de ordem consumerista.

Partindo-se da hipótese de que nas lides que concernem à saúde, direito fundamental, os riscos de se violar a intimidade são maiores, e

que essa vulnerabilidade se agrava quando o caso abarca relações de consumo; o presente artigo terá como objeto verificar se é necessário se estabelecer a publicidade restrita dos atos processuais nos casos de plano de saúde.

A pesquisa tem o intuito de contribuir para o debate e para a aproximação entre o direito material e o processual; além de buscar munir os magistrados do subsídio necessário para indeferir o acesso de dados personalíssimos às operadoras de planos de saúde e aos seus representantes. Para tanto, se utilizará o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais sobre o princípio da publicidade processual e os contratos de plano de saúde; e far-se-á uso do método indutivo-dedutivo para confrontar a garantia processual em enfoque com o direito à intimidade.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE PROCESSUAL

Como decorrência do estabelecimento do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, emergiu a necessidade de se buscar transparência nos atos processuais, e de garantir o direito à informação para aqueles que se sujeitam à atividade jurisdicional; foi com base nessa demanda que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da publicidade dos atos processuais, figurando também em sede infraconstitucional, especialmente no artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015.

Seguindo a lógica da ética de Kant, que asseverava «*tudo que não puder contar como fez, não faça*» se pode afirmar que a garantia à publicidade processual ao ter como consequência imediata a ampla

divulgação dos atos processuais públicos, visa alcançar a principal finalidade – sendo esta mediata – uma justa atuação de todos os agentes processuais, incentivada pelo receio de que um ato fora das expectativas legais seja passível de divulgação e de um provável dever de reparação.

Nessa perspectiva, os atos de autoridade quando exercidos por delegação popular, não devem ser pautados em premissas de índole potestativa, mas sim, de índole cognitiva, passíveis de demonstração e controle, já que o ideal da publicidade processual ombreia-se com as demais garantias processuais, em busca da revelação transparente da jurisdição civil para os olhos dos verdadeiros detentores da soberania e do poder do Estado, o povo, buscando permitir a este, uma efetividade do exercício do contraditório (ALMADA, 2005, p. 16). Ademais, a publicidade serve de instrumento de eficácia da garantia da motivação, já que tem intrínseca relação com regra da motivação das decisões judiciais, visando tornar efetiva a participação no controle dessas mesmas decisões (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 88).

Busca-se, então, por meio da publicidade dos atos processuais, um devido processo legal justo e transparente, e salienta-se que caso os ideais não se concretizem, deve haver engajamento para que o contraditório seja exercido de forma satisfatória. Para que esse controle seja eficaz, além do acesso ao conteúdo dos autos do processo, se mostra necessário que se respeite o dever de motivação das decisões judiciais, para que se possa utilizar do raciocínio lógico e organizado inerente às ciências, principalmente às Ciências Jurídicas, em prol da elaboração da contraposição ao posicionamento discordante.

2 A INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os sistemas jurídicos são lógicos, contendo proposições, regras, que verificam as situações da vida, marcando o que deve ser jurídico, restringindo, pois, a liberdade social. Nessa acepção, a função social do Direito é efetuar a valoração dos bens da vida e dos interesses, para regular a distribuição dos mesmos entre os homens (MIRANDA, 1983, p. ix). Ao valorar tais bens, com base na consagração da dignidade como núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, foi atribuída à intimidade a designação de espécie de garantia fundamental, no artigo 5º, X, ao lado da garantia à vida privada, honra e imagem das pessoas, dotando-a, pois, das características inerentes a todos os direitos dessa classe, inclusive a universalidade.

No rol desses direitos, mostram-se de grande importância os que dizem respeito ao resguardo da privacidade, os quais em âmbito constitucional figuram entre os direitos e garantias individuais contidos no art. 5º, X, da Constituição Federal, e que no plano privado, na qualidade de direitos da personalidade, passam por distintas classificações doutrinárias.

A título de exemplificação, Lôbo (2015, p. 139) entende ser o direito à privacidade gênero, no qual se incluem as espécies: direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. Em contraposição, Bittar (1995, p. 102) entende ser o direito à intimidade o gênero, que engloba o resguardo à privacidade, à imagem, ao segredo, entre outros. Sobre as divergências, Lewicki (2003, p. 31) sintetiza que esses direitos se tratam de um conglomerado que abrange interesses diversos interligados à proteção da vida privada.

A amplitude do conceito de privacidade não comporta uma definição exaustiva, mas diz respeito a uma esfera dentro da qual todos podem esforçar-se para livremente desenvolverem suas respectivas personalidades (KILKELLY, 2013, p. 10). Adotando-se a primeira

classificação mencionada, entende-se que a espécie direito à intimidade concerne a acontecimentos, fatos e situações que a pessoa pretende manter sob seu domínio exclusivo, incluindo-se sob a sua tutela os dados e documentos cuja revelação seja capaz de causar constrangimento (LÔBO, 2015, p. 140).

Nesse rol de documentos que devem ser preservados em respeito à intimidade dos indivíduos, merecem destaque aqueles que portam informações sobre a saúde, a exemplo da documentação que compõe o processo clínico; e aqueles que compõem processos judiciais que têm como objeto contratos de plano de saúde ou de seguro de vida, já que nestes casos, costumeiramente na causa de pedir são discutidas questões particulares e íntimas sobre o quadro de saúde do contratante. Sob essa perspectiva, já se verifica que ao se proteger a intimidade de alguém, indiretamente se tutela a sua dignidade.

3 A INTIMIDADE COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

3.1 A Intimidade como Exceção ao Princípio da Publicidade no Novo Código de Processo Civil

Da análise sistemática dos incisos XXXIII, XXXIV, b e LX do artigo 5º, somando-se ao art. 93, XI, todos da Constituição Federal, se pode verificar, respectivamente, que ao passo que se preconiza tanto o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral; quanto o direito a obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; se alerta que é possível haver restrição da publicidade dos atos processuais, fundada na defesa da intimidade ou do interesse

social e público (BRASIL, 1988).

Consoante com tais dispositivos, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seu artigo 8º, que é dever dos magistrados no momento de aplicação do ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, preservar dentre outros valores, a publicidade (BRASIL, 2015). Trata-se de uma inovação, se for feita uma comparação com o CPC de 1973, mas que na verdade reproduz texto já previamente presente no ordenamento brasileiro, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Dessa forma, à medida em que se reconhece que o princípio da publicidade se trata de uma garantia preciosa inerente ao indivíduo em relação ao seu exercício de jurisdição, “o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 75) já se alerta para a possibilidade de ao adentrar no campo da eficácia jurídica, seus efeitos incidirem na esfera mais cara do constitucionalismo, na dignidade da pessoa humana, base para o direito da personalidade à intimidade, mostrando que a administração da Justiça no Estado Constitucional vigente deve ser responsável.

Desta feita, a justiça jurídica é uma, sendo, pois, inconcebível separar a aplicação no campo processual dos efeitos no direito material, fator que evidencia o porquê de constar no rol de exceções à garantia processual, a proteção à intimidade, direito cada vez mais vulnerável na sociedade contemporânea, que expressa um excessivo desejo de ingerência na vida alheia, especialmente em ambiente virtual.

Na sociedade dita da informação, é necessário que se repense como esse princípio deverá ser levado a cabo, como lidar com a

publicidade excessiva que vem ocorrendo hodiernamente e que se agrava com a inserção do Processo Eletrônico no sistema processual (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 270).

Com base nessa preocupação, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010, alterada pela Resolução nº 143 de 2011, com o fito de tratar sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, enfatizou o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse, com exceção dos casos de sigilo ou segredo de justiça; além de ter ratificado que exercício da transparência não deve se contrapor à preservação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (BRASIL, 2010).

Acerca do tema, uma das novidades da legislação processual que merece destaque é a inserção do artigo 194 do novo CPC, instituído pela Lei 13.105 de 2015, segundo o qual devem prevalecer a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e procuradores, mesmo mediante os sistemas de automação processual. O fato de não haver no Código de 1973 dispositivo correspondente, já demonstra uma louvável preocupação do legislador em resguardar a garantia processual em questão, na vigência da realidade da sociedade de informação. A preocupação em relação à preservação da garantia processual em estudo, se mostra evidente também no artigo 26, também sem correspondência no Código de 1973, o qual disciplina que no âmbito de cooperação jurídica internacional deve ser observada a publicidade os limites das legislações dos Estados envolvidos.

Em comentário ao artigo 194, Donizetti (2017, p. 299) alerta que para seja cumprido o princípio da publicidade e seja de fato permitido o acesso e a participação das partes e dos procuradores no processo, é necessário que se garanta a disponibilidade, ou seja, a não interrupção do acesso. O fato de não se poder garantir seguramente essa estabilidade, fez com que o CPC estabelecesse, no artigo 197, parágrafo único, que se trata de justa causa para a não realização de ato processual dentro do prazo legal ou judicial a ocorrência de problema técnico do sistema e de erro ou omissão do auxiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos.

Cumprido ressaltar que também o processo arbitral pode ser sigiloso, e que apesar de não ser um pressuposto para o seu estabelecimento, é bem comum que se preconize o seu sigilo restrito à publicidade externa. Como trata-se de exercício da jurisdição por órgão não-estatal, cujo objeto envolve situações jurídicas disponíveis titularizadas por pessoas capazes, como demonstra a concretização do direito fundamental à preservação da intimidade, não há problema em estabelecer o seu sigilo, com exceção de quando a arbitragem envolve entes públicos (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 86).

Com sutis alterações estilísticas, o artigo 404 e incisos do novo CPC manteve o conteúdo que já havia sido disciplinado no diploma anterior, no artigo 363 e incisos, estabelecendo em um rol exemplificativo, as hipóteses justificáveis de recusa, pela parte ou por terceiro, de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa, merecendo destaque nesse rol, a possibilidade de se evitar a publicidade para preservar a honra da parte, de terceiro, de parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau. Apesar de honra e intimidade serem conceitos que tecnicamente não se

assemelham, não se pode negar que ao se preservar a honra, se tutela, por consequência a intimidade, sendo esta, bem mais abrangente.

3.2 A Relatividade das Exceções à Publicidade dos Atos Processuais

As hipóteses de recusa não são absolutas, cabe ao juiz analisar os motivos apresentados pelo requerido, confrontando-os com a importância da prova no contexto do litígio e com a própria natureza e objeto da discussão travada nesse processo; em alguns casos há a possibilidade de mesmo se reconhecendo a relevância da escusa, relativizar o seu alcance (TABOSA, 2005, p. 1152). Entretanto cumpre ressaltar que o processo não é um fim em si mesmo, fala-se que a norma processual é instrumental justamente porque deve servir de instrumento para se alcançar o mérito, posto isto, urge enfatizar que a relativização da recusa não deve macular a parte mais importante do constitucionalismo humanitário.

Desta forma, considerando-se a clara concorrência deontológica entre os princípios processuais, em relação aos quais não há precedência ou preferência, já que visam otimizar a tutela dos direitos fundamentais (ALMADA, 2005, p. 155), cada uma das garantias processuais indiretamente protege uma grande gama de direitos estritamente relacionados com a dignidade.

Pode-se, pois, afirmar que uma eficácia da dignidade da pessoa humana no processo civil, não se confunde com a eficácia do devido processo legal, conforme expressa Didier Júnior (2016, p. 77):

Não conseguimos vislumbrar diferenças nem no âmbito de aplicação nem nas consequências da aplicação; é como se quiséssemos considerar como distintos dois conjuntos que possuem o mesmo conteúdo - se $A=B$, então A não pode ser distinto de

B, como afirma o princípio lógico da não-contradição. Em um primeiro momento, parece estarmos diante de um caso em que, a despeito de nomes diferentes, há uma mesma norma jurídica. Mas é certo que a referência à dignidade da pessoa humana pode ajudar na reconstrução de novos sentidos ao devido processo legal. A argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode, com o perdão pelo truísmo, ajudar na humanização do processo civil, ou seja, na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, assim, ilumina o devido processo legal.

