

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 23 n. 2, jul. 2019

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



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 Silvia Marcia Ferreira Meletti
Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof^a. D^a. Tânia Lobo Muniz
Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros
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. 23, N. 2 (jul. 2019).
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.23, n. 2, jul 2019

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, Eduardo Bueno Rodrigues, Juliani Cristina Lima Grochoski, Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi, Laudicena de Fátima Ribeiro, Leonardo Cosme Formaio, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch, Uiara Vendrame Pereira.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. CARLOS NELSON KONDER (UERJ)
DRA. DAIANE MOURA DE AGUIAR (UAM)
DR. DARCI GUIMARÃES RIBEIRO
(UNISINOS)
DR. DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA
(UFSC)
DRA. EDNA RAQUEL HOGEMANN (UNESA/
UNRIO)
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR)
DR. GILBERTO FACHETTI SILVESTRE (UFES)
DR. JOÃO PORTO SILVÉRIO JUNIOR (UniRV)
DR. JOSÉ AILTON GARCIA (UNIAN)
DRA. JULIANE CARAVIERI MARTINS (UFU)
DR. LOURIVAL OLIVEIRA (UNIMAR)

DR. MARCO ANTONIO DOS ANJOS
(MACKENZIE)
DRA. MARIA PRISCILA SOARES BERRO
(UNIR)
DR. MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER
(UNIJUI)
DR. MAURIN ALMEIDA FALCÃO (UCB)
DR. ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR)
DR. DOUTOR SAULO NUNES DE CARVALHO
ALMEIDA (UNIFOR)
DR. THIAGO GONÇALVES PALUMA ROCHA
(UFU)
DR. WILLIAM SANTOS FERREIRA (PUC/SP)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br
Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
O AGIR COMUNICATIVO INSERIDO NO CONSENSO DEMOCRÁTICO: INCURSÕES DO CAMPO JURÍDICO NO CONTEXTO SOCIAL A PARTIR DE JURGEN HABERMAS	10
COMMUNICATIVE ACTION INSERTED IN THE DEMOCRATIC CONSENSUS: RAIDS OF THE LEGAL FIELD IN THE SOCIAL CONTEXT FROM JURGEN HABERMAS <i>José Edmilson de Souza Lima e Roberto José Covaia Kosop</i>	
ARBITRAGEM ELETRÔNICA.....	26
ELECTRONIC ARBITRAGE <i>Rodrigo Almeida Magalhães e Marina de Souza Saraiva</i>	
A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM PRIVADA PARA FINS DE INDUÇÃO E FOMENTO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL.....	42
THE IMPORTANCE OF PRIVATE ARBITRATION TO INDUCE AND FOSTER FOREIGN INVESTMENT IN BRAZIL <i>Eveline Gonçalves Denardi e Rubens Baldassare Gonçalves Van Moorsel Filho e Rodrigo Goes de Queiroz</i>	
(IM) POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL PELA MEDIACÃO.....	55
(IN) POSSIBILITY OF REPLACING THE JUDICIAL PROCESS BY MEDIATION <i>Daniel Mota Gutiérrez e Gabriela Martins Carmo</i>	
A PROTEÇÃO DE DADOS DA PESSOA JURÍDICA E A LEI 13.709/2018: REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	74
THE DATA PROTECTION OF THE LEGAL ENTITY AND LAW 13709/2018: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY <i>Rodrigo Almeida Magalhães e Sthéfano Bruno Santos Divino</i>	
FOMENTO PARA PESQUISAS DE NANOBIOTECNOLOGIA A PARTIR DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SOB A ÓTICA DA BIOPOLÍTICA.....	91
PROMOTION OF RESEARCHES ON NANOBIOTECHNOLOGY BY MEANS OF CONDUCT ADJUSTMENT AGREEMENT AND FROM THE POINT OF VIEW OF BIOPOLITICS <i>Jefferson Aparecido Dias e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer e Geilson Nunes</i>	
A FRAUDE COMO ELEMENTO SUBJETIVO ESSENCIAL À APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS “HOLDINGS” FAMILIARES.....	110
FRAUD AS A SUBJECTIVE ELEMENTARY ESSENTIAL TO THE APPLICATION OF THE INVERSE DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY IN FAMILY HOLDINGS <i>Elcio Nacur Rezende e Marcelle Mariá Silva de Oliveira</i>	
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	127
GENERAL LAW ON DATA PROTECTION AND ITS REFLECTIONS ON WORK RELATIONS. <i>Lara Castro Padilha Ramos e Ana Virgínia Moreira Gomes</i>	

A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO ECONÔMICO NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: NA VIDA A GENTE PEDE O QUANTO QUER E RECEBE O QUANTO PODE.147
THE INFLUENCE OF THE ECONOMIC CONTEXT ON JUDICIAL INTERPRETATION: IN LIFE WE ASK FOR AS MUCH AS WE WANT AND RECEIVE AS MUCH AS WE CAN

Alessandra Cavalcante Scherma Schurig e Júlio César de Sá Rocha

CONTRATUALISMO X INSTITUCIONALISMO: A BUSCA POR UM CAMINHO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO.....166
CONTRATUALISM X INSTITUTIONALISM: THE SEARCH FOR A WAY FOR THE SCIENCE OF LABOR LAW

Saulo Nunes de Carvalho Almeida

A TEORIA DA JUSTIÇA.....183
THE THEORY OF JUSTICE

Leonardo Cosme Formaio

DO CONTRATO SOCIAL187
THE SOCIAL CONTRACT

Luiz Gustavo Campana Martins

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 23º 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: “A Teoria da Justiça”, de Leonardo Cosme Formaio, e “Do Contrato Social”, de Luis Gustavo Campana Martins, e mais dez artigos, que tocam em diversas áreas do direito, tais como: a) O agir comunicativo inserido no consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de Jurgen Habermas; b) Arbitragem eletrônica; c) A importância da arbitragem provada; d) (Im) possibilidade de substituição do processo judicial pela mediação; e) A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei 13.709/2018: reflexões à luz dos direitos da personalidade; f) Fomento para pesquisas de nanobiotecnologia a partir de compromisso de ajustamento de conduta e sob a ótica da biopolítica; g) A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica nas “holdings” familiares; h) Lei geral de proteção de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho; i) A influência do contexto econômico na interpretação judicial: na vida a gente pede o quanto quer e recebe o quanto pode; e j) Contratualismo x institucionalismo: a busca por um caminho para a ciência do direito do trabalho. 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

**O AGIR COMUNICATIVO INSERIDO NO
CONSENSO DEMOCRÁTICO: INCURSÕES DO
CAMPO JURÍDICO NO CONTEXTO SOCIAL A
PARTIR DE JURGEN HABERMAS**

COMMUNICATIVE ACTION INSERTED IN THE
DEMOCRATIC CONSENSUS: RAIDS OF THE LEGAL
FIELD IN THE SOCIAL CONTEXT FROM JURGEN
HABERMAS

José Edmilson de Souza Lima*
Roberto José Covaia Kosop**

* Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento em 2005 pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Mestre em Sociologia Política em 1997 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Graduação em 1993 em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
E-mail: roberto_kosop@hotmail.com

** Doutorado em andamento pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Mestre em Direito em 2018 pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)
Especialista em Direito Contratual da Empresa em 2018 pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)
Graduação em Direito em 2015 pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)
E-mail: roberto_kosop@hotmail.com

Como citar: LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, José Covaia; NUNES Geilson. O agir comunicativo inserido no consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de Jurgen Habermas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 10-25, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p10. ISSN: 2178-8189

RESUMO: O presente artigo se desenvolve, tanto metodológica quanto epistemologicamente, pela teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas para, evidenciar seu valor ao campo jurídico e servir de ponto largada à reflexões desenvolvidas pelo sociólogo alemão, especificamente, do conhecimento aliado ao interesse, da ética inserida do consenso democrático, da relação do direito com a esfera pública e do desenvolvimento do sujeito em prol do pensamento jurídico pós-metafísico. Conclui-se que o Direito é fundado no campo social por intermédio de circuitos de comunicação que habilitam atores sociais à se tornarem relevantes no ambiente jurídico e codificam na linguagem perspectivas crescentes de justiça.

Palavras-chave: Democracia; Teoria do Ação Comunicativa; Sociologia do Direito.

ABSTRACT: The present article is developed, both methodologically and epistemologically, by Jurgen Habermas' theory of communicative action to show its value to the legal field and serve as a starting point for the reflections developed by the German sociologist, specifically knowledge associated with interest, Democratic consensus, the relation of law to the public sphere, and the development of the subject in favor of post-metaphysical legal thinking. It is concluded that the Law is founded in the social field through communication circuits that enable social actors to become relevant in the legal environment

and encode in the language growing perspectives of justice.

Keywords: Democracy; Theory of Communicative Action; Sociology of Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo desenvolver o pensamento do sociólogo alemão Jurgen Habermas (1929-), em especial aspectos da teoria do agir comunicativo e sua capacidade de interligar o fenômeno jurídico com o campo social e político. Valorizar-se-á o papel essencial de Habermas em contornar o conhecimento do Direito com temas de bioética, política, cidadania, democracia e metafísica pós-moderna.

O entendimento do contexto filosófico e histórico do discurso jurídico, essencialmente, exige uma reflexão ética do papel que exerce o sujeito em prol da coletividade e das relações de linguagem que desenvolve com seus semelhantes.

Entre vários de seus objetivos epistemológicos, pode-se ressaltar a elaboração de uma teoria da sociedade moderna embasada por métodos da sociologia e da filosofia da linguagem, voltando-se para uma dimensão de verdade como fruto de experiências intersubjetivas e dialógicas. Ainda, Habermas frisa o uso de regras de semânticas inteligíveis ao receptor, a veracidade do conteúdo das informações, a justificação do emissor e a sinceridade na emissão comunicativa como as fontes de eficiência da comunicação proposta a ser desenvolvida. Ressalta-se as seguintes obras como fundamentais para o desenvolvimento de sua episteme: *Teoria do Agir Comunicativo* (1981), *Consciência Moral e Agir Comunicativo* (1983); *O Discurso Filosófico da Modernidade* (1983) e *Direito e Democracia* (1992).