Posto isto, cumpre realçar que é impraticável se interpretar o Direito como se cada um dos seus ramos fosse um todo a parte, os ramos se entrelaçam e o direito processual é responsável por traçar as diretrizes que devem ser seguidas para que o direito material se concretize, de modo que há de se asseverar que se no centro do constitucionalismo brasileiro encontra-se o princípio fundamental da dignidade humana, é injustificável qualquer lógica processual que defenda qualquer princípio prático em detrimento do maior princípio de cunho material. Se ao se proteger a intimidade se preserva, por decorrência, a dignidade do indivíduo, justificável e bem embasado se mostra o fato de a intimidade figurar dentre as exceções ao princípio da publicidade processual.

4 CAPACIDADE DE SER PARTE E AS JUSTIFICATIVAS PARA A PUBLICIDADE RESTRITA DOS ATOS PROCESSUAIS

Ao se contrapor à obscuridade da prática jurisdicional, se busca, como já foi referido, justiça e logicidade dos atos processuais, entretanto, à luz justamente da persecução de uma prática justa do Direito há de se

ater ao respeito aos direitos fundamentais e da personalidade no momento de aplicação dos preceitos de natureza material. Sob esse viés, há casos em que o princípio da publicidade não deve consistir em divulgação irrestrita do conteúdo dos atos do processo, mas sim, deve se conformar em repercutir no acesso exclusivo às pessoas ou entes diretamente interessados, ou seja, às partes que têm capacidade de ser parte.

Mello (2014, p. 141) defende que apesar de a capacidade processual ser definida por alguns processualistas como capacidade de ser parte, na verdade, se caracteriza pela possibilidade de alguém ou algo se fazer presente pessoalmente em juízo, ou seja, sem que necessite de representação. Verifica-se que o autor enxerga na capacidade processual um entrelace íntimo com a capacidade de fato, a qual consiste em ter aptidão para fazer uso dos direitos na vida civil, desprovido de necessidade de assistência ou representação (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 5), desse modo, com o intuito de garantir o acesso à tutela jurisdicional a todos, há os institutos da decisão apoiada, da representação, da assistência e da curadoria para permitir que sejam sujeitos aquelas pessoas que não têm capacidade processual.

Considerando-se que “a capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte (personalidade judiciária), mas a recíproca não é verdadeira. Nem todos aqueles que detêm personalidade judiciária gozarão de capacidade processual” (DONIZETTI, 2017, p. 130), pode-se afirmar que as restrições do acesso ao conteúdo dos atos processuais, quando aplicáveis, atingem aqueles que naquele processo específico não possuem capacidade para representar seus interesses em juízo sem auxílio ou representação de terceiros.

Ora, se publicidade deve “robustecer a confiança no Poder Judiciário, a garantir o controle dos atos do processo” (MOUZALAS;

TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 52), não se há como confiar em um sistema processual sem se ter a segurança que os valores mais caros do constitucionalismo serão respeitados quando há a instauração de um processo. Não há fins que justifiquem a devassidão da intimidade humana sob o olhar passivo do Poder Judiciário, a postura dos magistrados deve ser ativa para que ao passo em que busca um devido processo legal célere e efetivo, não se esqueça de atentar para o fato de que as partes são pessoas, e como tais, têm valores personalíssimos a serem respeitados prioritariamente.

A publicidade processual tem duas dimensões, uma interna, que se aplica às partes, é bem ampla e fundamentada no devido processo; e uma externa, que se trata da publicidade para terceiros, a qual pode ser restringida em alguns casos (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 86), principalmente nos casos em que torna passível a transgressão da intimidade, conforme verificado anteriormente. Desta forma, conforme afirma Roselló (2011), a publicidade para as partes ou a publicidade interna implica que toda a atuação do tribunal, do juiz ou da parte adversária deve ser conhecida pela parte, em contraste com a publicidade geral, que se refere ao acesso por pessoas não interessadas diretamente no processo.

Vê-se que a dimensão interna apresenta uma publicidade, em regra, restrita às partes e seus representantes, que garante aos interessados o direito de se munirem de informações suficientes para as contra-argumentações e para rever as decisões judiciais, quando necessário for, e exclui os indivíduos alheios ao processo de fazerem esse acompanhamento. Excepcionalmente é possível que mesmo em face de um caso de publicidade restrita, se amplie o acesso aos atos para um grupo específico de interessados, mas ainda assim será considerada

restrita em relação ao povo em geral.

Seguindo esse raciocínio da possibilidade de publicidade restrita, os enunciados 263, 264 e 265, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, defende, respectivamente, que a juntada de decisão não implica necessariamente em publicidade para terceiros; prevê que nos casos de intimações ocorridas exclusivamente eletronicamente, permanece a garantia da ampla publicidade, exceto por força de segredo de justiça (ENUNCIADOS..., 2016); esclarece ser possível haver confidencialidade transitória em relação aos documentos dispostos no processo eletrônico.

Há de se ponderar, no entanto, que a dimensão externa da publicidade tem a sua razão de existir, o conhecimento público dos atos processuais ressalta o caráter de garantia política, torna mais plural as iniciativas de controle; contribui para a discussão doutrinária e acadêmica sobre os casos; pode servir de estímulo para a provocação da jurisdição por parte de pessoas que se encontrem em situações semelhantes ao caso concreto em análise, entre outros fatores.

Os fundamentos para a publicidade restrita em casos determinados têm intersecção com as justificativas para as exceções à aplicação do princípio da publicidade, e no cerne desses fundamentos encontra-se a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva se pode asseverar que:

Publicidade, como garantia política - cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 77).

Deste modo, ao mesmo tempo em que não se contribui para a segurança jurídica quando se deixa aberto o leque de possibilidades em que se poderá aplicar a publicidade restrita, garante que o Direito passe por uma constante atualização visando o alcance da efetividade dos seus preceitos; para tanto o princípio da proporcionalidade aplicado aos casos concretos será de grande valia.

5 CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E OS RISCOS À INTIMIDADE DEVIDO À PUBLICIDADE PROCESSUAL

5.1 Disposições Gerais sobre os Contratos de Plano de Saúde

Apesar de haver disposição constitucional expressa, artigo 196 da CF/1988, que preceitua ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, sem ressalvas explícitas, na prática seja devido à aplicação do princípio da reserva do possível, seja por haver uma insatisfação qualitativa ou quantitativa em relação aos serviços ofertados, é comum a pactuação de contratos de plano de saúde, de cunho eminentemente privado, regidos por Direito do Consumidor e regulamentado por lei específica, Lei 9.656 de 1998 e pela lei geral, o Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se, pois, da execução de serviços de saúde por terceiros, instituições privadas, e suplementar àquela ofertada pela Administração Pública, conforme dispõem os artigos 197 e 199 da Constituição Federal; ou seja, é atuação complementar e paralela àquela feita pelo Sistema Único de Saúde. Essa prestação é fiscalizada pelos órgãos de proteção ao consumidor e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, agência reguladora, vinculada ao Ministério da Saúde, com atribuições

de regulação, normatização, controle e fiscalização do setor de planos de saúde.

Há que se atentar que o Setor Privado de Saúde no Brasil possui dois seguimentos, um lucrativo e outro não lucrativo. O primeiro é representado pelo Sistema Supletivo de Assistência Médica, e abrange a medicina de grupo, as cooperativas médicas, o seguro-saúde, a autogestão e os planos de administração; ao passo que o sistema não lucrativo reúne principalmente instituições filantrópicas, com alguns entes com vinculação ao SUS, por meio de contratos de prestação de serviços (CATÃO, 2011). No Sistema de Saúde Suplementar a remuneração de médicos e hospitais ocorre com base no sistema *fee for service*, a remuneração é feita conforme os serviços são prestados – consulta, procedimentos ou conjunto de procedimentos (CARLINI, 2014, p. 95-96).

Desta forma, o Direito da saúde, entendido como conjunto de regras e princípios disciplinadores de relações jurídicas sanitárias ou de saúde, abrange dois grupos de relações jurídicas: aquelas que têm como objeto o tratamento da pessoa, considerada em sua individualidade; e as que objetivam salvaguardar a saúde pública, como bem transindividual da comunidade (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 19). Dependendo do tipo de prestação e de relação jurídica estabelecida, é possível haver diálogo entre outros ramos do Direito, público e privado, especialmente com Direito Constitucional, Administrativo, do Trabalho e Econômico, além de se correlacionar, por obviedade, com outras ciências, principalmente a Medicina e a Enfermagem.

Em meio à interdisciplinaridade que lhe é inerente, há que se frisar que a correlação desse Direito Sanitário com o Direito do Consumidor é patente, especialmente no que tange a atuação dos planos

de saúde e os direitos dos usuários. No Brasil há mais de cinquenta e dois milhões de contratantes de planos de saúde, que recorrentemente encaram exclusões de cobertura, rescisões unilaterais de contratos, abusividade na elaboração de cláusulas, irregularidades nos reajustes de mensalidades e interferências para restringir a liberdade dos profissionais da saúde (ROCHA, 2011, p. 31-32). É por tal razão que a súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça ratifica a aplicação do CDC a esses contratos, e que justificável é o fato de o artigo 4º, do mesmo diploma, estabelecer que um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo é o respeito à dignidade e saúde do consumidor (BRASIL, 2010).

É por tal razão, que se pode afirmar que os contratos de plano de saúde são contratos de cooperação e solidariedade, porque a essência dele é o vínculo recíproco de cooperação, com base na consciência da interdependência de cada um dos seus participantes, e a consciente necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, qual seja, a manutenção de uma relação de apoio e de adesão ao objetivo compartilhado (MARQUES, 2016). Apesar desses ideais serem legítimos e serem plenamente compatíveis com os ideais humanitários incorporados pela Constituição de 1988, a prática social mostra que a cooperação e a solidariedade dificilmente sobrevivem em face dos anseios mercantilistas dos fornecedores de planos de saúde.

Assim como a maioria dos pactos consumeristas, os contratos de plano de saúde geralmente são formados por meio de adesão, mas o fator que realmente agrava a vulnerabilidade dos usuários consumidores é o fato de serem pactos de longa duração, que se prologam no tempo; seja com a disponibilidade prévia dos serviços a serem aleatoriamente necessitados pelo contratante, seja pelo reembolso de eventuais despesas efetuadas em casos de emergência.

Como é comum haver prazo de carência para o acesso a certos serviços e tratamentos, o contratante tem a tendência de ficar refém do que fora pactuado previamente, porque com o avançar da sua idade, elaborar um novo contrato, com um outro fornecedor, tende a ficar excessivamente oneroso para o usuário, resultando em uma verdadeira estabilidade contratual, com contestável aplicação plena do princípio da autonomia da vontade.

Esses contratos ao se tornarem os usuários cativos dos termos assinados, por muitas vezes fazem com que o consumidor apesar de não se sentirem envolvidos pela confiança, não suscitem a exceção do contrato não cumprido por violação dos deveres anexos de respeito à boa-fé objetiva e à confiança, o que implica na constante necessidade de fiscalização Estatal e de organizações de direito do consumidor, para que não permitam a violação dos direitos fundamentais e da personalidade nessas relações jurídicas.

5.2 Publicidade Processual Versus Proteção da Intimidade do Contratante de Plano de Saúde

A importância social e econômica dos contratos de plano de saúde deve-se principalmente a três características peculiares: caráter vital da prestação principal do consumidor; proteção da pessoa humana, já que seu interesse útil se revela na promoção e preservação da vida e saúde do consumidor; e durante sua execução, em muitos casos verifica-se a agravamento da vulnerabilidade do consumidor, por causa da enfermidade e da necessidade de obter meios para tratamento (MIRAGEM, 2016). Vê-se que em todos os aspectos, há uma intersecção, a proteção indireta da dignidade do consumidor do plano de saúde.

Essa vulnerabilidade enfrentada pelo usuário de plano de saúde, que inicialmente é duplamente facetada, por ser consumidor e por utilizá-lo em meio à enfermidade, pode se bifurcar em várias outras, como exemplo, por idade, por restrições financeiras para modificar o plano.

Tal realidade justifica a preocupação do legislador constituinte em estabelecer como um dos princípios gerais da atividade econômica, a defesa do consumidor, no artigo 170, V; em outros termos, pode-se dizer que não se pretende frear o progresso econômico, mas que não há evolução que justifique o sacrifício das partes mais fracas em um contrato, principalmente em relação aos seus direitos humanos que durante a fase de enfermidade ficam especialmente mais passíveis de violação.

Por isso que enquanto as operadoras de planos não atenderem espontaneamente as condições necessárias para prestar de forma adequada o relevante serviço da saúde, continuarão a serem fundamentais as atuações nos âmbitos administrativo e judicial, em busca da adequação dos contratos de plano de saúde à sua função social (MOUREIRA, 2015).

Se a provocação da jurisdição é o meio para que se busque efetivar a justiça, nos casos em que esta não se realiza pelas partes espontaneamente no âmbito social, não se pode conceber que as pessoas potencialmente lesadas se abstenham de acionar o Poder Judiciário para não correrem o risco de terem a sua intimidade violada.

Para que haja de fato um acesso à justiça condizente com as demais garantias processuais mister é que se busque uma compatibilização entre as necessidades de publicidade dos atos processuais e a preservação dos direitos da personalidade dos sujeitos do processo. Viu-se que a intimidade é uma das exceções à publicidade do processo, e que quando há risco de ser maculada, se restringe a publicidade para aqueles diretamente interessados, mas não se tratou dos casos em que os dados

a integrarem ou já integrados ao processo contêm dados de índole tão personalíssima que não deveria caber à outra parte litigante ter acesso.

Uma alternativa plausível para a solução do problema em tela mostra-se na adaptação do conceito de publicidade restrita ou interna dos atos processuais, que conforme foi visto, consiste em restringir, em certos casos, o acesso às informações mais específicas do processo às partes e seus representantes; no entanto a mera aplicação desse axioma não resolve a questão, porque há litígios sobre planos de saúde em que para o paciente o simples fato de o fornecedor e seus representantes terem acesso aos seus dados de saúde já transgride a sua intimidade, de modo que se torna insuficiente apenas a restrição ao povo em geral, àqueles que não são sujeitos do processo.

Desta feita, considerando-se dois preceitos estabelecidos no Novo Código de Processo Civil - o dever dos magistrados de atenderem aos fins sociais e às exigências do bem comum, e a intimidade como exceção ao princípio da publicidade - se propõe que a publicidade restrita seja subdividida em duas: *publicidade restrita ordinária* e *publicidade restrita personalíssima*. A publicidade restrita ordinária diz respeito à manutenção do acesso aos autos processuais para todas as partes e seus representantes; e a publicidade restrita personalíssima implica que os dados de alta intimidade da parte envolvida fiquem acessíveis exclusivamente para o magistrado e seus assessores, fazendo com que a parte adversária tenha acesso ao conteúdo de forma mediata, após a triagem do juiz, depois de proceder à omissão dos dados personalíssimos.

É evidente que esta proposta demanda um esforço maior por parte do magistrado, para conseguir proteger a intimidade da parte litigante ao mesmo tempo em que preserva, em relação à parte contrária, o direito de defesa, com o contraditório e a paridade de armas. Ademais,

apesar de antecipadamente já se saber que nas instâncias superiores a quantidade de magistrados e assessores a terem acesso aos autos seja maior, ainda assim se sustenta que o esforço em não conceder em certos casos, dados personalíssimos de um litigante à parte contrária se justifica pelos valores em que se funda.

Os litígios que envolvem planos de saúde servem perfeitamente para sustentar essa possibilidade excepcionalíssima, pois a parte contrária ao usuário é fornecedor de serviços, hipersuficiente, adepta à lógica mercantilista, de modo que injustificável se mostra forçar uma exposição demasiada do quadro clínico do consumidor enfermo, dos dados do seu processo clínico, para que o plano cumpra obrigações inerentes a esse contrato aleatório. Ora, se a álea faz parte do contrato de plano de saúde, não é razoável que quando não favoreça ao fornecedor, o consumidor se veja obrigado a despir de sua intimidade clínica para que receba o tratamento necessário.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE CASOS DE NEGATIVA DE COBERTURA

No rol das principais causas de pedir envolvendo plano de saúde, ao lado de reajuste abusivo, de cláusula abusiva, pedido de reembolso, merece destaque quando o tema envolve a intimidade e a dignidade do paciente, os casos de negativa de cobertura. É nesse sentido que o ministro relator Sidnei Beneti expressou que:

Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de

seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada (BRASIL, 2011).

Com a mesma coerência de raciocínio, em sede de agravo de instrumento, foi decidido que:

PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. QUEBRA DA CONFIANÇA DEPOSITADA. RECURSO PROVIDO. 1. Inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana e concretizando o emprego dos direitos e garantias fundamentais no setor do direito privado, editou-se a Lei nº 9.656/98, que dispõe acerca dos planos e seguros privados de assistência à saúde. Dentre outras determinações, a mencionada lei impõe a obrigatoriedade da cobertura do atendimento no caso de emergência. 2. Em observância ao princípio da boa-fé objetiva, em consonância com o art. 4º, inciso III e art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor e ainda em harmonia com o art. 170 da Constituição Federal, deve haver equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, extirpando do ordenamento contratual qualquer obrigação que seja abusiva ou desproporcional. 3. Configura quebra da confiança depositada, portanto, a negativa de autorização do serviço médico recomendado ou até mesmo a demora desarrazoada em autorizá-lo, pois privilegia o caráter patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa. 4. A conduta da operadora do plano de saúde transgrediu o princípio da boa-fé

objetiva, porque não observados os deveres anexos, especialmente o de agir conforme a confiança depositada. Com efeito, o contratante de planos de assistência à saúde despende, mensalmente, quantia considerável com o fito de - em situações de emergência, como no caso dos autos - receber atendimento médico imediato e de qualidade. 5. Recurso Provido (DISTRITO FEDERAL, 2015).

A análise casuística faz-se necessária, pois não é a todos os contratos envolvendo planos de saúde que se fará necessária haver a publicidade restrita ordinária, e menores são as quantidades das hipóteses em que será necessário a publicidade restrita personalíssima.

Para que se comprove que realmente é necessário se restringir a publicidade dos atos processuais de forma mais extrema à concepção clássica, cumpre analisar alguns casos concretos:

A) Negativa de cobertura de prótese peniana ¹

B) Negativa de cobertura de acompanhamento de filha em UTI neonatal ²

1 Seguro saúde fornecimento de prótese peniana recusa de cobertura pratica abusiva clausula limitativa dano moral seguro saúde - cirurgia e internação hospitalar - colocação de prótese peniana material indispensável ao êxito cirúrgico - cláusula de exclusão - abusividade - danos morais configurados - precedentes jurisprudenciais. O material indispensável ao êxito do ato cirúrgico, como no caso de implante de prótese peniana, não pode ser excluído da cobertura prevista para a cirurgia de prostatectomia radical. A injusta recusa da Seguradora de Plano de Saúde em custear o material necessário à cirurgia enseja reparação moral, ante a insegurança e aflição impostas ao paciente. Desprovimento do recurso. (TJ RJ –Apelação N°. 1.0105.09.316466-0/001(1) - Rel. Des.(a) Carlos Eduardo Passos Julgado - 27/04/2011 - DJe 25/05/2011) - 7ª Câmara Cível

2 Agravo regimental no agravo em recurso especial. plano de saúde. nulidade de cláusula contratual. tratamento de urgência. Acompanhamento de recém nascida internada em uti. cumprimento função social do contrato. aplicação do cdc. precedentes. Agravo a que se nega provimento. 1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. 2. O Tribunal de origem considerou indevida a recusa de cobertura financeira do plano

- C) Negativa de cobertura de radioterapia tridimensional ³
- D) Negativa de cobertura de transplante de pâncreas ⁴
- E) Negativa de cobertura de quimioterapia ⁵

Em comentário aos casos acima, poder-se-ia inferir que o caso A, da negativa de cobertura de prótese peniana, seria mais vexatório que as recusas em relação às hipóteses B, C e D – acompanhamento de filha, radioterapia, transplante e quimioterapia; assim como se poderia julgar que a falta de humanidade e empatia por parte do fornecedor se torna mais

de saúde à autora, ora recorrida, para acompanhar sua filha recém-nascida internada em UTI neonatal, visando a manutenção do aleitamento materno. 3. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, impõem reexame de todo âmbito da relação contratual estabelecida e incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg. no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 618.631 – SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data: 20/02/2015).

- 3 Direito do consumidor. plano de saúde. Negativa de cobertura. radioterapia tridimensional. Previsão. Cláusula genérica. Interpretação favorável ao consumidor. Exegese do artigo 47 da legislação consumerista (BRASIL, 1990). Existindo cláusula no plano de saúde contrato prevendo genericamente o procedimento médico necessário ao tratamento de saúde, não pode a Unimed negar a autorização para acesso ao processo destinado à cura do contratante. “Eventual dúvida interpretativa de cláusula contratual resolve-se em favor do beneficiário do plano de saúde (CDC, art. 47)” (Apelação Cível n. , de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j em 21-I-2011).
- 4 PLANO DE SAÚDE — Transplante de pâncreas - Demonstração de melhor e única terapêutica com chance de cura da doença de diabetes mellitus TI do autor - Negativa de cobertura - Cláusula de exclusão - Limitações constantes no contrato que constituem prática abusiva, fundada no abuso do poder econômico, em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor - Contrato de adesão - Nulidade da cláusula restritiva - Precedentes desta corte - Dano moral não configurado - Recursos desprovidos. (TJ/SP - APELAÇÃO N. 994.07.119502-0, Des. Rel. Milton Carvalho – 7ª Câmara de Direito Privado - julgado em 24.11.2010).
- 5 PLANO DE SAÚDE. negativa de cobertura para tratamento de quimioterapia oral. beneficiário portador de neoplasia maligna de estômago - negativa de cobertura para tratamento de quimioterapia fora do ambiente hospitalar ou ambulatorial inadmissibilidade - precedentes - decisão mantida recurso improvido. É irrelevante a existência de cláusula de exclusão de cobertura em relação ao medicamento utilizado fora do regime de internação hospitalar ou fora do atendimento ambulatorial, pois a utilização do medicamento “Glivec” corresponde ao próprio tratamento de quimioterapia, que está coberto pelo contrato firmado pelas partes. A jurisprudência deste Tribunal já se manifestou no sentido da abusividade da cláusula limitativa, considerados os artigos 47 e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. (TJ/SP - APELAÇÃO N. 990.10.503394-6, Des. Rel. Jesus Lofrano – 3ª Câmara de Direito Privado - julgado em 30.11.2010)

gritante em relação ao caso B, já que se está negando acompanhamento, e conseqüentemente, se nega o aleitamento materno a uma criança recém-nascida. Entretanto, o que há de se asseverar é que a defesa da intimidade transcende o conceito de honra objetiva e subjetiva, se amplia a ponto de abarcar todos os documentos que compõem o processo clínico: prontuário, fichas, anotações médicas em outros documentos, atestados, prescrições médicas, etc.