O Direito moderno, para Habermas, é constituído por normas modificáveis que, mesmo assegurando a liberdade dos cidadãos, são promulgadas por uma figura política e sustentadas por ameaças de sanções. Ao passo que o Direito abre a possibilidade de cumprimento do cálculo legislativo estratégico de governança, ele permite que haja um diálogo entre sujeitos que estão vulneráveis a facticidade da imposição positiva. Logo somente são legítimas "aquelas leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os membros da comunidade jurídica, em um processo democrático de formação discursiva da opinião e da vontade comum" (OLIVEIRA, 2007, p. 46).

Por sua vez, o processo democrático permite que haja a formação discursiva de opinião de vontades públicas, conferindo legitimidade (eficácia e validade) às normas jurídicas baseadas em razões morais.

Como membro da segunda geração da Escola de Frankfurt¹, Habermas desenvolveu seus estudos a partir de problemáticas sociais e subjetivos com o ímpeto de repensar a comunicação. Desenvolver-se-á, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica com doutrinadores específicos desta temática e obras do sociólogo alemão para demonstrar as questões investigativas que surgiram a partir da teoria do agir comunicativo inserida em um contexto democrático.

1 A Escola de Frankfurt incorporou a moderna Teoria Crítica da Sociedade, em grande escala se caracterizando como neomarxista. Ao lado de Jurgen Habermas, tem-se outros grandes filósofos como Theodor Adorno, Herbert Marcuse e Erich Fromm. "Nas áreas da sociologia e da filosofia política, a Teoria Crítica foi além da interpretação e da compreensão da sociedade; ela se esforçou para sobrepujar e destruir todas as barreiras que, em sua visão, mantinham a sociedade presa em sistemas de dominação, opressão e dependência." (GRASS, 2016).

A ética de discurso, tal como concebida por Habermas (fruto das influências de Immanuel Kant e Karl-Otto Apel), é constituída pela estruturação de uma razão comunicativa de pragmática formal. Ou seja, “a validade ou não de uma norma é medida pelo consenso alcançado entre os sujeitos capazes de linguagem e ação” (RAUBER, 1999, p. 57).

O autor propõe uma complexa interlocução com referenciais da sociologia e da filosofia, porém, o presente artigo não se digna a abranger tais peculiaridades dos escritos de Habermas, cabendo, portanto, a análise respeitosa e cuidadosa dos conceitos abaixo delimitados, com a finalidade de os aproximar do campo jurídico. Seu movimento analítico permite um investimento reflexivo necessário de um período de crise epistemológica, tal qual se verifica no ambiente acadêmico do Direito, materializado nas mais diversas ramificações práticas. Desta forma, a teoria de Habermas apresenta um caráter interparadigmático, processando ricas reflexões interdisciplinares.

Ainda, reavaliar-se-á a realidade sócio-jurídica, o subsequente modelo de produção do conhecimento dentro do campo do Direito, as relações que estabelecem os sujeitos e suas perspectivas do modelo de Estado Democrático e, por fim, estruturar-se na ética do discurso comunicativo como uma teoria racional que não somente contraria uma razão instrumental, mas como propõe uma ética do viver bem, da solidariedade e conexão entre indivíduos a partir da linguagem.

2 A REALIDADE SÓCIO-JURÍDICA E A MORAL

Sob uma perspectiva dialógica, o campo jurídico é tido por um racionalismo aplicado e inseparável do empirismo reflexivo. O ambiente pluralista do Direito não mais permite que haja uma hegemonia dogmática que isole os expoentes de uma relação social. O conhecimento que se constrói não objetiva a construção de uma unidade epistemológica isoladora de demais fenômenos, mas produz realidade suscetível ao nascimento de fontes comunicativas inéditas. Neste tocante, o conhecimento produzido dialogicamente “é um conhecimento que aproxima o sujeito cognoscente do objeto a ser conhecido, do fenômeno a ser compreendido, analisado e, quiçá, transformado” (SOUZA-LIMA; MACIEL-LIMA, 2016, p. 12). Compreende-se, portanto, que o sujeito está em constante aprimoramento, ao passo que seu objeto segue a mesma linha. A partir de tal entendimento, não há como negar que o meio de conexão entre sujeito e objeto também se constitui como um fenômeno que altera-se para melhor compreender suas polaridades.

A experiência jurídica ganhou novas atribuições, podendo ser definida como tridimensional ao julgarmos que o fato social do Direito vem embutido de nexos axiológicos e normativos.

Qualquer norma jurídica, privada de sua condicionalidade fática e do sentido axiológico que lhe é próprio, passaria a ser mera proposição normativa, reduzir-se-ia ao seu suporte ideal, que é no fundo, o objeto próprio de um estudo de natureza lógica [...] o filósofo do Direito não se limita a estudar os valores em si mesmos. (REALE, 2002, p. 585-586).

A tarefa epistemológica consiste em estudar os valores sociais tais como estes se apresentam no âmbito jurídico, ou seja, a relação entre tais valores com as condições transcendentais do ordenamento escolhido.

Incontestavelmente, os fatos jurídicos são fatos sociais e o estudo de suas origens demonstra que os símbolos de solidariedade e sociabilidade estão impregnados nesta seara cultural. “Os ordenamentos jurídicos são fenômenos da realidade social, que, como todos os outros, se tornam para a mente do homem objeto do conhecimento” (PERASSI, 1966, p. 11). A ciência jurídica se ocupa a verificar as relações destes ordenamentos com a sociedade que se tenta regular. A comunicação e o método comunicativo de agir são chaves epistemológicas primordiais para se compreender o estado da arte e se propor novas modificações que engrandecem a coletividade entendida como emaranhado de relações.

A consciência do próprio grupo social é uma fonte profunda do Direito, sendo que este “não se distingue da moralidade mais que pelo fato de que esta permanece no estado de regulamentação difusa, enquanto que as regras jurídicas representam a coerção social organizada” (CUVILLIER, 1966, p. 44).

A base estrutural da moralidade sustenta o Direito e da tensão entre coerção e liberdade (validade e facticidade) que o campo jurídico se alimenta. A ação tem um patamar maior que o próprio saber e, desta forma, o sistema legal preside as ações, define pautas e comanda a força de cumprimento de determinados mandamentos.

O Direito forma “um complexo de reguladores de ação”, na concepção de Habermas, que não deixa de compartilhar com a moral a capacidade de influenciar na tomada de decisão, mas que não se define por isso, e sim pela capacidade de produzir uma eficácia direta sobre a ação. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 557).

Na moral o campo jurídico recolhe os princípios primordiais para constituir os processos valorativos e compreensivos das ações humanas pretendidas como objeto da valoração epistemológica. Para Habermas, o Direito é um “sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição” (HABERMAS apud BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 558). O complexo de ações é o objeto do Direito que age organizado pelos mecanismos de interação do convívio social, ou seja, pela comunicação, pela linguagem e pelos sinais inerentes ao agir comunicativo.

A meu juízo o Princípio do Discurso deve ser situado num nível de abstração que é neutro relativamente à distinção entre moralidade e direito. Por um lado supõe-se que ele tenha suficiente conteúdo normativo para avaliar imparcialmente normas de ação como tais; por outro lado, ele não pode coincidir com o princípio oral, porque só subsequentemente se dá sua diferenciação no princípio moral e no princípio democrático. (HABERMAS, 1995, p. 52).

Cumpra-se a função de dizer as escolhas válidas, possibilitando o exercício das liberdades

individuais dentro do contexto coletivo e reclamando obediência e consciência dos interlocutores sociais.

[...] os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente. No entanto, dentro de uma sociedade complexa, uma cultura só consegue se afirmar perante as outras convencendo suas novas gerações, que também podem dizer “não”, das vantagens de sua semântica que viabiliza o mundo e de sua força orientada para a ação. (HABERMAS, 2010, p. 5).

Para Habermas (1997 a), o Estado Democrático de Direito não está esvaziado de preceitos morais, pois a ciência jurídica agrega, por intermédio do discurso, as interfaces axiológica, fazendo-as se desdobrarem para os preceitos de validade e eficácia moralmente legítimos. Partindo da sua teoria do agir comunicativo, Habermas (1997) estabelece que não há qualquer evolução em pensar os sistemas moral e jurídico unitários e isolados, “o agir comunicativo pressupõe esta participação do juízo moral na produção de decisões sociais e juridicamente relevantes” (HABERMAS apud BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 559).

[...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade. (HABERMAS, 1997b, p. 203).

Logo, o campo jurídico é aberto e estimula uma fundamentação dinâmica, transcendendo as barreiras do direito positivo e do ordenamento posto. A Moral e o Direito se controlam mutuamente. “A moral não paira mais sobre o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder a identidade” (HABERMAS, 1997b, p. 218).

3 EVOLUÇÃO AO MODELO DE PRODUÇÃO NO CAMPO JURÍDICO

Neste instante é seguro afirmar que o campo jurídico não mais se encontra epistemologicamente isolado das demais ciências e o discurso jurídico é fruto de vários fatores e variáveis sociais. Por sua vez, a lógica jurídica é substancial para o entendimento da equação jurídica.

Mesmo que pensadores já se dedicavam às questões discursivas e da linguagem no final do século XIX, somente a partir do início do século XX, estabeleceram-se as condições para o desenvolvimento da filosofia lógica dentro dos parâmetros acessíveis ao Direito.

“A lógica é ciência afim de outras artes ligadas à linguagem, ao discurso, bem como à excelência da elocução.” (BITTAR, 2004, p.148). Desta forma, verifica-se que há confusões epistêmicas,² sobretudo na definição conceitual dos espaços de delimitação dos estudos da ação

do campo jurídico.

Sob a ótica pretendida do Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica deve ser tida como um manejo de transformação social. Entretanto, verifica-se, infelizmente, uma quebra de função do Direito e um desvio das instituições constitucionalmente encarregadas de aplicação legal. Paradigmaticamente, o campo jurídico brasileiro (e sua dogmática) estão baseadas nos ideais liberais-individualistas e, nos tempos presentes, “não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse velho Direito” (STRECK, 2000, p. 33-34) que ainda é produzido pelo modo liberal-individualista que somente se preocupa com a produção normativista.