Sob a égide desse raciocínio, é possível se defender que para as cinco hipóteses, a aplicação do princípio da publicidade dos atos processuais só se coadunaria com a teoria dos direitos fundamentais e com a proteção consumerista do vulnerável se a parte contrária tivesse acesso apenas mediato aos processos clínicos, ou seja, se se aplicasse a publicidade restrita personalíssima, aqui proposta.

Em outras hipóteses, o acesso ao processo clínico é realmente dispensável, por ser irrelevante para a discussão, se podendo objetivamente resolver a lide, sem necessidade sequer de acesso mediato dos dados clínicos pela parte oposta, mesmo se tratando de lide em que na causa de pedir encontra-se a negativa de cobertura, como se verificará a seguir.

F) Negativa de cobertura de parto antes do período de carência ⁶

6 PLANO DE SAÚDE - legitimidade ativa - existência - carência - inobservância - parto prematuro - situação de emergência - cobertura obrigatória - sentença mantida 1) - Havendo relação jurídica entre as partes, tem a apelada legitimidade para ajuizar a ação de obrigação de fazer. 2)- A Lei 9.656/98, que rege os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê que o prazo máximo de carência para casos de urgência é de 24 horas e, ainda, que é obrigatória a cobertura do atendimento em casos de emergência que impliquem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente. 3)- Demonstrando-se a situação de emergência, parto prematuro com risco de morte para o recém-nascido, por meio de declaração de médicos, deve a seguradora custear a internação hospitalar e o procedimento cirúrgico e obstétrico necessário. 4)- Recurso conhecido e não provido. Preliminar rejeitada. (2009.0710335499APC – Des. Rel. Luciano Moreira Vasconcellos – 5ª Turma Cível – j. 07.12.2011.

Apesar de se tratar de uma situação extrema para a usuária do plano de saúde, em que se supõe que a mesma se encontrava sob forte pressão psicológica agravada pela negativa de cobertura de parto antes de período de carência, para que este caso seja elucidado não se requer acesso ao processo clínico da paciente, bastam comprovações de internamento e do estado gravídico, de modo que é a discussão sobre a legalidade ou não da recusa do parto não precisa afetar diretamente a intimidade da gestante.

G) Negativa de cobertura de cirurgia cardíaca ⁷

Embora diga respeito a uma situação de grande risco de morte para o paciente, a saber, cirurgia cardíaca para implantação de marcapasso, o cerne da questão é de natureza objetiva, interpretação das cláusulas contratuais, sendo de pouca relevância detalhes sobre o estado clínico do usuário do plano, bastando um laudo sucinto do seu médico ou da equipe de saúde que o acompanha, que ratifique a necessidade da cirurgia.

CONCLUSÃO

A necessidade de se estudar o Direito de modo sistemático é importante para se evitar que se estabeleçam teses extremamente

⁷ PLANO DE SAÚDE - Ação de preceito cominatório - Cirurgia cardíaca - Essencial implantação de marcapasso Cobertura recusada pelo plano de saúde, sob o fundamento de existência de cláusula contratual excludente Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, bem como da Lei 9.656/98, ainda que o contrato tenha se firmado em data anterior à sua vigência - Obrigação dos planos de saúde de oferecer aos antigos contratantes a opção da mudança de plano, adaptando o contrato à nova lei (art. 10 § 2º da Lei 9.656/98) Ausência de prova nos autos, cujo ônus incumbia à ré, de que fez a oferta e de que esta foi recusada pela autora Extensão das coberturas à luz da Lei 9.656/98 Trato sucessivo da relação Possibilidade de exclusão das despesas com o fornecimento de próteses não ligadas ao ato cirúrgico (art. 10, inciso VII), o que não é o caso dos autos Cobertura do marcapasso de rigor Ação procedente Recurso improvido. (TJ/SP - APELAÇÃO N. 9129171-42.2009.8.26.0000, Des. Rel. Paulo Eduardo Razuk – 1ª Câmara de Direito Privado - julgado em 6.12.2011)

apriorísticas absolutas, focadas em único segmento jurídico, mas incongruentes com os demais ramos. Seguindo esse raciocínio, se constatou a necessidade de se analisar o direito processual em consonância com o direito material; de modo mais específico, viu-se que o princípio da publicidade dos atos processuais deve ser compatibilizado com preceitos importantes dispostos no Direito Constitucional, Civil e do Consumidor; e que injustificável é qualquer lógica processual que defenda aplicação de qualquer princípio prático em detrimento da dignidade.

Verificou-se que ao passo que a garantia processual de publicidade dos atos processuais é importante para garantir a fiscalização dos atos judiciais e o exercício do contraditório, pode, paradoxalmente, prejudicar o acesso à justiça daqueles que se sentirem desestimulados a provocarem a jurisdição por receio de terem as suas intimidades violadas no curso do processo.

Constatou-se que como os planos de saúde são regidos por normas de direito do consumidor, compatíveis com a proteção aos vulneráveis prevista na Constituição; como abarcam matéria protegida pelos direitos fundamentais à vida e à saúde; e como lidam com processo clínico contido por informações personalíssimas ligadas aos direitos da personalidade, a realidade dos usuários de planos é de uma vulnerabilidade justificada por motivos múltiplos. Tal fator justifica a necessidade de uma preocupação mais específica destinada ao consumidor dessa relação.

Por fim, se pode asseverar que o fortalecimento da confiança no Poder Judiciário, uma das maiores metas do princípio da publicidade, requer a segurança dos valores mais caros do constitucionalismo no momento da realização dos atos processuais. É por tal razão, que se justifica, em casos excepcionalíssimos, a aplicação da publicidade restrita personalíssima, especialmente quando a lide disser respeito à negativa

de cobertura de plano de saúde, para se preservar o sigilo médico, por consequência, a intimidade e a dignidade do paciente usuário.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A teoria geral dos atos processuais praticados por meios eletrônicos, a partir de um novo CPC: uma nova ideia acerca da instrumentalidade das formas no procedimento eletrônico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t1_p267.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1409467 PR

2011/0103832-8. Relator: Ministro Raul Araújo. Recorrente: Unimed do Estado do Paraná Federação Estadual das Cooperativas Médicas Ltda. Recorrido: Gerson Coraiola. Brasília: STJ, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 469. **Diário da Justiça**, Brasília, Segunda Seção, j. 24.11.210, 6 dez. 2010.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do direito à saúde: uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade**. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 121, de 5 de outubro de 2010. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. AGI 20150020230054**. Relator Silva Lemos. Julgado em 25 nov. 2015. Diário da Justiça, Brasília, 11 dez. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/266512192/agravo-de-instrumento-agi-20150020230054>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2017.

ENUNCIADOS do fórum permanente de processualistas civis. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

KILKELLY, Ursula. **Le droit au respect de la vie privée et familiale**: um guide sur la mise de ouvre d l'article 8 de la Convention européenne des Droit de l'Homme. Allemagne: Conseil de l'Europe, 2003.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOUREIRA, Marta Rodrigues Mafféis. O contrato de plano de saúde e sua função social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 110, jan./dez. 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, Joao Otavio;

MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSELLÓ, Yaniuska Pose. Principio de publicidad en el proceso penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, julio 2011. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/13/>. Acesso em: 3 ago. 2017.

TABOSA, Fábio. **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Como citar: MENEZES, Renata Oliveira Almeida; BELTRÃO, Silvio Romero. A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.272-304, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p272. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/04/2018.

Aprovado em: 28/05/2018.

**TRABALHO DIGNO E A INTEGRAÇÃO
REGIONAL NO MERCOSUL:
O CASO DOS MIGRANTES VENEZUELANOS
NO ESTADO DE RORAIMA**

**DECENT LABOR AND REGIONAL
INTEGRATION IN MERCOSUR:
THE CASE OF VENEZUELAN MIGRANTS IN
THE STATE OF RORAIMA**

Juliane Caravieri Martins*

Como citar: MARTINS, Juliane Caravieri. Trabalho digno e a integração regional no MERCOSUL: O caso dos migrantes venezuelanos no estado de Roraima. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.305-332, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p305. ISSN: 2178-8189.

* Graduada em Direito em 2002 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito em Direito do Trabalho em 2005 pela Universidade Braz Cubas (UBC). Mestre em Direito em 2009 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutora em Integração da América Latina em 2014 pela Universidade de São Paulo (USP). Doutora em Direito em 2015 pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Email: julianecaravieri@gmail.com

Resumo: Na América Latina, a concretização dos direitos humanos trabalhistas encontra sérios entraves decorrentes do capitalismo global e excludente. Nesse contexto, é primordial o estudo do MERCOSUL e da incorporação das questões trabalhista e migratória na integração regional, sobretudo em face da presença expressiva de trabalhadores migrantes venezuelanos no Estado brasileiro de Roraima vivendo em condições subumanas. Esta situação não é apenas uma crise humanitária, mas tem raízes mais profundas no projeto integracionista do MERCOSUL que negligenciou, nas últimas décadas, a implementação de uma integração

regional social e trabalhista mais solidária no bloco, apesar da ampla tutela jurídica ao trabalho digno no sistema global de proteção aos direitos humanos. Tal situação se apresenta na atualidade como um paradoxo, pois traz entraves de diversas ordens (social, econômica, política etc.) para os caminhos a serem delineados na integração regional mercosulista neste século XXI.

Palavras-chave: Trabalho digno. Migrantes. MERCOSUL. Integração regional.

Abstract: In Latin America, the materialization of labor human rights faces serious obstacles stemming from global capitalism. In this way, this research examines MERCOSUR in the context of the incorporation of labor and migration issues in the regional integration of Latin America, especially given the significant presence of Venezuelan migrant workers in the Brazilian State of Roraima living in subhuman conditions. This situation is not only a humanitarian crisis, but has deeper roots in MERCOSUR's integrationist project, which neglected in the last decades the implementation of a more solid regional social and labor integration of rights in the bloc despite the wide legal protection of labor in the global system of human rights protection. Moreover, this situation today presents itself as a paradox, since it has obstacles of several orders (social, economic, political, etc.) that should have been outlined in the mercosurist regional integration

of the 21st century.

Keywords: Decent labor. Migrants. MERCOSUR. Regional integration.

INTRODUÇÃO

No marco do Direito do Trabalho, e muito mais amplamente no do Direito universal dos direitos humanos, a migração trabalhista é o exercício da liberdade de ir e vir, para o gozo do direito ao trabalho e do princípio da igualdade. Trata-se do direito a migrar para trabalhar em igualdade de condições com os nacionais do país de destino. [...] os direitos do trabalhador migrante derivam de sua condição de pessoa humana (de pessoa que trabalha ou que procura exercer seu direito à trabalhar), e não de sua nacionalidade, cidadania ou residência.

Oscar Ermida Uriarte (2002)

A internacionalização dos direitos humanos, vivenciada a partir de meados do século XX com fulcro nas normas dos sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos e no sistema jurídico da Organização Internacional do Trabalho, busca o resguardo ao trabalho digno e a proteção aos direitos da pessoa humana trabalhadora apesar das adversidades impostas pelo capitalismo global e excludente.

É notório que o trabalho do homem não se confunde com a atividade exercida pelos animais de modo instintivo para sobreviver, pois ao final do processo do labor, surge um resultado que já estava arquitetado idealmente na mente humana. O “trabalho que ultrapassa a mera atividade instintiva é assim a força que criou a espécie humana e a força pela qual a humanidade criou o mundo como conhecemos” (BRAVERMAN, 1980, p. 53). Então, o trabalho humano deve estar em consonância

com os limites impostos pela própria dignidade humana (MARTINS, 2017), principalmente nos processos de integração regional que vêm se desenvolvendo em razão da mitigação das soberanias dos Estados nacionais em prol de políticas externas e internas mais condizentes com os interesses do bloco.

Na América Latina, a concretização dos direitos humanos encontra sérios entraves, inclusive na seara trabalhista, pois grande parte dos trabalhadores, incluindo os migrantes, encontra-se submetido a intenso processo de exploração de sua mão de obra, usufruindo de péssimas condições de trabalho em diversas circunstâncias. Esta realidade, todavia, não é nova porque a condição atual do trabalho assalariado latino-americano também é reflexo do passado de colônia de exploração da região sob a ocupação econômica ibérica.

Nesse contexto, é primordial o estudo do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, oriundo do processo de redemocratização dos países latino-americanos na década de 1980, sendo criado, em 1991, pelo *Tratado de Assunção*, tendo como Estados-membros o Brasil, a Argentina, o Paraguai, o Uruguai e a Venezuela que, atualmente, está suspensa do bloco por força do art. 5º do *Protocolo de Ushuaia*.

O MERCOSUL assumiu, em sua origem, a condição de aliança comercial com vistas a dinamizar a economia regional, tendo o desafio de sua conversão, em longo prazo, em mercado comum com a implantação da livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, incluindo os trabalhadores. Porém, apesar da importância da integração econômica para a dinamização do comércio nos mercados regionais e internacionais, o MERCOSUL não pode mais ficar adstrito apenas às questões comerciais no século XXI, sendo necessária a sua expansão para a área social que envolve, principalmente, **as questões trabalhista e migratória** as quais

são primordiais para o sucesso do projeto integracionista, embora tenham sido relegadas a segundo plano. Ademais, os países integrantes do bloco mercosulista também são membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a *Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais* (1998), em seu art. 1º, estabelece que todos os Estados-membros, ao se incorporarem livremente à OIT, aceitaram os princípios e direitos enunciados na sua Constituição e na *Declaração de Filadélfia* (1944), comprometendo-se a alcançar os objetivos da organização previstos nas convenções. Logo, os Estados mercosulistas se comprometeram com a efetivação do *trabalho digno/decente* em seu território e com os preceitos da OIT com vistas a assegurar aos trabalhadores maior igualdade de oportunidades e participação mais equânime na distribuição da riqueza gerada no capitalismo.

Questiona-se se tais preceitos e diretrizes da OIT estão sendo efetivamente implementados no MERCOSUL por seus Estados-membros, analisando a situação recente dos trabalhadores migrantes venezuelanos no norte do Brasil sob a ótica do processo de integração regional mercosulista e de suas normativas. Como metodologia científica, a pesquisa utilizou os métodos dialético (contraposição entre tese e antítese) e histórico-sociológico (investigação de fatos, processos e instituições ao longo do tempo). Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica a partir do uso de literatura especializada.

Assim, o presente estudo dividiu-se em duas partes. Primeiramente, buscou-se analisar a concepção de trabalho digno na contemporaneidade, investigando a sua tutela no sistema jurídico global de proteção aos direitos humanos com enfoque no sistema da Organização das Nações Unidas – ONU e da OIT. A seguir, centrou-se a análise no Mercado Comum do Sul – MERCOSUL e, em específico, na integração

regional nas relações de trabalho, enfocando o caso contemporâneo dos migrantes venezuelanos que estão em situação de vulnerabilidade na fronteira entre a Venezuela e o Estado brasileiro de Roraima.

Enfim, o presente artigo almejou contribuir para o enriquecimento das discussões sobre o direito humano ao trabalho digno em tempos obscuros de globalização, enfocando a temática na integração regional do MERCOSUL.

1 O TRABALHO DIGNO NO SISTEMA JURÍDICO GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O trabalho digno é um bem jurídico tutelado pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, integrado pelo *sistema global* da Organização das Nações Unidas (ONU), pelo *sistema global especial* da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pelo *sistema regional* de proteção aos direitos humanos que, por sua vez, divide-se em outros subsistemas, destacando-se o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Tais sistemas jurídicos de proteção aos direitos humanos (global, global especial e regionais) coexistem de *modo simultâneo e não excludente* no plano internacional para a ampla tutela da pessoa humana e de seus direitos (ONU, 2018).

O *sistema global* ONU é composto pelas normas elaboradas no âmbito desse organismo internacional, sendo aplicadas a todos os países que a integram. Neste sistema destaca-se a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*¹ que nos arts. XXIII, XXIV e XXV elencou direitos garantidos aos trabalhadores, tais como: direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho

1 Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU pela Resolução nº 217 A (III), não tendo a forma de tratado internacional (USP, 2018).

e à proteção contra o desemprego; direito a uma remuneração justa e satisfatória compatível com a dignidade humana; direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses; direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas; direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar e os serviços sociais indispensáveis etc. (USP, 2018).

O *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*² nos arts. 6º a 9º também reconheceu à pessoa humana o direito de usufruir condições dignas, equânimes e favoráveis de trabalho, tanto individual quanto coletivamente, destacando-se no art. 7º uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: a) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual e b) uma existência decente para os trabalhadores e suas famílias; o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como a remuneração dos feriados etc. (USP, 2018).

Por sua vez, o *sistema da OIT* é compreendido também como sistema global de proteção aos direitos humanos, mas com a característica de ser “especial”, pois possui regras e princípios que tutelam *em específico* o labor e os direitos humanos dele decorrentes. O conjunto de normas deste sistema atua no aperfeiçoamento e na adequação das relações firmadas entre trabalho e capital em consonância com a dignidade da pessoa humana do trabalhador, embora a globalização excludente e

2 Foi adotado na Resolução nº 2.200-A da ONU em 16 de dezembro de 1966 e entrou em vigor no plano internacional em 23 de março de 1976 (USP, 2018).

neoliberal vivenciada na atualidade esteja dificultando a concretização dos direitos humanos, especialmente, os trabalhistas.

Mediante convenções, recomendações e declarações, a OIT atua na esfera específica da tutela dos direitos laborais, em nível internacional, disciplinando, protegendo e resguardando tais direitos, conforme também aponta Sussekind (2000, p. 192):

[...] as Convenções da OIT dizem respeito a: a) direitos humanos dos trabalhadores; b) política social global; c) desenvolvimento de recursos humanos; d) relações coletivas e individuais do trabalho; e) condições gerais e especiais do trabalho; f) segurança, higiene e meio ambiente do trabalho; g) trabalho do menor; h) trabalho da mulher; i) seguridade social; j) igualdade de direitos; k) regulamentações profissionais; l) trabalhador migrante e m) administração do trabalho, demonstrando as áreas em que se concentram as normas internacionais da OIT e, conseqüentemente, fornecendo também indicativos dos DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS DOS TRABALHADORES.

A partir de 1998, com a aprovação da *Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, a OIT estabeleceu quatro áreas prioritárias de atuação para a concretização dos direitos humanos trabalhistas, a saber: *liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação* (USP, 2018).

Nesse contexto, a OIT propõe a implementação do **trabalho**

decente compreendido como o “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna” (OIT, 2006a, p. 5). A OIT vem realizando esforços, inclusive através de seus escritórios regionais (Brasil, Chile, Caribe etc.), para promover o acesso ao trabalho baseado na igualdade de oportunidades a todas as pessoas, nos direitos humanos trabalhistas, na proteção social e na promoção do diálogo social.

A doutrina também se posiciona em prol da concretização do trabalho decente, destacando-se as assertivas de Brito Filho (2004, p. 61-62, grifo nosso):

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano. *Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.*

Embora a OIT e muitos juristas utilizem como sinônimas as expressões ‘trabalho decente’ e ‘trabalho digno’, entende-se que elas não o são, pois estão ancoradas em fundamentos jurídicos diversos. O trabalho não deve ser considerado como mercadoria e o trabalhador visto apenas como instrumento integrante do sistema capitalista de produção, embora seja esta a concepção dominante ancorada numa visão economicista da sociedade.

É imperioso que o valor do trabalho humano seja considerado além dos aspectos puramente econômicos, seja visto à luz da matriz filosófica que o considera sob um prisma ético. Nesse sentido, adotou-se o referencial teórico de Battaglia (1958) ao considerar que todo trabalho para ser ético deve estar em consonância com os limites impostos pela própria dignidade humana. O trabalho é uma realidade poliédrica captada parcialmente pelas diferentes Ciências (Física, Biologia, Economia etc.), mas a Filosofia absorve todos esses aspectos e os unifica numa noção integral do trabalho humano, pois:

[...] o conceito do trabalho como essência do homem, que é atividade, que em si atinge o objeto e o constitui. O ato de consciência e de criação que dá começo ao espírito, é já trabalho. Desdobra tudo no sentido de que não há existência e produção de bens, não há atividade voltada para o exterior, que não pressuponha aquele ato, já trabalho, enquanto atividade desdobrada. Portanto, o trabalho, em todas as manifestações, nos reporta ao espírito, que é atividade. (BATTAGLIA, 1958, p. 22-23)

Todo trabalho, para ser ético, deve estar em consonância com os limites impostos pela própria dignidade humana. Portanto, o **trabalho**

digno está relacionado a uma concepção mais ética do trabalho e ancorado na ideia de dignidade humana do trabalhador, sendo compreendido sob dois aspectos (MARTINS, 2017, p. 41-42):

- a) o **intrínseco (subjutivo)**: como atributo pessoal e psíquico inerente ao ser humano, por exemplo, a satisfação pessoal do trabalhador em realizar determinada atividade; a sensação de ser útil para a comunidade em que vive; ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares; ser realmente livre para escolher o seu trabalho etc.;
- b) o **extrínseco (objetivo)**: representando as condições materiais previstas nas normas em geral reguladoras do ato de trabalhar, tais como: remuneração adequada e justa, sem discriminação de qualquer natureza; limite máximo e mínimo de duração da jornada de trabalho (diária e semanal); normas de higiene e segurança relacionadas ao meio ambiente do trabalho e à proteção da maternidade; concessão de férias, repouso semanal e feriados remunerados; licenças médicas em geral; normas proibitivas do trabalho infantil e do trabalho escravo etc.

O trabalho digno inclui, assim, as condições materiais objetivas (extrínsecas) em que o trabalho é realizado **concomitantemente** com as condições subjetivas (intrínsecas), pois ambas atendem ao princípio e valor da dignidade humana, integrando a própria condição humana do trabalhador. Logo, o *trabalho digno* é mais amplo: o gênero.

Por sua vez, o trabalho decente estaria relacionado mais especificamente aos aspectos exteriores que retratariam as condições materiais do ato de trabalhar as quais são reguladas nas normas, logo, seria a *espécie do gênero* trabalho digno cuja concepção foi adotada no

presente trabalho.

A concepção de trabalho digno será analisada no âmbito do MERCOSUL, mais especificamente no contexto da integração regional nas relações de trabalho e suas perspectivas para o bloco, enfocando o caso dos migrantes venezuelanos.

2 O MERCOSUL, A INTEGRAÇÃO REGIONAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E OS MIGRANTES VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA – ALGUMAS REFLEXÕES

A herança histórico-econômica da América Latina contribuiu para a constituição do seu “mercado” de trabalho, pois houve a transição de um *capitalismo escravista-mercantil e agrário-exportador* diretamente para um *capitalismo urbano-industrial periférico* em fins do século XIX e início do século XX, inserindo os países latino-americanos, inclusive mercosulistas, na divisão internacional do trabalho.

A partir do século XX, nestes países se conformaram “mercados” de trabalho multifacetados e complexos que não estão estruturados de forma homogênea. Em face do capitalismo global, o mundo do trabalho está vivenciando a diminuição dos postos de emprego formalizados para a adoção de outras modalidades de trabalho mais precárias e “flexíveis” inseridas na reestruturação capitalista que, na realidade, significa a redução de direitos e garantias trabalhistas com a consequente mitigação da dignidade do trabalhador.