Somente por intermédio desta ótica que o entendimento dos juristas acerca da realidade do campo epistêmico é materializado, tanto na resolução de disputas interpessoais quanto no desenvolvimento de trabalhos acadêmicos.

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc.) Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina. (STRECK, 2000, p. 36).

A crítica de Habermas (1997a) está presente no tocante ao excesso individualismo na visão do mundo jurídico e o conseqüente formalismo que se cria ao analisar a concretude do Direito. A super valorização da subjetividade individual, aqui referida, condiz ao entendimento de que os direitos individuais são juridicamente mais relevantes do que os direitos da comunidade. Por sua vez, conforme Streck (2000) estabelece, o formalismo decorre do apego ao conjunto de procedimentos burocratizados e impessoais, erroneamente, justificados em normas que trariam uma segurança e certeza jurídica. Entretanto, não há um estabelecimento de comunicação, tanto pela falta de entendimento constitucional³ quanto pela falsa percepção de sujeito e objeto social. Ao estudar este autoentendimento jurídico, ou ainda autorreferencial, tem-se prova da justificativa de Habermas, “de que o direito se caracteriza por uma forma de argumentação singular e particularmente racional” (BEATTY, 2014, p. 63).

2 O entendimento da lógica jurídica é algo complexo, vide as peculiaridades do pensamento humano e as correntes diversas. “Neste sentido de reflexão, pode-se identificar a seguinte quadratura de compreensão da lógica jurídica, em suas diversas partes do estudo, a saber: a) lógica deontológica (normativa; genérica; abstrata; visa ao comportamento); b) lógica judiciária (factiva; tendenciosa e opinativa; potestativa; interação; aplicação; interpretação; ônus probatório; argumentação); c) lógica epistêmica (interpretação; racionalização; neutralidade; sistematização; compreensão; dicção; cognição; expressão)” (BITTAR, 2014, p. 159).

3 “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social do Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas. (STRECK, 2000, p. 39).

Assim sendo, para Habermas (1997a) o trabalho que se direciona ao campo jurídico é encarado como um proceder instrumentalista ou, ainda, comunicativo, pois medeia as mais variadas formas de expressão social. Logo, a crítica ao conhecimento jurídico somente se valida ao partir de uma teoria social.

[...] a tarefa de não apenas enfatizar o quanto o saber tecnicista, por exemplo, denega o interesse pela emancipação, mas de detectar possibilidades histórico-reais onde esse interesse não é traído pela eficácia prática senão exercido em seu status teórico-orientador. (HECK, 1987, p. 17)

Instrumentalizar o pensamento do campo jurídico através da noção comunicativa possibilita fazer uso de um conceito transcendental da ciência, pois aproxima variável que até então encontravam-se isoladas das lentes do Direito. A auto-reflexão surge da vontade do sujeito em realizar uma análise constitutiva, pois “[...] a ciência carece precisamente deste momento da reflexão, pelo qual se distingue uma crítica que examina o processo histórico-natural da autogeração do sujeito social, e leva este sujeito a adquirir consciência de tal processo.” (HABERMAS, 1987, p. 63).

Assim, Habermas (1997b) entende que o Direito pertence a um domínio diferente (*Lebenswelt*) ou seja, compõe o mundo da vida, aquele resumido na complexidade de variáveis sociais que condicionam o agir comum. Impregnado de consensos das experiências individuais, “o mundo da vida cria as condições para o diálogo e o consenso, para o encontro das vontades e para a deliberação político-jurídica na dimensão da esfera pública”. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 560). Há o compartilhamento da tradição cultural comum e da comunicação dos valores, identidades e expectativas similares. “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo”. (HABERMAS, 1997a, p. 42). A linguagem demonstra um importante papel ao campo jurídico por operar as junções necessárias entre geral e particular ao codificar as razões objetivas das instituições sociais designadas à cumprir as tarefas constitucionais.

Evidentemente, Habermas (1984) quebra com o paradigma da consciência, aquele no qual o sujeito solitário busca entender o mundo ao descobrir as leis gerais, sem auxílios aparentes.

[...] eu pretendo arguir que uma mudança de paradigma para o da teoria da comunicação tornará possível um retorno à tarefa que foi interrompida com a crítica da razão instrumental; e isto nos permitirá retomar as tarefas, desde então negligenciadas, de uma teoria crítica da sociedade (HABERMAS, 1984, p. 386).

O conceito de Habermas da razão comunicativo é diferente dos mundos objetivo e subjetivo. Ainda, supera-se uma visão mítica do caráter unificador e do objeto cognoscível, surgindo a necessidade de um sujeito que acompanhe o mundo da vida e as evoluções da linguagem.

[...] deste conceito é que ele pressupõe o abandono da relação cognitiva sujeito-objeto por um procedimento cognitivo de natureza intersubjetiva, numa relação sujeito-outro sujeito e que só é possível com a progressiva descentração de nossa visão egocêntrica de mundo. (PINTO, 1995, p. 80).

Desta forma, a teoria habermasiana não visualiza uma racionalidade instrumental da ação controlada pelo subsistema jurídico das instituições constitucionais, mas procura nas ações materializadas no mundo da vida, uma comunicação intersubjetiva e um sentido racional que promova a integração necessária para orientar a vida particular e efetivar o ordenamento jurídico na esfera pública.

4 A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

De acordo com Habermas (1997b), a razão comunicativa é aquela fundada no agir comunicativo, ou seja, pensando em problemas comuns, constrói, dialeticamente, suas soluções dominadas por múltiplos fatores a seres explorados pelos interlocutores. A autonomia privada, por sua vez, dependente e cooriginária de uma autonomia pública, é delimitada pelo princípio da democracia e possibilita que haja a conexão entre indivíduos com interesses particulares diversos.

Para Habermas, existe uma correlação direta entre ação comunicativa e mundo da vida, já que cabe à primeira a reprodução das estruturas simbólicas do segundo (cultura, sociedade, pessoa). Assim, sob o aspecto do entendimento mútuo, a ação comunicativa serve para transmitir e renovar o saber cultural; sob o aspecto de coordenar a ação, ela propicia a integração social; e sob o aspecto da socialização, ela serve à formação da personalidade individual. (PINTO, 1995, p. 81)

O princípio do discurso tem um sentido cognitivo, pois filtra as contribuições e temas pertinentes aos resultados pretendidos no favor do desenvolvimento epistemológico. O procedimento democrático, por sua vez, é fundamentado na legitimidade do Direito.

O poder da comunicação de convicções comuns é estruturado a partir da intersubjetividade “e esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativo do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos” (HABERMAS, 1997a, p. 191). As mais diversas sociedades desejam regular a convivência comum e os meios de direito devem conseguir desenvolver a habilidade de colocação dos fins comuns em consonância às atividades idealizadas pelos indivíduos moralmente aceitos. Consequentemente, “na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de uma legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo”. (HABERMAS, 1997a, p. 204).

Assim, a teoria do agir comunicativo nasce como aquele dizer voltado para a compreensão lógica do dinamismo da verdade conforme o fruto das experiências subjetivas e dialógicas dentro do ambiente social. A linguagem, para Habermas (1989) constitui uma proposta universal e

pragmática, pois possui pressupostos próprios para existir⁴ e condiciona aspectos para a existência dos demais fenômenos coletivos.

[...] a ideia de consenso lógico parece ser o único meio, ou a única via, para que não se resvale num apriorismo desnecessário ou num moralismo reacionário e autodefensivo de seus valores. O consenso é uma ideia comunitária a ser desenvolvida pelo grupo que pensa seus problemas em comum e, portanto, constrói, comunicativamente, suas soluções (morais e jurídicas). (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552).

Há uma valorização do *cogito* de Descartes⁵, marcando a reflexão transcendental do ponto pessoal de pensamento, permitindo, uma evolução da organização do conhecimento. Habermas (1989) pensa nas trocas de experiências para a realização de uma ação comunicativa e comunitária.

O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de outras éticas cognitivistas, universalistas e formalistas, tais como a teoria de justiça de Rawls. (HABERMAS, 1989, p. 148).

Habermas (1997a) evoca a razão comunicativa como o fio condutor para a compreensão da modernidade e dos métodos para a solução de anomias sociais identidades por outros pensadores, como Apel e Wittgenstein. O conceito de racionalidade comunicativa assume a posição instrumental para formular meios de ações teleológicas, diferentemente de meios de dominação ou obediência, mas sim, de conexão intersubjetiva.

Portanto, o autor expõe o agir comunicativo como uma alternativa à teoria da ação racional weberiana, que é monológica, e à teoria da racionalidade instrumental da Escola de Frankfurt, que é funcionalista. Ambas as perspectivas teriam negligenciado o papel da intersubjetividade comunicativa à qual Habermas considera essencial devido ao seu caráter essencial na vida humana em sociedade. Ele propõe a teoria do agir comunicativo como uma forma de se produzir novo sentido para a razão na modernidade. (PALERMO, 2013, p. 5)

O agir comunicativo é uma interação comunicativa (ato locucionário) visando às ações orientadas para o entendimento. Deve-se visar os fins de entendimento e não meramente estratégicos ou de interesses particulares. A intenção é de propor soluções racionais ao campo jurídico para se constituir relações sociais inéditas capazes de produzir modelos éticos modernos e mais adaptáveis à realidade.

4 Acerca dos pressupostos da pragmática universal, pode-se ressaltar que “encontramo-nos, portanto, diante de quatro pretensões de validez: 1) inteligibilidade, 2) verdade, 3) veracidade, 4) retidão” (STIELTJES, 2001, p. 57).

5 René Descartes (1596-1650) é considerado um expoente da filosofia moderna. O filósofo interrompe a dúvida ao estabelecer o *cogito*, ou seja, a capacidade humana de descobrir-se como um ser pensante. Desta forma, “o ser humano é compreendido como *res cogitans* (coisa pensante) e *res extensa* (coisa extensa).” (ARANHA; MARTINS, 2013, p. 131).

[...] incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, e tão somente fins como esses. Ao contrário, considero agir estratégico mediado pela linguagem as interações em que ao menos um dos participantes pretende ocasionar com suas ações de fala efeitos perlocucionários em quem está diante dele (HABERMAS, 2012, p. 510).

A ação comunicativa é inserida em várias relações mundanas, devendo permitir que os interlocutores partilhem das interpretações e das definições comuns relativas à situação pretendida. O eixo cognitivo oferece diversas possibilidades racionais de mudanças temáticas promovidas para a evolução da episteme social.

Importante frisar que, para Habermas (2012), a teoria do discurso é capaz de reunir o princípio republicano (soberania e vontade popular) com a participação liberal, aquela que respeita os interesses particulares e as liberdades individuais. Pode-se promover condições, por intermédio da intersubjetividade, a produção de debates que visam a evolução dos direitos e deveres constitucionais, interpretando o texto constitucional como um produto de atos e ações comunicativas e não um texto meramente programático.

“As tradições da filosofia política moderna, contudo, não conseguiram dirimir a tensão entre soberania popular e direitos humanos, entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos” (ANDRADE, 2017, p. 7). Desta forma, Habermas dá primazia ao domínio da linguagem para estabelecer um método que concilie os tópicos que até então encontravam-se desconexos na instrumentalidade dos requisitos funcionais nos fins políticos e legislativos.

Os dois paradigmas - liberal e social -, nos desdobramentos posteriores da dialética entre a igualdade jurídica e factual”, revelaram-se igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial. (ANDRADE, 2017, p. 10).

Para Habermas (2012), os paradigmas, mesmo antagônicos, conseguem se aproximar por intermédio de ações comunicativas e comunitárias que tratam da coesão interna entre a autonomia da esfera pública e das liberdades individuais. De acordo com Oliveira e Andrade (2017), por intermédio da Teoria Discursiva, o Direito e o processo legislativo se aproximam na formação da opinião pública, devendo, sob as formas de comunicação, prevalecer o discurso pelo seu aspecto cognitivo (filtragem de temas) e pelo prático (produzir relações de entendimento mútuo livre de coerção).

5 O ARGUMENTO ÉTICO-DISCURSIVO NO TOCANTE AO CAMPO JURÍDICO

Não restam dúvidas que, conforme Habermas (1997a) a *democracia deliberativa*⁶

6 No mundo moderno, a democracia representativa manteve o princípio da soberania popular, ou seja, aquele poder que emana do povo e, em seu nome, será exercido em parlamento a partir da transferência das funções governamentais. “No seu conceito extrínseco ou formal, a democracia vem a ser uma modalidade de forma republicana (a República

possibilita ao cidadão o uso público de sua razão particular e instrumentalizada para a construção de normas de caráter comum aos demais, e o *consenso democrático* é construído por um grupo de indivíduos que partilham os mesmos problemas e discutem as soluções éticas cabíveis para a subsunção do fato à norma. Logo, é completamente inviável conceber o Estado de Direito sem a democracia, e vice-versa.

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem os conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos. [...] uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorado o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. (STRECK, 2000, p. 40).

Para Habermas (1995), “o direito não é um sistema narcisisticamente fechado em si próprio, mas é alimentado pela vida ética democrática de cidadãos emancipados e por uma cultura política liberar que lhe é afim” (1995, p. 53). O poder social de organização não falta em nenhum grupo humano e Habermas (1997b) ao entender tal situação, propõe que haja uma conexão entre tais, a fim de transcender vários problemas da sociologia. “A imposição da institucionalização do poder e sua substituição do poder difuso é algo que só se verifica quando determinadas condições objetivas da vida social o solicitam como vital do grupo”. (MACHADO NETO, 2008, p. 299).

A partir da teoria do discurso, o Direito é considerado na perspectiva de uma razão que se comunica, que age e, portanto, experimenta-se na razão metafísica e nas intenções práticas. “A razão comunicativa produz verdades a partir do exercício da interlocução mediada por instrumentos institucionais garantidores das condições de aparição do discurso” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 555). A origem da vontade, por intermédio do discurso, é claramente influenciada pelo jogo democrático, no qual os envolvidos constituem as garantias legais. “As regras semânticas constitutivas do discurso são decisivas para o significado, e, desse modo, também são decisivas para o procedimento de verificação e para o consenso.” (ZANELLA, 2012, p. 134). Ou seja, só há possibilidade de reconhecer-se como um integrante do grupo comunicativo se os pressupostos analíticos e éticos estiverem alinhados. Todo conteúdo poderá e deverá ser reconhecido como verdadeiro, caso passível de consenso. Consequentemente, a ética do discurso é capaz de expandir as dimensões sociais, vide que a teoria do agir comunicativa tenta conjugar a tensão que existe entre a validade e a facticidade.

No modelo comunicativo do agir, por sua vez, a competência da linguagem ordinária é prevista na condição de fornecer aos agentes a capacidade de usar todo esse sistema de relações de mundo e reivindicações de validade com a finalidade pode ser aristocrática ou democrática e, intrinsecamente, é uma condição comum de qualquer governo, monárquico ou republicano.” (MALUF, 1981, p. 289).

de coordenar a ação. Nesse modelo, os agentes possuem tanto a competência de dispor reflexivamente das três relações de mundo quanto da competência para avaliar a racionalidade ou irracionalidade das ações de um agente, sempre de acordo com todos os três grupos de critérios – verdade/sucesso, legitimidade normativa e veracidade/autenticidade – subentendidos nas diferentes relações de mundo possíveis. (ZANELLA, 2012, p.138).

A ética do discurso é inserida neste contexto de ciência reconstrutiva e fundamentada racionalmente nos atos de conhecer, agir e comunicar. Para Habermas (1989), esta ética é balizada em um processo de comunicação cognitiva dada a pretensão de validade universal, dependendo, necessariamente, do agir. O teor normativo das premissas é estabelecida na ética da linguagem e, neste caso,, de determinações condicionais de concretude das ações e do conteúdo político/moral inserido na discussão. “O conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação” (HABERMAS, 1997a, p. 25).

[...] a problemática necessidade de refundar a ideia de Estado de Direito dentro de nossa cultura, como único mecanismo possível de manutenção da coesão social, sabendo-se que o estado atual da questão é exatamente o de crise, talvez gerada pela carência de efetiva presença e exercício de seus próprios princípios. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 556).

Em uma realidade plural, no qual o mundo da vida se expressa em variadas formas e se extraem múltiplas experiências, a condição humana perante seu próximo necessita ser reavaliada para que o campo jurídico esteja organizado como categoria hábil à transformação social.

CONCLUSÃO

A teoria do agir comunicativo e os demais aspectos da filosofia habermasiana foram colocados em voga no presente artigo não somente com a intenção de aproximar ao campo jurídico os mecanismos de operacionalização, mas como, também, demonstrar a validade e necessidade para o presente período globalizado.

Habermas oferece uma compreensão de modernidade que valoriza as intenções individuais, mas as coaduna com os interesses coletivos, sem suprimir as características libertárias ou os aspectos da identidade subjetiva. A própria razão e a comunicação estabelecem novos sentidos éticos para o campo social no mundo atual. Por sua vez, a constante luta do campo jurídico está em conciliar o conflito potencial de reduzir as liberdades individuais com o incentivo das bases comunicativas que aproximam as epistemes.

Inegável, portanto, que o agir comunicativo necessita de um discurso válido, com pretensões que possibilitem o consenso e a base comum para a materialização de uma ação orientada pelo sujeito.

O campo jurídico como sendo instrumental à experiência social é imprescindível para a

vivência governada pelo império racional, enquanto sendo fomentado pela razão comunicativa. Criando o discurso e comunicação entre sujeito, a teoria habermasiana permite o crescimento de perspectivas novas sociais e como se compreende a distribuição de justiça.

O pensamento de Habermas afirma a necessidade do Direito representar alternativas para os sistemas já capitaneados por sistemas majoritários. A razão de constituição do agir comum, determinado pelo discurso, garante o envolvimento na produção democrática dos conceitos jurídicos.

Finalmente, conclui-se que aproximar a teoria habermasiana ao campo jurídico permite que haja um crescimento no potencial da ciência do Direito que passa a ser um indicativo de liberdade e emancipação ao estimular o desenvolvimento dos fins comuns embalados pelo agir comunicativo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2003.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BITTAR, E. C. B. Lógica. In: BITTAR, E. C. B; SOARES, F. M. **Temas de Filosofia do Direito**: velhas questões, novos cenários.

CUVILLIER, Armand. Os Fatos Jurídicos São Fatos Sociais: seus caracteres próprios. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahide. **O Direito e a Vida Social**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966.

GRASS, Claudio. **A Escola de Frankfurt, O Marxismo Cultural, e o Politicamente Correto como Ferramenta de Controle**. Disponível em: < <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2401>> Acesso em: 12.fev.2017.

HABERMAS, Jurgen. **Conhecimento e Interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O Futuro da Natureza Humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de

Eurides Avance de Souza. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista.** v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **The Theory of Communicative Action: reason and the rationalization of society.** v. 1. Boston: Beacon Press, 1984.

_____. **Três Modelos Normativos de Democracia.** Lua Nova. n. 36. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>. Acesso em 11.fev.2017.

HECK, José N. O Telos Terapêutico. In: HABERMAS, Jurgen. **Conhecimento e Interesse.** Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Sociologia Jurídica.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Direito.** 12 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, M. A. C. **Coesão Interna Entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jurgen Habermas.** Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf. Acesso em: 12.fev.2017.

_____; ANDRADE; C. C. A Relação Entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/camila_cardoso_de_andrade.pdf. Acesso em 11.fev.2017.

PALERMO, Luis Cláudio. A Importância da Teoria do Agir Comunicativo na Atualidade: racionalidade, mundo de vida e democracia deliberativa. In: **Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP.** n. 6. Macapá. dez. 2013. p. 1-17

PERASSI, Tomaso. As Ciências do Direito. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahide. **O Direito e a Vida Social.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A Teoria da Ação Comunicativa de Jurgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia.** FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, fev/ago, 1995. p. 77-96.