No âmbito da América Latina, o relatório da OIT “*Trabalho Decente nas Américas: uma Agenda Hemisférica (2006-2015)*” apontou a integração regional como viabilizadora de políticas públicas de trabalho para a região (OIT, 2016b, p. 86):

Em um mundo globalizado, boa parte das políticas aplicadas pelos países rapidamente encontra limites naturais quanto a seus efeitos potenciais. É por isso que há aspectos nos quais a integração regional em geral e a harmonização das políticas em particular são uma necessidade imperiosa. Existe na região um crescente interesse em relação aos processos de integração, alguns dos quais transcendem o âmbito do comércio e inclusive da economia, englobando também objetivos políticos e sociais. Não é um processo simples. Um elemento de discussão muito importante radica na questão de se esses processos, além de contribuírem para a criação de riqueza e a geração de maiores oportunidades de investimento e de negócios, também deveriam ter um componente sociolaboral associado e explícito, e, em caso afirmativo, qual seria a natureza desse componente. Um dos caminhos possíveis consiste em incorporar à execução da agenda hemisférica aqui proposta as instituições criadas pelos diferentes processos de integração. [...]

Neste contexto, debruçou-se sobre o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL enquanto integração econômica regional, pois é “um processo e uma situação. Encarada como processo implica medidas destinadas à abolição de discriminações entre unidades econômicas de diferentes Estados; como situação pode corresponder à ausência de várias formas de discriminação entre economias nacionais” (BALASSA, 1961, p. 12).

A criação do MERCOSUL pelo *Tratado de Assunção* (1991) está inserida no bojo da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), pois não é um projeto “descolado” dos objetivos integracionistas mais

amplos que envolvem a América Latina, assumindo a condição de acordo de alcance parcial³ firmado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai: o Acordo de Complementação Econômica (ACE) n° 18.

Atualmente, o MERCOSUL se encontra no grau de integração econômica de uma *União Aduaneira imperfeita* que contempla uma Tarifa Externa Comum - TEC, integrando o bloco Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela - que está suspensa em seus direitos e obrigações por força do art. 5º do *Protocolo de Ushuaia* (MERCOSUL, 2018) - e a Bolívia em processo de adesão desde a assinatura de protocolo em 17 de julho de 2015. Além disso, o Chile, a Colômbia, o Equador, o Peru, a Guiana e o Suriname estão, no momento, na condição de Estados associados ao MERCOSUL.

Em sua origem, o MERCOSUL assumiu feição mais comercial com o desafio de sua conversão, em longo prazo, em mercado comum baseado na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos - art. 1º do *Tratado de Assunção* (MERCOSUL, 2018). O **direito originário** do MERCOSUL – constituído pelo *Tratado de Assunção*, *Protocolo de Ouro Preto* e o *Protocolo de Olivos* - não possui normas comuns sobre os *direitos humanos trabalhistas* e nem sobre os *trabalhadores migrantes*.

A migração internacional⁴ representa o “tendão de Aquiles” no contexto de um processo de integração regional ao envolver diretamente a circulação de pessoas no bloco, sobretudo por razões econômicas, pois sempre ocorre o “deslocamento de contingentes humanos para áreas em

3 No âmbito da ALADI, há acordos regionais que são conformados pela totalidade dos países membros e acordos de alcance parcial firmados entre alguns países membros ou entre membros e não membros.

4 Segundo Montal (2012, p. 136), “a migração ou deslocamento de pessoas pode ocorrer de um país para outro ou dentro do mesmo país, e pode ser: a) Migração internacional, que significa o deslocamento de pessoas para fora das fronteiras políticas de seus países de origem para se estabelecerem em outros países e compreende a imigração e a emigração; b) Migração interna ou inter-regional; c) Nômadeismo, característica dos povos nômades, ou seja, aqueles que não possuem local fixo de residência e se deslocam constantemente; d) Transumância característica de pessoas que passam parte do ano em um lugar e parte em outro e e) Migração pendular ou diária das populações nos grandes centros urbanos”.

que o sistema produtivo concentra maiores ou melhores oportunidades de emprego” (VESENTINI, 1997, p. 220). Quando se analisa a circulação de pessoas no MERCOSUL, verifica-se que há o predomínio da *migração de trabalhadores* que buscam melhores condições de vida e de trabalho do que possuem em seu país de origem, sobretudo por influência de facilidades advindas do processo de integração regional.

No tocante a integração regional nas relações de trabalho no MERCOSUL, teve-se a aprovação, em 10 de dezembro de 1998, da *Declaração Sociolaboral do MERCOSUL* que previu vários direitos, destacando-se: não discriminação (art. 1º): promoção da igualdade (arts. 2º e 3º); proteção aos trabalhadores migrantes e fronteiriços (art. 4º); eliminação do trabalho forçado (art. 5º); tutela do trabalho infantil e de menores (art. 6º); seguridade social (art. 19) etc. (MERCOSUL, 1998). Esta declaração não é um tratado internacional e nem foi incorporada às ordens jurídicas internas dos Estados-Partes, não possuindo força normativa vinculante e coercitiva para os Estados mercosulistas, logo, não se incluiu entre as fontes jurídicas do bloco (art. 41 do *Protocolo de Ouro Preto - POP*⁵).

Em 17 de julho de 2015, na 48ª Cúpula Social do MERCOSUL, houve a aprovação de *Nova Declaração Sociolaboral* (MERCOSUL, 2018), “atualizando” aquela de 1998, como é o caso da realização de acordos coletivos de trabalho regionais no bloco (art. 17). Apesar do significativo avanço que esta “nova” declaração poderia imprimir às relações de trabalho firmadas no bloco, ela também não possui força coercitiva e vinculante de tratado internacional, mantendo a mesma

5 Art. 41 - As fontes jurídicas do MERCOSUL são: I - o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; II - os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; III - as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão do MERCOSUL, adotadas deste a entrada em vigor do Tratado de Assunção (MERCOSUL, 2018).

condição jurídica da Declaração de 1998 e, até o momento, apresentou os efeitos inócuos de sua predecessora.

Para o avanço da integração regional trabalhista no MERCOSUL, houve a aprovação do *Acordo Multilateral de Seguridade Social e seu Regulamento Administrativo* pela Decisão nº 19/1997 do Conselho do Mercado Comum (CMC). Este acordo está em vigor para Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, assegurando os mesmos direitos e obrigações perante a Previdência Social aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados-partes do MERCOSUL. As contribuições previdenciárias vertidas ao sistema de seguridade social pelo trabalhador, em qualquer dos Estados signatários do acordo, acumulam-se como se tivessem sido realizadas no mesmo país, havendo a *totalização dos períodos de seguro ou de contribuição* (art. 7º da Decisão nº 19/1997, CMC) (MERCOSUL, 2018). Logo, os períodos de seguro ou contribuição cumpridos em quaisquer dos Estados-partes serão considerados para a concessão dos benefícios previdenciários (velhice, idade avançada, invalidez ou morte) nas condições estabelecidas no regulamento administrativo.

Posteriormente, aprovou-se, pela Decisão nº 28/2002 do CMC, o *Acordo sobre Residência de Nacionais dos Estados-partes do MERCOSUL, da República da Bolívia e da República do Chile*⁶. Este acordo permitiu que o nacional de um dos Estados-partes do MERCOSUL, que deseje residir noutro Estado-parte, obtenha residência legal temporária de até dois anos mediante a comprovação de sua nacionalidade e a apresentação de documentos às autoridades migratórias, tais como: passaporte válido, cédula de identidade ou certificado de

6 Houve a adesão posterior do Peru (Decisão nº 04/2011 do CMC), do Equador (Decisão nº 21/2011 do CMC) e da Colômbia (Decisão nº 20/2012 do CMC).

nacionalidade expedido pelo agente consular do país de origem, certidão negativa de antecedentes judiciais e criminais no país de origem, certidão de nascimento e comprovação do estado civil da pessoa etc. Assim, a *nacionalidade de um dos países do bloco* seria o critério primordial para a concessão da residência legal que permitiria a pessoa trabalhar e estudar. A residência temporária também poderia ser transformada em permanente se forem atendidos os critérios da autoridade migratória do país de recepção. Este pacto permitiria que o migrante, obtendo a residência temporária, estivesse habilitado ao trabalho em igualdade de condições com os nacionais daquele país onde tenha obtido a residência, cumprindo as disposições específicas da legislação do trabalho.

Em 2014, foi firmado o *Acordo de Complementação ao “Acordo de Recife”* (Decisão nº 04/2000 da CMC) em Matéria Migratória aprovado pela Decisão nº 18/2014 do CMC (MERCOSUL, 2018). A fim de facilitar o comércio na região e o fluxo migratório foram estabelecidas outras modalidades de controle integrado migratório como o *controle integrado simultâneo* e o *controle integrado por reconhecimento recíproco de competências* (art. 5º). O art. 10 estabeleceu a cooperação entre os Estados-partes para a implementação desses controles integrados, de modo que as autoridades migratórias prestarão mutuamente a colaboração necessária para o exercício de suas funções. Porém, tais medidas se direcionam a facilitação do comércio sub-regional mercosulista ao invés da proteção aos trabalhadores migrantes, demonstrando o descaso com a questão social envolvida na migração de pessoas no bloco em busca de condições de labor mais dignas.

Portanto, quando se analisa a integração regional nas relações de trabalho no MERCOSUL, não se vislumbram significativos avanços, pois **inexiste até o presente momento** políticas públicas comuns e articuladas

entre os Estados-partes orientadas para o fomento ao trabalho, a proteção ao desemprego e aos trabalhadores migrantes. O direito originário do MERCOSUL – *constituído pelo Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e o Protocolo de Olivos* - não tutela os direitos sociais dos trabalhadores, inclusive migrantes, e nem a solução de controvérsias na seara laboral.

O art. 42 do POP estabelece que as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL - Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio previstos no artigo 2º - terão caráter obrigatório e deverão ***quando necessário***, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país (MERCOSUL, 2018). Esta disposição normativa concede significativa ***margem de discricionariedade*** aos Estados-partes na incorporação das normas oriundas do MERCOSUL e, ainda, conflita com as previsões normativas dos *artigos 9º, 15, 20, 40 e 41 do POP* anteriormente analisadas, enfraquecendo o processo de integração regional ao não impor aos Estados mercosulistas a obrigatoriedade absoluta de transposição das normas do bloco para o seu direito interno.

Não há **nenhum regulamento ou normativa comunitária sobre os direitos sociais trabalhistas** e os mecanismos para sua concretização conjunta no bloco, havendo apenas a tomada de ações e decisões de modo individual por cada Estado-parte em busca da concretização do *trabalho digno* e da *Agenda de Trabalho Decente* proposta pela OIT aos seus membros, o que inclui o Brasil, a Argentina, o Paraguai, o Uruguai e a Venezuela.

Há também assimetrias na legislação trabalhista interna dos

Estados-Partes do MERCOSUL⁷, inviabilizando a harmonização dessas normas para a regulamentação dos direitos sociais laborais, inclusive dos migrantes, por meio de normas comunitárias para o bloco, dificultando o aprofundamento da integração regional nas relações de trabalho.

Os entraves para a integração regional nas relações de trabalho no MERCOSUL se agravaram ainda mais em decorrência da crise na Venezuela que se agigantou após a morte de Hugo Chávez Frías em 2013 e acentuou-se com a suspensão venezuelana do bloco, em agosto de 2017, em razão de ruptura da ordem democrática pelo governo do Presidente venezuelano Nicolas Maduro, sucessor de Chávez, com fundamento nos arts. 4º a 6º do *Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático* (1998).