RAUBER, Jaime José. **O Problema da Universalização em Ética.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SOUZA-LIMA, José Edmilson de; MACIEL-LIMA, Sandra. Por uma Epistemologia Dialógica para o Campo Jurídico. In: SOUZA-LIMA, José Edmilson de; MACIEL-LIMA, Sandra. **Entornos e Contornos do Conhecimento Jurídico.** Curitiba: Prismas, 2016.

STIELTJES, Cláudio. **Jurgen Habermas: a desconstrução de uma teoria**. São Paulo: Germinal, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZANELLA, Diego Carlos. A Ética Comunicativo-Discursiva de Jurgen Habermas. **Thaumazein**. ano V. n. 10. Santa Maria. dez, 2012. p. 131-149.

Como citar: LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, José Covaia; NUNES Geilson. O agir comunicativo inserido no consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de jurgen habermas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 10-25, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p10. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 06/03/2018.

Aprovado em: 04/07/2019.

ARBITRAGEM ELETRÔNICA

ELECTRONIC ARBITRAGE

Rodrigo Almeida Magalhães*

Marina de Souza Saraiva**

Como citar: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza . Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre o uso da arbitragem na era digital, tema que envolve, como se verá, pontos sensíveis e de complexa análise. Para compreensão do assunto, realizar-se-á a observação da nova situação paradigmática estabelecida pela denominada quarta Revolução Industrial. Buscar-se-á, também, observar os novos conflitos e as formas de solucioná-los dentro desse novo cenário, fazendo-se, nesse contexto, o estudo do desenvolvimento do *Online Dispute Resolution* (ODR). No que tange à arbitragem, na era digital, ponto central desse trabalho, examinar-se-á a forma, as peculiaridades e a conveniência do uso de recursos tecnológicos no desenvolvimento desse método, bem como as implicações legais referentes ao tema.

Palavras-chave: Quarta revolução industrial. Métodos eletrônicos de solução de controvérsias. Arbitragem.

Abstract: The present work has the objective of conducting a study on the use of arbitration in digital age, a topic that involves, as will be seen, sensitive points and a complex analysis. To understand the subject, we will observe the new paradigmatic situation established by the so-called forth Industrial Revolution. It also seeks to observe the new conflicts and ways of solving them within this new scenario, realizing the study of the development of Online Dispute Resolution (ODR). Regarding arbitration in the digital age, the central point of this work, will be examined the form, peculiarities, implications and the convenience of the use of technological resources in the development of this method, as well as the legal implications related to the subject.

Keywords: Forth industrial revolution. Online dispute resolution. Arbitration.

*Doutorado em Direito em 2004 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

Mestrado em Direito em 2000 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

Especialista em Direito em 1999 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

Graduado em Direito em 1998 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

E-mail: amagalhaes@ig.com.br

**Doutorado em Direito em andamento pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

Mestra em Direito Privado em 2018 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

Especialista em Direito Empresarial em 2014 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Graduada em Direito em 2011 Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, (PUC-MG)

E-mail: amagalhaes@ig.com.br

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico ao longo da história da humanidade culminou diversas vezes em mudanças paradigmáticas na forma como a sociedade se desenvolve. O direito, nesse contexto, é afetado e modifica-se atendendo à nova realidade estabelecida.

A denominada quarta Revolução Industrial, trouxe mudanças impactantes que continuam em curso, atualizando e alterando constantemente a forma como os seres humanos estabelecem suas relações em sociedade.

O presente trabalho, compreendendo esse panorama, tem como objetivo observar, especialmente do ponto de vista jurídico, o impacto da mencionada revolução no surgimento de conflitos e na forma como esses são resolvidos.

Em especial, o estudo pretende analisar os métodos adequados de solução de controvérsias na era digital, com foco na observação do desenvolvimento da arbitragem.

Como se verá, o tema envolve múltiplas questões complexas. Nesse sentido, não se pretende esgotar a análise da problemática concernente ao tema, mas indicar um panorama global da situação estabelecida, fomentando a disseminação de informações e reflexões, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento de ideias que possam amenizar ou por termo nos obstáculos encontrados para o uso dos mencionados métodos, especialmente tratando-se da arbitragem, técnica reconhecidamente relevante para o desenvolvimento do comércio interno e internacional.

1 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A expressão revolução pode ser compreendida como o ato de revolver. É caracterizada por uma mudança na estrutura organizacional de uma sociedade ou por uma modificação fundamental no poder político de uma sociedade, configurado em um curto intervalo de tempo. É um termo que também pode ser adotado para designar mudanças céleres nos campos econômico, científico, comportamental e tecnológico. (CONTREIRAS, 2015).

Schwab (2016) publicou, em razão dos assuntos abordados no Fórum Econômico Mundial, a obra intitulada a 4ª Revolução Industrial¹, realizando análise das implicações e características do momento tecnológico que a humanidade vivencia.

O autor menciona que a humanidade passou por diversas mudanças na forma de viver. A primeira delas ocorreu a cerca de 10.000 anos, com o surgimento da agricultura, que só foi possível a partir da domesticação dos animais. O homem, nesse contexto, passou a unir a sua força à dos animais para produção, não sendo mais necessária a busca por alimentos. Essa situação possibilitou que os seres humanos se assentassem, levando ao surgimento de aldeias e, posteriormente, de cidades. Tal cenário criou um ambiente favorável também para o desenvolvimento do transporte, da produção e da comunicação.

A revolução agrícola foi então seguida por diversas revoluções industriais que tiveram início no século XVIII, culminando na substituição da força muscular pela mecânica.

1 A referida obra foi utilizada como base para elaboração dessa seção.

A primeira Revolução Industrial sucedeu entre os anos 1760 e 1840 e ocorreu principalmente em razão da construção de ferrovias e da criação das máquinas a vapor. A segunda teve início no fim do século XIX e teve como elementos principais a invenção da eletricidade e da linha de montagem, permitindo a produção em massa. A terceira Revolução iniciou-se na década de 60 e é comumente denominada revolução digital, considerando principalmente as mudanças trazidas pelo desenvolvimento e uso dos computadores, dos semicondutores e da internet.

A quarta Revolução Industrial, atualmente em curso, teve início na virada desse século e tem como base a revolução digital, possuindo como elementos de destaque a internet onipresente e móvel, os sensores poderosos e menores, que se tornam cada vez mais baratos, bem como a inteligência artificial. Destaca-se, contudo, que o aspecto mais relevante do atual momento diz respeito à integração e sofisticação de todas as tecnologias que se desenvolvem e se comunicam concomitantemente. De maneira geral, a diferença fundamental da quarta Revolução Industrial em relação às demais diz respeito a atual fusão e interação das tecnologias no que tange aos domínios digitais, biológicos e físicos².

Sobre a complexidade do panorama atual, Schwab (2016, p. 11) ensina que:

Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (AI), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico.

Assim, a revolução que se vivencia, por sua complexidade, acarreta também em uma multiplicidade de desafios que devem ser encarados para que seja possível obter o melhor proveito dessa conjuntura. As possíveis rupturas engendradas por essa quarta fase, tão dinâmica, veloz e fascinante, devem ser bem analisadas e compreendidas para que seja dado o tratamento adequado à situação. Esta “Revolução Industrial, e a consequente revolução eletrônica, além de um sistema produtivo e socioeconômico, deve ser olhada, desde o presente, e pensada, como o começo de uma nova fase da civilização humana” (DI FELICE, 2007, p. 3)

É dentro desse contexto que o presente trabalho pretende abordar os impactos de tantas

2 É importante ressaltar que as revoluções mencionadas não são vivenciadas no Globo de forma homogênea. Sabe-se que boa parte da população mundial ainda não possui, sequer, acesso à internet e, em muitos casos, até à eletricidade. Conforme ensina Natalino “Em países em desenvolvimento, cerca de 1,6 bilhão de pessoas não tem acesso à eletricidade e 2,4 bilhões de indivíduos ainda utilizam combustíveis tradicionais (lenha e carvão, principalmente) para aquecimento e preparo de alimentos”. (NATALINO, 2017, p. 175-176). Essa situação indica uma profunda desigualdade de acesso às tecnologias, configurando-se um obstáculo adicional para o enfrentamento dessa mudança paradigmática.

mudanças no surgimento e na resolução de conflitos, considerando o entendimento de que é necessário ter, dentro de todo esse cenário estabelecido, “uma visão compartilhada abrangente e global sobre como a tecnologia tem mudado nossas vidas e mudará a das gerações futuras, e sobre como ela está remodelando o contexto econômico, social, cultural e humano em que vivemos” (SHWAB, 2016, p. 12), para que possamos contornar eventuais problemas e utilizar todo o potencial tecnológico atual e futuro em benefício da sociedade.

2 ONLINE DISPUTE RESOLUTION – ODR

Como mencionado, a tecnologia promovida no contexto da quarta Revolução Industrial alterou de forma impactante a forma como as pessoas interagem. Observa-se, assim, uma mudança paradigmática em curso no modo como as pessoas trabalham, se comunicam, bem como nas formas que se expressam, se informam e se divertem. (SCHWAB, 2016).

Sabe-se que o conflito é algo inerente à vida em sociedade, vez que “desacordos e problemas podem surgir em quase todos os relacionamentos” (MOORE, 1998, p. 22). Pode-se considerá-lo inevitável quando se trata de relações ou relacionamentos humanos, tanto entre pessoas físicas quanto entre pessoas jurídicas.

O termo pode ser compreendido como “uma divergência de perspectivas, percebida como geradora de tensão por, pelo menos, uma das partes envolvidas numa determinada interação, e que pode ou não se traduzir numa incompatibilidade de objetivos” (DIMAS; LOURENÇO; MIGUEZ, 2007, p. 38).

Dessa forma, não é difícil imaginar que todo ser humano inserido na sociedade, ao longo de sua existência, depara-se com situações conflituosas, considerando ser algo que faz parte da convivência em grupo, fruto de interesses, opiniões, pontos de vista e necessidades que divergem de um indivíduo para o outro. A forma como o conflito é tratado é que determinará o alcance e as consequências da divergência. (MORAIS, 2015, p. 71).