A Venezuela passa por profunda crise *política* (a vitória da oposição ao chavismo nas eleições para o Poder Legislativo, em 2015, acentuaram a crise de governabilidade) e econômica oriunda, principalmente, da queda dos preços do petróleo a partir de 2014 no mercado internacional, pois era o principal produto que sustentava a economia venezuelana a qual se “desindustrializou” ao longo dos anos, ficando dependente da venda desta *commoditie* no mercado internacional. Tais situações agravaram a pobreza, a fome e o desemprego no país, impulsionando a migração de venezuelanos para outros países do Continente Latino-Americano, principalmente o Brasil em razão de a Venezuela integrar o MERCOSUL desde 2012.

7 No Brasil tem-se a *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452/43, que recentemente sofreu várias alterações conservadoras decorrentes da Lei nº 13.467/2017, a “desforma” trabalhista que retirou direitos dos trabalhadores. No Uruguai, a legislação laboral não se encontra codificada num instrumento normativo cogente e imperativo, o Direito do Trabalho uruguaio está distribuído em várias leis esparsas. No âmbito argentino, há também apenas leis esparsas, sendo a mais importante a Lei de Contrato de Trabalho (LCT): Lei nº 20.744/1974 que dispõe sobre o Contrato de Trabalho, regulamentada pelo Decreto nº 390/76. No Paraguai, a consolidação da legislação laboral protetiva aos trabalhadores se deu com o *Código de Trabalho* - Lei nº 213/93. Na Venezuela há a *Ley Orgánica del Trabajo para los Trabajadores y las Trabajadoras* (LOTTT) aprovada pelo Decreto nº 8.938/2012 (MARTINS, 2017).

Segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Imigração (SIMÕES, 2017), os migrantes venezuelanos são majoritariamente jovens (72% do total entre 20 e 39 anos), homens (63%) e solteiros (54%), sendo a crise econômica e política o principal motivo para emigrar, segundo 77% dos entrevistados. Os imigrantes venezuelanos apresentam bom nível de escolaridade (78% com nível médio completo e 32% com superior completo ou pós-graduação, mas apresentam pouco conhecimento da Língua Portuguesa e muitos não estudam o idioma. Somente 25% dos imigrantes afirmam pretender retornar à Venezuela, mas a maioria não pretende retornar tão cedo (47%) ou não sabe (27%) quando retornará. Entre os que pretendem retornar, a maioria estima um prazo superior a dois anos (47%), mas condicionam o retorno à melhoria das condições econômicas (61%) na Venezuela. A pesquisa também apontou que um pouco mais da metade dos migrantes já acessa os serviços públicos em Roraima, principalmente na área da saúde (39%), porém, parcela significativa dos migrantes entrevistados destacou sofrer preconceito por ser estrangeiro (SIMÕES, 2017).

Por fim, com relação ao emprego, a pesquisa evidenciou que 60% dos migrantes venezuelanos possui alguma atividade remunerada, sendo 28% formalmente empregados. Eles atuam principalmente nos seguintes ramos de atividades: comércio (37%), serviço de alimentação (21%) e construção civil (13%). Além disso, 51% dos trabalhadores migrantes recebem menos de um salário mínimo, 44% recebem entre um e dois salários mínimos e apenas 5% indicaram receber mais de dois salários mínimos. Mais da metade dos migrantes entrevistados (54,2%) utilizam seus rendimentos para enviar remessas monetárias (de R\$ 100,00 a R\$ 500,00) para cônjuge e filhos na Venezuela com a finalidade de ajudar no sustento de seus familiares (SIMÕES, 2017).

Em face do caos social em que se encontram os migrantes venezuelanos no Estado de Roraima, foi editada a *Medida Provisória nº 820/2018*, estabelecendo medidas de assistência emergencial para o acolhimento dessas pessoas, alegando fluxo migratório provocado por crise humanitária. Porém, entende-se que tal situação não decorre simplesmente de uma crise humanitária localizada na Venezuela, mas tem origens mais profundas, sobretudo em razão da *ausência de ações e políticas coordenadas e harmônicas* entre os Estados-membros do MERCOSUL, desde as origens do bloco, para a implementação de um processo paulatino e efetivo de integração social e trabalhista.

Não se pode olvidar que no tratamento conferido aos trabalhadores migrantes e seus familiares é imperioso considerar a relação “*eu-outro*” na medida em que o outro - como pessoa humana dotada de dignidade e direitos (art. I da Declaração Universal de Direitos Humanos) - deve ser merecedor de igual consideração e respeito pela sociedade e pelos Estados, sendo necessário o resguardo de suas diferenças pessoais, sociais e culturais.

CONCLUSÃO

A integração regional no MERCOSUL - essencialmente direcionada para os aspectos comerciais desde suas origens - negligenciou as assimetrias estruturais e o *déficit* social que se acentuou nos Estados-membros ao longo da década de 1990. As crises econômicas mundiais a partir de 2000, afetando o mercado de *commodities*, em especial nos países emergentes latino-americanos, também acentuaram os efeitos perversos da globalização econômica excludente e neoliberal, aprofundando as desigualdades sociais e regionais na região. Apesar da importância

da integração regional para a dinamização do comércio regional e internacional, este processo, na atualidade, não pode ficar adstrito apenas às questões comerciais e econômicas, sendo necessário a sua expansão para outras áreas, em especial a social, incluindo os trabalhadores migrantes.

A integração regional nas relações de trabalho não avançou significativamente no MERCOSUL desde a aprovação da *Declaração Sociolaboral* em 1998. A sua sucessora: a *Declaração Sociolaboral de 2015* – também carente de *força coercitiva de tratado internacional* – não conseguiu avançar na concretização dos direitos humanos trabalhistas no bloco, apresentando os mesmos efeitos inócuos da predecessora. Inexiste no MERCOSUL políticas comuns e articuladas entre os Estados-Partes orientadas para o fomento ao trabalho, a proteção ao desemprego e aos trabalhadores migrantes.

Esses entraves são em parte explicados pelo sistema intergovernamental de tomada de decisões que se conformou no MERCOSUL, exigindo o consenso e a presença de todos os Estados-Partes para a aprovação das normas (art. 37 do POP). O art. 42 do POP estabeleceu que as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL - *Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio* - terão caráter obrigatório e deverão apenas **quando necessário**, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta disposição concedeu **margem de discricionariedade** aos Estados-Partes para incorporarem as normas mercosulistas, enfraquecendo a integração regional ao não impor a obrigatoriedade de transposição dessas normas ao seu direito interno.

Somado a isso, o MERCOSUL está passando por grave crise institucional decorrente de acontecimentos de diversas ordens que

dificultam a integração regional trabalhista e migratória no bloco. Nos Estados-Partes chegaram ao poder governos mais alinhados com a globalização neoliberal como no caso das eleições presidenciais de Horacio Cartes no Paraguai (2013) e de Mauricio Macri na Argentina (2015). Além disso, a partir de 2014, as turbulências no cenário político brasileiro culminaram, em 2016, com Michel Temer assumindo a Presidência, embora seu governo careça de legitimidade jurídico-política. Apesar da reprovação quase unânime desse governo na atualidade, ele tem se empenhado, com o apoio do Congresso Nacional e do empresariado, na condução de ações para a redução de direitos sociais conquistados pelos brasileiros com destaque para a “desforma” trabalhista aprovada pela Lei nº 13.467/2017.

Esses acontecimentos acentuam o descaso com os direitos humanos na integração regional mercosulista, em especial na seara trabalhista e migratória. No âmbito do sistema global da ONU, a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias* (1990) foi ratificada pelos países integrantes do MERCOSUL com exceção do Brasil: a Argentina em 23 de fevereiro de 2007, o Paraguai em 23 de setembro de 2008, o Uruguai em 15 de fevereiro de 2001 e a Venezuela em 25 de outubro de 2016. Esta convenção é importante para a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, sobretudo na integração regional mercosulista, pois inovou ao prever direitos para **todos** os trabalhadores migrantes, ainda que estejam em situação jurídica irregular no país, no intuito de impedir ou dificultar o exercício do labor em condições desumanas, degradantes e análogas à escravidão.

Além disso, dentre os países mercosulistas, apenas a Venezuela ratificou, em 17 de agosto de 1983, a *Convenção nº 143* (1975) da OIT

que trouxe disposições normativas suplementares para a tutela dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes. Tal situação – somada ao descaso governamental com a integração social e trabalhista no MERCOSUL – demonstra que será árduo o caminho a ser trilhado na resolução dos problemas enfrentados pelos trabalhadores migrantes, principalmente os venezuelanos, pois não há ações e políticas públicas migratórias concretas no bloco.

Os migrantes venezuelanos ao adentrarem no território brasileiro pelo Estado de Roraima vivenciam condições subumanas, passando fome e outras privações, inclusive na busca por emprego e ocupação profissional. Não há ações e políticas no contexto da integração regional mercosulista para a efetivação do *trabalho digno* (MARTINS, 2017, p. 41-42) o qual está amplamente tutelado na ordem jurídica global (ONU e OIT) de proteção aos direitos humanos. Até mesmo a “*Agenda de Trabalho Decente para as Américas*” (OIT, 2017) possui notória dificuldade em ser concretizada pelos Estados mercosulistas, corroborando as assertivas de Bobbio (2004, p. 43, grifo do autor): “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

A situação dos migrantes venezuelanos em Roraima não é apenas uma *crise humanitária*, mas tem origens mais profundas no processo de integração regional do MERCOSUL, especialmente pela *ausência de ações e políticas coordenadas e harmônicas* entre os Estados-membros para a implementação paulatina e efetiva da integração social e trabalhista que não avançou desde 1998, nem mesmo com a entrada da Venezuela no bloco em 2012. São complexos os fatores que envolvem a questão do trabalho migrante nas diversas partes do globo terrestre,

mas a fim de enfrentar a globalização neoliberal que avança na América Latina, é imperioso o “transbordamento” do desenvolvimento econômico para as áreas sociais, principalmente envolvendo o trabalho humano e a migração de trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BALASSA, Bela. **Teoria da integração econômica**. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. Tradução de Luís Washington Vita e Antônio D’Elia. Saraiva: São Paulo, 1958.

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

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Juliane Caravieri. **Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização: perspectivas para a América Latina**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MERCOSUL. **Declaração sociolaboral do MERCOSUL**. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/sociolaboralPT.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

MERCOSUL. **Textos fundacionales**. Disponível em: <<http://>

www.mercosur.int/innovaportal/v/4054/2/innova.front/textos-fundacionales>. Acesso em: 20 fev. 2018.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Migração internacional: um olhar para além das fronteiras. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). **Direito constitucional internacional**: o direito da coexistência e da paz. Curitiba: Juruá, 2012. p. 135-168.

OIT. **Agenda nacional de trabalho decente**. Brasília, 2006a. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

OIT. **Trabalho decente nas Américas**: uma agenda hemisférica (2006-2015). Brasília, 2006b. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226226.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

ONU. **Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos humanos**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

SIMÕES, Gustavo da Frota (Org.). **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017. Disponível em: <<http://obmigra.mte.gov.br/index.php/publicacoes-obmigra>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

USP. **Biblioteca virtual de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

VESENTINI, José Willian. **Brasil: sociedade e espaço**. São Paulo: Ática, 1997.

Como citar: MARTINS, Juliane Caravieri. Trabalho digno e a integração regional no MERCOSUL: O caso dos migrantes venezuelanos no estado de Roraima. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.305-332, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p305. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 01/04/2018.

Aprovado em: 02/06/2018.

RESENHAS / REVIEWS

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 2014. Capítulo 1, pp. 27-38.