Considerando ser o conflito inerente às relações sociais, a alterações na forma de interação entre as pessoas influencia diretamente a formação de divergências. Amorim (2017) argumenta que o desenvolvimento tecnológico relativo à transmissão de dados e de informação alterou definitivamente a forma como os indivíduos se relacionam, repercutindo, ainda, nas relações jurídicas que passam a ser estabelecidas também no ciberespaço. O autor indica que “As relações jurídicas firmadas no ciberespaço instauram uma nova forma de relacionamento com o real, criando outras fontes de normatividade, exigindo do Direito uma revisão de seus paradigmas.” (AMORIM, 2017, p. 516).

No mesmo sentido, Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016, p. 63-64), ensinam que:

Cada nova tecnologia tem o potencial de criar novos problemas e novas formas de solucionar os conflitos. A tecnologia tem transformado a forma como as pessoas se comunicam. Há 30 anos, 50% da população nunca havia feito uma ligação telefônica. [...] A invenção do carro criou disputas de seguro de acidentes, os telefones criaram novos conflitos relacionados a ligações indesejadas. As

inovações mudam aspectos sociais das pessoas, assim como as maneiras como alguns conflitos são abordados.

Dessa maneira, quando se trata da quarta Revolução Industrial, pode-se concluir que o objeto dos conflitos e a forma de sua ocorrência sofreram mudanças, assim como os modos de solução demandas.

Os denominados *Online Dispute Resolutions* – ODR ou Métodos Eletrônicos de Solução de Controvérsias - MESC vêm sendo cada vez mais utilizados e discutidos, em razão da conveniência, adequação e, em determinados casos, por sua imprescindibilidade para a resolução de determinados tipos de litígios.

Os MESC têm origem a partir do desenvolvimento dos *Alternative Dispute Resolutions* – ADR ou, como também são chamados na língua portuguesa, Métodos Adequados de Solução de controvérsias – MASC.

Os ADR ou MASC floresceram nas últimas décadas, passando a ser cada vez mais utilizados, a partir da atual abordagem sobre o acesso à justiça, que será posteriormente detalhada nesse estudo. Dentro desse panorama, os MASC são observados atualmente como meios capazes de, assim como o Poder Judiciário, solucionar controvérsias de forma justa e adequada. São frequentemente citadas, como exemplo de métodos adequados, a negociação, a mediação, a conciliação e arbitragem.

Os MESC ou ODR são, portanto, uma variação dos ADR ou MASC, a partir do uso de tecnologia que propicia a resolução de disputas no ambiente eletrônico.

Sobre os ODR, Amorim ensina que:

Os modos de Resolução Online de Litígios (*Online Dispute Resolution* - ODR) consistem, portanto, na utilização dos recursos da tecnologia para a Resolução Alternativa de Litígios - ADR, quer sejam estes decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originários de relações jurídicas constituídas no mundo dito “físico”. Nesse sentido, ODR pode ser considerado espécie do gênero ADR. Mas seria demasiado simplista imaginar que os meios de Resolução Online Litígios sejam reduzidos a uma simples expressão dos meios de Resolução Alternativa de Controvérsias. As possibilidades de utilização da tecnologia para a resolução de litígios são imensas e envolvem questões complexas, tanto do ponto de vista teórico quanto sob o prisma tecnológico, como, por exemplo, a utilização de inteligência artificial para fornecer uma solução para o conflito. [...] Sob uma perspectiva mais pragmática, os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de dados constituem um terceiro interveniente no processo de conciliação, ou até mesmo podem constituir um quarto sujeito, nos casos da mediação e da arbitragem online. (AMORIM, 2017, p. 515).

Do ponto de vista histórico, Katsh e Rifikin (2001) ensinam que o uso dos ODR pode ser dividido em três fases. O primeiro estágio perdurou até aproximadamente o ano de 1995, quando

os métodos se mantinham adstritos praticamente à resolução de controvérsias ligadas a usuários e provedores de e-mail, permanecendo a sua utilização em contextos específicos. A segunda fase ocorreu entre os anos de 1995 e 1998, quando foi percebida a necessidade do uso de meios eletrônicos para solução de controvérsias que surgiam no ciberespaço de forma geral. Na terceira fase, que teve início em 1998 estendendo-se até os dias atuais, passa-se a compreender os MESC como capazes de resolver conflitos surgidos tanto fora como dentro do ambiente eletrônico.

Amorim (2017) menciona quatro experiências precursoras dos ODR. São elas: o *Virtual Magistrate Program*, criado nos EUA em 1995 com o objetivo de fornecer soluções rápidas para controvérsias que envolvessem usuários e operadores de rede ou provedores de acesso à internet; o *Online Ombus Office*, criado em 1996 também nos EUA, com a finalidade de solucionar litígios referentes a nomes de domínios, usuários e provedores de acesso à internet, grupos de discussão e propriedade intelectual; o *CyberTribunal*, implantado no Canadá em 1996, com o objetivo de prevenir e resolver litígios online surgidos exclusivamente na internet, fazendo uso de procedimentos de mediação e de arbitragem para tanto; e, por fim, o Sistema de Resolução de Controvérsias sobre Nomes de Domínio na Internet (*Uniform Dispute Resolution Policy – URDP*) da ICCAN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), criado em 1999 com a finalidade de regular conflitos referentes à atribuição de nomes de domínio na internet, sendo a primeira experiência transnacional de resolução online de conflitos.

Atualmente, o uso dos MESC é realizado em maior escala, especialmente quando se trata de resolução de disputas de origem virtual. Como exemplo, os empresários do comércio eletrônico, como o *eBay* e o *Mercado Livre*, podem ser mencionadas. A partir da percepção da necessidade de lidar com as expectativas não satisfeitas de seus clientes, esses empresários passaram a desenvolver plataformas próprias para solução de controvérsias entre consumidores e vendedores.

O desenvolvimento dos ODR foi em grande parte impulsionado pela globalização e difusão do uso da internet, que aumentaram a interação e os negócios entre pessoas situadas fisicamente muito distantes uma das outras. Essencialmente, no caso dos consumidores e fornecedores, a resolução de disputas nessas circunstâncias de distanciamento tornou-se especialmente comprometida, vez que praticamente inviável o uso de métodos físicos de solução de disputas.

Neste sentido, Amorim (2017, p. 530) ensina que:

No momento em que a transmissão e difusão de dados numéricos ultrapassa as fronteiras físicas entre os países, encurtando distâncias e aproximando os indivíduos, resta evidente que os processos tradicionais de que fazem uso os meios de Resolução Alternativa de Conflitos tornam-se cada vez mais irrelevantes, quiçá obsoletos. Assim ocorre porque os ADR fundam-se basicamente na resolução de conflitos *face-a-face*, ou F2F (*face-to-face*), tornando o acesso a esses meios de resolução de litígios por vezes inacessível do ponto de vista econômico. As longas distâncias que podem separar os litigantes inviabilizam o recurso aos meios tradicionais de resolução de controvérsias, sejam tais meios jurisdicionais ou não.

Assim, percebe-se que o uso e desenvolvimento dos MESC é de suma importância quando se trata de acesso à justiça, considerando que os meios físicos de solução de controvérsias se tornam quase impraticáveis dentro do contexto do comércio virtual, principalmente naqueles casos que envolvem baixo valor pecuniário, em que os gastos apenas deslocamento, por exemplo, superariam a quantia envolvida na demanda.

Não obstante se saiba que o uso em larga escala dos meios eletrônicos de solução de controvérsias se dá, atualmente, em relações estabelecidas no ambiente online, é importante ressaltar que os MESC também são utilizados para resolver contendas surgidas em interações físicas. Aliás, o uso da tecnologia na conjuntura dos ADR é quase uma regra atualmente. Pode-se mencionar, por exemplo, que nos procedimentos arbitrais tornou-se comum a troca de e-mails, as conferências telefônicas e as videoconferências. Todos esses e outros recursos tecnológicos passaram a ser adotados no contexto dos ADR em razão da conveniência, agilidade e economia que conferem.

Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016) também indicam como fatores que impulsionaram o uso e desenvolvimento dos MESC: o crescimento do comércio eletrônico, o aumento do tempo que as pessoas gastam com deslocamento físico, principalmente em razão dos congestionamentos cada vez maiores; o aumento do custo do transporte; o aumento do volume de trabalho desenvolvido pelas pessoas no dia-a-dia; e a crescente morosidade dos meios tradicionais de resolução de conflitos (Poder Judiciário).

Dessa maneira, percebe-se que os MESC aferem conveniência e podem ser considerados eficazes e benéficos para a solução de litígios.

Vislumbra-se necessário, portanto, a divulgação e o estudo desses métodos, atribuindo a eles maior divulgação e confiança, elementos essenciais para o fomento das mencionadas formas de resolução de litígios.

3 ARBITRAGEM ONLINE

3.1 Conceito e características relevantes da arbitragem

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias escolhido por pessoas físicas ou jurídicas, e capazes de contratar, que, fazendo uso da autonomia privada, convencionam não submeter ao Poder Judiciário eventuais litígios surgidos em dada relação jurídica, referentes a direitos patrimoniais disponíveis.³ É um método que possui características próprias, que se adequam à solução de demandas específicas e geralmente complexas, como é o caso das controvérsias que envolvem sociedades empresárias e demandas de cunho internacional.

No Brasil, o instituto é regulado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, comumente denominada Lei de Arbitragem.

A sentença arbitral possui força de título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso

³ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1996).

VII⁴, do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), restando, assim, juridicamente equiparada à sentença emanada do Poder Judiciário, conforme também é estabelecido na Lei de Arbitragem.

“Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. (BRASIL, 1996).

Dentre as características que se destacam, e que geralmente levam à escolha do método, pode-se mencionar a celeridade, a especialidade do julgador, a confidencialidade e a flexibilidade.

O método é considerado célere quando é comparado ao Poder Judiciário e alguns fatores contribuem para que o procedimento arbitral transcorra com rapidez, dentre os quais pode-se indicar a especialidade do julgador, sua dedicação à solução do litígio e a ausência de recursos.

Ressalte-se que a formação da decisão dentro de um prazo razoável é de grande importância e, talvez, um dos aspectos mais perseguidos quando se fala de resolução de litígios. Nesse sentido, vê-se necessário que a resposta ao litígio se dê em tempo hábil “e capaz de realizar os objetivos da jurisdição”. (CORTÊS; MAGALHÃES, 2006, p. 85).

Sobre o tema, Rodovalho ensina que:

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda. Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas Pedido de Esclarecimento (assemelhado aos embargos de declaração, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito. (RODOVALHO, 2015, p. 15).

Quanto à especialidade do julgador, considerando que as partes escolhem o profissional que irá resolver a demanda, este, em regra, possui conhecimentos técnicos correlatos à matéria objeto da controvérsia. Dessa maneira, essa característica permite a adequada compreensão do conflito, possibilitando que o convencimento daquele que julga se dê de maneira apropriada, gerando, a partir disso, melhores condições para que a decisão do caso seja justa.

Em relação à confidencialidade, embora ela não seja indicada como obrigatória na Lei Brasileira de Arbitragem, é, quase sempre, estabelecida nas arbitragens nacionais e internacionais, dado um costume de contratualmente empregar o sigilo aos procedimentos arbitrais. Geralmente a confidencialidade é estabelecida na convenção de arbitragem e, quando aplicável, no regulamento de arbitragem eleito pelas partes para resolução da controvérsia. Essa característica possibilita a preservação da reputação, no mercado, dos envolvidos, conferindo, por isso, vantagens econômicas⁵.

4 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...] (BRASIL, 2015).

5 Para maior aprofundamento sobre os impactos econômicos financeiros quanto ao uso da arbitragem, consultar (LEMES, 2007).

A flexibilidade também é considerada como um benefício quanto ao uso arbitragem e que enseja a opção pelo método. Por meio dela, as partes, fazendo uso da autonomia da vontade, têm a possibilidade de, juntamente com os árbitros, determinar a forma de condução do procedimento, estabelecendo os prazos e a forma de cumprimento destes, a maneira como se dará a produção de provas, a lei aplicável que será aplicada para solução da demanda, dentre outras especificidades que permitem que cada procedimento seja moldado para a solução de cada divergência em específico. Tal característica permite que as partes exponham seus argumentos da maneira mais adequada, conferindo aos árbitros boas condições para formulação de uma boa decisão.

Todas essas características tornam a arbitragem atrativa, essencialmente quando se trata de demandas de alta complexidade que não poderiam ser discutidas e analisadas adequadamente sem o uso do método, levando em conta suas especificidades.

Neste sentido, é também relevante explicar sobre a compreensão atual sobre o que se entende por acesso à justiça⁶.

Hodiernamente, compreende-se que ter acesso à justiça⁷ não significa tão somente ter acesso a um meio de se processar uma demanda. Verifica-se ser necessário que a decisão, como resultado, seja justa, e que a forma como isso se dará tenha efetividade, incluindo-se, aqui, a necessidade de que o processo não seja moroso.

Neste sentido, Cavani ensina:

Em sendo assim, o processo, pelo menos na sua dimensão particular deve trazer um resultado. Mas não qualquer resultado. Tem de ser um que se espelhe na máxima medida do possível as exigências do direito material. Daí que se entenda que a tutela oferecida aos direitos (ou melhor: às situações jurídicas que são levadas ao processo) deve ser efetiva, adequada e tempestiva. Uma decisão produto de uma estrutura adequada que traga, no plano físico, efetividade em tempo proporcional (ou seja, sem dilações indevidas), pode ser chamada de justa. Essa justiça, refletida na tutela dos direitos, é o rasgo característico do processo do Estado Constitucional. (CAVANI, 2014, p. 121-122).

Dentro desse contexto é que os MESC ganham relevo, a partir do entendimento de que cada conflito, de acordo com suas peculiaridades, será melhor resolvido por determinado método, não restando mais o entendimento de que o Poder Judiciário é o único capaz de conferir o acesso à justiça aos cidadãos. Assim, o processo judicial passa a ser observado apenas como mais uma maneira, juntamente com tantas outras, de efetivar a mencionada garantia constitucionalmente estabelecida⁸.

6 Esse entendimento, como se verá, também será relevante para a observação da conveniência do uso dos métodos eletrônicos de solução de controvérsias.

7 Para melhor compreensão do tema e sobre as ondas que transformaram a compreensão sobre acesso à Justiça, consultar (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

8 Na Constituição da República de 1988 (CR88), o acesso à justiça é considerado fundamental e constitui um princípio, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998). Sobre o assunto, Casado Filho (2014) menciona que essa garantia também está presente nas principais Convenções Internacionais de Direitos Humanos e é reconhecida como princípio da inafastabilidade da jurisdição. De acordo com a CR88, todos devem ter garantido o acesso à justiça, “para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito. O direito contempla não só direitos individuais,

Compreendidos os aspectos relevantes quando à arbitragem e a atual abordagem sobre acesso à justiça, passa-se a observar as peculiaridades da arbitragem online.

3.2 Peculiaridades da arbitragem online

A arbitragem é considerada online quando parte ou todo o procedimento se desenvolve em um ambiente tecnológico relacionado ao uso da internet. Assim, “não é a origem da disputa que determina se um procedimento arbitral é online, mas sim a maneira com que é conduzido” (MUHR, 2013, p. 837-839).

Não é raro, como dito, o uso da tecnologia ligada ao ciberespaço para desenvolvimento do procedimento arbitral, sendo comum, as trocas de e-mails, as conferências telefônicas e videoconferências.

Nesse tipo de procedimento, todas, ou quase todas as características do instituto são preservadas, contudo, com alguns aspectos diferentes da arbitragem realizada totalmente em ambiente físico, sendo alguns mais relevantes.

No que tange à celeridade, esta característica se potencializa, considerando que, com o uso dos meios eletrônicos, a troca de informações se dá de forma mais rápida, permitindo, inclusive, que se economize o tempo que seria necessário para deslocamento para reuniões ou audiências. Um exemplo que demonstra o aspecto obstaculizador que advém do tempo despendido para tanto, diz respeito ao profissional escolhido para julgar a demanda. É possível imaginar casos em que aquele que possui a competência técnica necessária para atuar como árbitro reside em localidade afastada da sede da arbitragem, exigindo deste o dispêndio de diversas horas com a locomoção, além daquelas necessárias para a reunião ou audiência em si. Tal situação pode fazer com que o *expert* deixe de ser indicado pelas partes ou que, sendo ele convidado, não aceite o encargo, impedindo que o profissional com o conhecimento técnico adequado, e de confiança das partes, atue no procedimento.

A distância pode ser também considerada um obstáculo naquelas demandas que envolvem partes, advogados e assistentes técnicos que residem longe do local onde ocorreriam os encontros referentes ao procedimento arbitral, dificultando e encarecendo a participação desses.

Tomando a situação do *expert* acima indicada, pode-se extrair que a especialidade técnica do julgador pode ser beneficiada pelo uso de recursos tecnológicos que retirem ou reduzam a necessidade de deslocamento. O que se quer dizer com isso é que com a facilidade de realização dos atos procedimentais à distância, é possível que se indique profissionais residentes em qualquer localidade do mundo, desde que possuam acesso aos recursos tecnológicos necessários.

Dessa maneira, o leque de profissionais disponíveis para o encargo aumenta sobremaneira, beneficiando o procedimento arbitral.

Quanto à flexibilidade, essa se mostra um elemento importante quando se trata de um procedimento arbitral online. Por meio dela, que é originada na autonomia privada das partes,

como também os difusos e coletivos” (CASADO FILHO, 2014, p. 63).

torna-se viável que os envolvidos convençam a forma como a arbitragem se desenvolverá, permitindo que recursos tecnológicos como e-mail e videoconferência sejam empregados no desenrolar da arbitragem.

No que tange à confidencialidade, esta é corroborada na arbitragem online, considerando o sigilo inerente às trocas de informações pela internet, comumente estabelecido nas legislações que tratam sobre o tema. Dessa maneira, além da confidencialidade contratualmente estabelecida entre os envolvidos, em geral, as normas que regem o uso da internet preveem também o sigilo do conteúdo trocado. A título de exemplo, no Brasil, a lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, determina a inviolabilidade das informações transmitidas online.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. (BRASIL, 2014).

Algumas vantagens também podem ser indicadas pelo uso da tecnologia online. É possível citar o conforto que as partes e os árbitros possuem em realizar os atos à distância, tornando possível, inclusive, que a troca de informação seja feita de forma assíncrona. Nessa situação, a manifestação ocorrerá no momento em que cada envolvido entender oportuno, ainda que os outros não estejam online naquele instante. Exemplo disso é o diálogo que pode se estabelecer por e-mail.

Nessa situação, o envolvido no procedimento se comunica no horário que possui ocioso. Destarte, não há necessidade de correspondência de agenda entre os participantes do procedimento. (MUHR, 2013).

Outra conveniência atrelada à arbitragem online diz respeito à redução de gastos⁹.

Sendo possível a realização de atos à distância e no ambiente virtual, economiza-se o que seria despendido com aluguel de salas de reunião, com transporte e hospedagem e até mesmo com os honorários de profissionais (como dos árbitros, advogados e assistentes técnicos) que podem ser estabelecidos em montante reduzido dado o menor tempo que será utilizado para participação da demanda.

Não obstante tenham sido verificados tantos aspectos positivos, há que se ressaltar que existem desvantagens que envolvem o procedimento arbitral online e que devem ser objeto de cuidado quando do seu uso.

Algumas inconveniências relevantes podem ser destacadas.

Inicialmente pode-se mencionar o menor contato pessoal entre os participantes. Sabe-se que a oralidade é uma característica comum do método em questão, que permite a melhor exposição dos fatos. Apesar da possibilidade do uso de videoconferência, este recurso não consegue reproduzir totalmente a experiência de uma reunião presencial, além de poder contar com dificuldades que envolvem o uso de tecnologias como, por exemplo, a perda de conexão com a internet por qualquer dos participantes em meio a uma reunião online, prejudicando o seu desenvolvimento.