OS FUNDAMENTOS DA LIBERDADE THE CONSTITUTION OF LIBERTY

Túlio Santos Caldeira¹

Como citar: CALDEIRA, Túlio Santos. Os fundamentos da liberdade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.333-337, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p333. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente resenha oferece uma visão geral das ideias desenvolvidas por Friedrich Hayek no capítulo 1 de sua obra “Os Fundamentos da Liberdade”, em que apresenta o conceito de liberdade individual como não-coerção (que defende ser o conceito original do termo) e o diferencia de outras formas e conceitos de liberdade. São apontados os conceitos principais desenvolvidos pelo autor, bem como seus argumentos na defesa da liberdade individual.

Palavras-chave: Liberalismo. Liberdade. Coerção.

Abstract: This overview gives an overview of the ideas developed by Friedrich Hayek in chapter 1 of his work “The Fundamentals of

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional em 2017 pelo Damásio Educacional (DAMÁSIO). Graduado em Direito em 2014 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: caldeiratulio@hotmail.com

Freedom,” in which he presents the concept of individual freedom as non-coercion (which he claims to be the original concept of the term) and differs from other forms and concepts of freedom. The main concepts developed by the author as well as his arguments in the defense of individual freedom are pointed out.

Keywords: Liberalism. Freedom. Coercion.

Friedrich A. Hayek, um dos expoentes do pensamento liberal, defende, em sua obra “Os Fundamentos da Liberdade”, que a liberdade está constantemente sob ataque, especialmente porque as pessoas não entendem o seu verdadeiro significado. No capítulo 1 desta obra o autor apresenta qual o real significado de liberdade e a importância desse conhecimento na atualidade.

No primeiro capítulo, cujo título é “Liberdade e Liberdades”, o autor conceitua liberdade como não-coerção, isto é, independência de uma vontade arbitrária externa. A coerção, neste sentido, é um ato de controle que se baseia no emprego de uma ameaça que seja mais grave ou prejudicial que o ato que é exigido do coagido.

Ao definir liberdade dessa forma, o autor a entende dentro de um contexto interpessoal, isto é, a liberdade existe apenas nas relações sociais. Por isso, Hayek defende que liberdade nada tem a ver com a quantidade ou possibilidade de escolha. Não é a capacidade de escolher entre duas ou mais opções que torna a pessoa livre, mas sim a inexistência de coerção sobre essa pessoa.

Fixada a premissa da liberdade como não-coerção e dentro das relações e interações sociais, o autor aprofunda o conceito de liberdade dizendo que ela corresponde a um espaço de não-interferência, ou seja,

uma parte da vida de cada pessoa onde inexistem interferências externas. Para Hayek este espaço é a liberdade, que ele denomina de liberdade individual e afirma ser o conceito mais coerente com a essência da verdadeira liberdade.

Ele prossegue dizendo que este espaço (liberdade individual) é circundado ou garantido por cinco direitos básicos: a) direito de ser membro reconhecido da sociedade, b) direito de não ser injustamente preso, c) direito de escolher o trabalho ou atividade, d) direito de ir e vir e e) direito de propriedade. Estes cinco direitos são como uma barreira ou muro que impede interferências indevidas na liberdade individual.

Neste ponto o autor adverte que compreender o real conceito de liberdade é fundamental para sua preservação. Quando não se compreende o real sentido do termo, as pessoas tornam-se mais suscetíveis a substituí-la por outras coisas ou valores que possam se assemelhar a ela ou que levem o mesmo nome.

Esclarecido o conceito e essência de liberdade, que o autor denomina de liberdade individual, como sendo a liberdade verdadeira, ele passa a diferenciá-la de outras liberdades, que para ele nada tem a ver com a liberdade individual, e que muitas vezes se opõem a ela, sendo apresentadas como liberdade sem o ser de fato.

A primeira delas é a liberdade política, que consiste, em um sentido interno, no poder escolher os representantes políticos e interferir direta ou indiretamente nas decisões por eles tomada. Já no sentido externo, a liberdade política é a autonomia de um povo frente aos demais, atualmente, chamada de soberania.

A liberdade política, contudo, não pode ser confundida ou identificada com a liberdade individual, pois, como o conceito acima apresentado revela, a liberdade política é exercida em um contexto

coletivo, isto é, pelo povo, seja interna ou externamente. Já a liberdade em seu sentido original e defendido pelo autor é individual, ou seja, exercida individualmente.

A segunda liberdade comparada pelo autor é a liberdade interna que pode ser descrita como a capacidade da pessoa de não ser dominada por suas paixões e impulsos internos. A liberdade interna não pode ser confundida com a liberdade individual, pois aquela diz respeito a resistir contra impulsos internos, já esta se exerce contra pressões e interferências externas.

Finalmente, a liberdade individual não se confunde com a liberdade como poder, que trata da ausência de restrições ou limitações. A liberdade como poder relaciona a liberdade com riqueza entendendo que limitações materiais correspondem a perda ou falta de liberdade. O sentido da liberdade como poder é de uma liberdade positiva em que inexistam restrições ou limitações, já o sentido da liberdade individual à negativo, apontando a liberdade como não-coerção (exigindo que se faça algo).

Hayek conclui este capítulo salientando que a liberdade é uma, ou seja, não há que se falar em liberdades (no plural), mas em apenas uma e singular liberdade, que é a individual. Quanto mais liberdades afloram, menos liberdade em seu sentido original há. A liberdade individual compreende a liberdade como regra e a proibição como exceção. Já as liberdades pressupõem a proibição como regra e se prestam a ser exceções a essa regra garantindo algumas poucas e localizadas liberdades (ex.: liberdade política, interna, como riqueza, etc.).

Assim, a liberdade individual e as outras formas de liberdade não podem ser substituídas umas pelas outras, uma vez que uma pode ser a negação da outra. Abrir mão da liberdade individual em busca de

outras formas de liberdade não torna o homem mais livre.

RESENHAS / REVIEWS

SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

O LIBERALISMO E OS LIMITES DA JUSTIÇA
LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE

Rafael Antônio Costa¹

Como citar: COSTA, Rafael Antônio. O liberalismo e os limites da justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p.338-341, jul. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p338. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente resenha tem por finalidade apresentar a obra *O Liberalismo e os limites da justiça*, de Michael Sandel, que se insere no contexto da crítica comunitarista ao liberalismo deontológico de John Rawls. Discorreu-se sobre os principais argumentos levantados por Sandel contra a tese defendida por Rawls da prioridade do justo em relação ao bom.

Palavras-chave: Comunitarismo; Liberalismo; Justiça.

Abstract: This review aims to present Michael Sandel's book *Liberalism and the limits of justice*, which belongs to the context of communitarian criticism to the liberalism of John Rawls. Thus, the main arguments raised by Sandel against a defense by Rawls of the priority of the just in relation to the good were outlined.

Keywords: Communitarianism; Liberalism; Justice.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional em 2017 pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pelo Claretiano Centro Universitário, (Claretian/BAT). Graduado em Direito em 2008 pela Faculdade de Direito de Joinville (FDJ).

Michael J. Sandel (Minneapolis, 1953) é um filósofo político norte-americano, e professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard. Dentre seus trabalhos mais conhecidos destacam-se: *Liberalism and the limits of justice* (1982) e *Justice: what's the right thing to do?* (2009).

Publicada originalmente em 1982, a obra *O Liberalismo e os limites da justiça* constitui uma importante representante da chamada crítica comunitarista ao liberalismo de John Rawls, que foi colega de Sandel na Universidade de Harvard. Considerada a obra-prima da John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, publicada em 1971, apresentou sua teoria da justiça como equidade, aproximando a concepção da justiça com o de igualdade, de um forma procedimental, que garantiria a maior igualdade possível mediante a eliminação do que o autor chama de “véu da ignorância”, que constituiriam os elementos preestabelecidos que colocam as pessoas em conflitos de interesses, se apoiando em princípios de justiça universais. Embora não haja muitas referências diretas à obra de Kant, os críticos apontam influência kantianas na teoria da justiça de Rawls, sobretudo no que se refere à necessidade de utilização de princípios universais em detrimento dos ideais comunitários de justiça, as quais constituiriam o chamado “véu da ignorância”.

O comunitarismo, enquanto corrente teórica, surgiu na década de 1980 como crítica ao liberalismo, objetivando resgatar a importância da ideia de comunidade como elemento central do pensamento político, tendo como principais representantes Charles Taylor, Michael Sandel, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre. Em *Hegel e a sociedade moderna*, de 1979, Charles Taylor deu continuidade à crítica hegeliana obra de Kant. Alasdair MacIntyre, em *Depois da virtude*, de 1981, propõe uma refundação da moral aristotélica, baseada em virtudes e não em

princípios universais. Michael Walzer, em *As esferas da justiça*, de 1983, critica a teoria da justiça de Rawls por tentar examinar praxe política da comunidade a partir de padrões abstratos e utópicos.

Em *O liberalismo e os limites da Justiça*, Michael Sandel se dedicou a atacar a tese defendida por Rawls da prioridade do justo em relação ao bem. De acordo com Sandel, as noções de justiça, equidade e direitos individuais desempenham um papel central no liberalismo deontológico e sua fundamentação se deve, em grande parte, a Kant.

Depois de situar os horizontes do liberalismo deontológico na tradição kantiana do pensamento jusfilosófico, Sandel levanta críticas contra a teoria da justiça elaborada por John Rawls. Discutindo seus aspectos mais importantes, Sandel explora os limites do liberalismo que estão por trás de sua concepção de sujeito, defendendo uma concepção mais aprofundada de comunidade do que a estampada no pensamento liberal.

Para Sandel a tese central do liberalismo deontológico sustenta que a sociedade, composta por uma pluralidade de indivíduos com diferentes objetivos, interesses e valores, está melhor organizada quando se governa por princípios que não pressuponham nenhuma concepção particular de bem. Desse modo, de acordo com os liberais a definição do que é correto (justo) deve preceder a concepção de bom, vez que se tratam de categorias independentes.

Sandel afirma que existem limites conceituais à ideia liberal de Justiça, que acabam por tornar sua concepção incompleta. Desse modo, Sandel critica principalmente a tese da prioridade do que é justo sobre o que é bom. Sustenta que a afirmação de Rawls de que a justiça é a virtude primordial das instituições sociais se dá por que seu liberalismo deontológico exige uma concepção de justiça neutra em relação à

qualquer concepção particular de seja bom, de modo a propiciar o acolhimento de diferentes concepção de bem.

Desse modo, a ideia central da obra é que exige-se a concepção de um sujeito que exista independente dos valores culturais enraizados na sua comunidade para que o justo possa ter prioridade sobre o bom. Para Sandel, essa concepção liberal de um sujeito autônomo escolhendo suas intenções e objetivos é superficial por ignorar a imersão do sujeito nas práticas sociais existentes. Segundo o autor, a identidade do sujeito é definida por fins que não são escolhidos, mas sim descobertos pela virtude do ser imerso no contexto social compartilhado.

A ideia de que concepção de justiça deve se manter neutra em relação a concepção do que é bom reflete com conceito de pessoas como agentes capazes de livre escolha independente das amarras morais preexistentes, por sua vez, é contraditória com os princípios da justiça que Rawls pretende sustentar.

Como, por exemplo, o princípio da diferença, sustentado por Rawls, reflete a ideia de que desigualdade apenas se justifica quando se permite a concessão de uma vantagem aos menos favorecidos, pressupõe a existência de um laço moral entre aqueles que vão repartir os bens sociais, o que exige a existência de uma comunidade constitutiva.

Segundo Sandel, é precisamente este tipo de comunidade que está excluído pela concepção de Rawls de um sujeito sem amarras e definido com anterioridade aos objetivos que escolhe. Assim o projeto de Rawls fracassa porque não podemos ser ao mesmo tempo pessoas para quem a justiça é primordial e pessoas para quem o princípio da diferença é um princípio de justiça.

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.