Outro ponto que pode se mostrar um fator de preocupação, diz respeito ao maior risco de quebra de sigilo. A possibilidade de vazamento de informações ou invasão de sistemas no ambiente online é real nesse contexto, tornando-se necessários maiores investimentos no sentido de garantir a segurança e a inviolabilidade das informações envolvidas no procedimento.

A autenticidade das informações disponíveis no ambiente online também se torna uma questão importante no que tange à arbitragem online.

Conforme ensina Muhr (2013, p. 588-594):

A segurança é outro fator fundamental nos processos de MESC por estar relacionada, não só à autenticidade da identidade das partes, mas também à integridade e confidencialidade das informações fornecidas e armazenadas. Com a finalidade de preservar esses dados, usam-se mecanismos de proteção, que incluem assinatura digital e certificação digital, para garantir que estejam presentes os atributos de autenticidade, integridade e não-repúdio. A transmissão de dados também deve utilizar o mecanismo de segurança SSL (*Secure Socket Layer*), além de trafegarem somente criptografados.

9 De acordo com pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr, o custo da arbitragem é visto como a maior desvantagem da utilização do método quando comparado a processos judiciais. Não obstante um primeiro grupo, cerca de 60% dos entrevistados, tenha informado não encontrar nenhuma desvantagem no uso da arbitragem, um “segundo grupo foi então questionado sobre qual seria a principal desvantagem e o ‘custo da arbitragem’ aparece com larga margem em primeiro lugar (60%)” (ABBUD, 2012, p. 14).

Um empecilho relevante que se observa no que tange ao uso dos ODR e que também afeta o uso da arbitragem online, diz respeito à ausência de regras específicas sobre o uso dos métodos em ambiente online, conferindo uma insegurança jurídica aos usuários ou potenciais usuários dos MESC.

Conforme ensina Amorim (2017), a *United Nation on International Law - UNCITRAL* que já produziu regras (*soft-law*¹⁰) referentes ao uso da arbitragem e ao comércio eletrônico, possui desde 2010 projeto que propõe a criação de regulamento sobre a resolução online de litígios. A entidade vislumbrou a necessidade de regulação do assunto, essencialmente pela sua importância no que se refere ao acesso à justiça sobre os conflitos relativos ao comércio eletrônico internacional. O grupo de trabalho responsável pelos estudos que concernem à elaboração do regulamento vem enfrentando diversas dificuldades no encaminhamento do tema desde o início. Dentre as dificuldades existentes, observa-se a divergência de entendimento sobre a lei aplicável ao caso e a fixação de uma jurisdição competente; as discrepâncias entre as leis internas de cada país sobre a permissão do uso dos MESC; bem como a dúvida sobre a aplicação da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras às decisões emanadas dos ODR. (AMORIM, 2017).

Considerando a ausência de uma regra internacional que torne mais segura e homogênea o uso dos MESC, é importante, no contexto da arbitragem, considerando a sua flexibilidade, que essas questões correlacionadas sejam bem definidas e reguladas pelas próprias partes e árbitros, evitando-se problemas no desenrolar do procedimento arbitral, inclusive no que tange à validade da convenção de arbitragem. Nesse contexto, como observado por Muhr (2013), poder-se-ia tomar como base para normatização do método as regras estabelecidas no Novo Código de Processo Civil no contexto do processo judicial eletrônico, as regras da UNCITRAL sobre comércio eletrônico e sobre arbitragem internacional, bem como a mencionada Convenção de Nova York.

Assim, não obstante, de fato, seja perceptível o benefício do estabelecimento de uma *soft-law* que regule os MESC para que seu uso se torne mais seguro, é possível que, até que isso ocorra, se faça o uso de todas as regras acima mencionadas, de forma a buscar soluções e direcionamento ao uso da arbitragem online, lançando mão de uma interpretação teleológica que permita encontrar respostas razoáveis e adequadas para possíveis questões controversas que surgirão no âmbito da arbitragem online, sendo importante também, como dito, a atenção dos envolvidos (árbitros, partes e câmaras) no sentido de estabelecer parâmetros, prevenindo problemas e obstáculos no desenvolvimento do procedimento.

CONCLUSÃO

A quarta Revolução Industrial, considerada ainda em curso, mudou substancialmente a forma de interação e desenvolvimento da sociedade.

O incremento tecnológico atual promove alterações paulatinas nas relações humanas,

10 Normas que não são juridicamente obrigatórias, possuindo limitação em seu valor normativo. Como exemplo, podem-se mencionar as diretrizes elaboradas pela *International Bar Association* (IBA).

tendo influenciado mudanças substanciais na forma de surgimento e enfrentamento dos conflitos.

Nesse diapasão, a multiplicidade de novos litígios que surgem a partir do uso de inovações tecnológicas e da interação por estas viabilizada necessita ser tratada de acordo com suas peculiaridades, sendo os ODR importantes ferramentas para a resolução de demandas nesse contexto, considerando principalmente a comum distância física que existe entre as partes envolvidas no conflito.

Observou-se que os ODR são instrumentos que podem ser capazes de tratar tanto os novos tipos de conflitos que surgiram a partir da interação online, como também auxiliar na solução de controvérsias oriundas de relações estabelecidas no ambiente físico, conferindo diversas vantagens em ambos os contextos.

No que tange à arbitragem, como se viu, a utilização de recursos tecnológicos vem sendo paulatinamente empregada no desenvolvimento dos procedimentos, sendo, a partir disso, denominada arbitragem online, em razão do uso de ferramentas tecnológicas na totalidade dos atos ou em parte deles.

Ponderando-se as vantagens e desvantagens do uso da arbitragem online, é perceptível a conveniência de sua adoção, não obstante deva-se atentar para os possíveis problemas surgidos em razão de seu uso, como a potencialização da violação de confidencialidade e a maior dificuldade de confirmação da autenticidade das informações prestadas.

Conclui-se, assim, pela conveniência de elaboração de uma *soft-law* que confira maior segurança para o uso dos MESC e em especial para a arbitragem online. Enquanto essa situação não se materialize, é importante o cuidado dos envolvidos no sentido de estabelecer de forma clara e eficiente as regras aplicáveis ao caso concreto, preservando sempre a higidez, o bom andamento e a validade do procedimento.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Arbitragem no Brasil: pesquisa CBAr-Ipsos. São Paulo, SP: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2012. Relatório. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 2 maio 2017.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, CE, v. 22, n. 2, p. 514-539, maio/ago. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Código de processo civil brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014, de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem comercial internacional e acesso à justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. 2014. 2018 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CAVANI, Renzo. “Decisão justa”: mero slogan? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 119-155, 2014.

CONTREIRAS, Pedro Augusto Rodrigues. A quarta revolução industrial: um estudo de caso realizado na empresa Lix de Tecnologia. **Revista Gestão, Inovação e Negócios**, Anápolis, GO, v. 1, n. 1, p. 79-97, 2015.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 138, p. 79-91, jun. 2006.

DI FELICE, Massimo. As formas digitais do social e os novos dinamismos da sociabilidade contemporânea. *In*: KUNSCH, Margarida M. Krohling; KUNSCH, Waldemar Luiz (org.). **Relações públicas comunitárias: a comunicação em uma perspectiva dialógica e transformadora**. São Paulo: Summus Editorial, 2007.

DIMAS, Isabel Cristina Dórdio; LOURENÇO, Paulo Renato; MIGUEZ, José. (Re)Pensar os conflitos intragrupais: desempenho e níveis de desenvolvimento. **Psicologia**, Lisboa, PT, v. 21, n. 2, p. 183-205, 2007. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S087420492007000200011. Acesso em: 10 jan. 2017.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E. S.; MUHR, Diana. **Do conflito ao acordo na era digital: meios eletrônicos para solução de conflitos** – MESC. 2 ed. Curitiba: Doyen, 2016.

KATSH, Ethan; RIFIKIN, Janet. **Online dispute resolution: resolving conflicts in cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre, RS: Artmed, 1998.

MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. A exoneração da responsabilidade civil dos contratantes na Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias de 1980: uma análise dos requisitos do artigo 79 (1) da CISG. **Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial**, Belo Horizonte, MG, ano 2, n. 2, p. 63-86, jan./jun.

2015.

MUHR, Diana. **Arbitragem online**: tendências e legislação aplicável à arbitragem online no Brasil. São Paulo: CLAMARB, 2013. *E-book* Kindle.

NATALINO, Enrique Carlos. O petróleo e a governança energética global: dilemas contemporâneos. **Revive**: Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, MG, v. 2, n. 2, p. 165-188. ago./dez. 2017.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. *In*: MANUAL de arbitragem para advogados. Brasília: Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil, 2015. p. 10-17.

SCHWAB, Klaws. **A 4ª revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Como citar: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/08/2018.

Aprovado em: 02/05/2019.

**A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM PRIVADA PARA FINS DE
INDUÇÃO E FOMENTO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS
NO BRASIL**

THE IMPORTANCE OF PRIVATE ARBITRATION TO INDUCE AND
FOSTER FOREIGN INVESTMENT IN BRAZIL

Eveline Gonçalves Denardi*
Rubens Baldassare Gonçalves Van Moorsel Filho**
Rodrigo Goes de Queiroz***

*Doutora em Direito em 2012 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Mestra em Direito em 2007 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Graduada em Direito em 2004 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
E-mail: evelinedenardi@uol.com.br

** Mestrado em andamento pela Escola Paulista de Direito (EPD)
Especialista em Direito Imobiliário em 2017 pela Escola Paulista de Direito (EPD)
Graduado em Direito em 2014 pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP)
E-mail: rubens@vanmoorsel.adv.br

***Mestrado em andamento pela Escola Paulista de Direito (EPD)
Especialista em Direito em 2014 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)
Graduado em Direito em 2010 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ)
E-mail: rodrigo@klaw@gmail.com

Como citar: DENARDI, Eveline Gonçalves; VAN MOORSEL FILHO, Rubens Baldassare; QUEIROZ, Rodrigo Goes de . A importância da arbitragem privada para fins de indução e fomento de investimentos estrangeiros no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 42-54, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p42. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A arbitragem tem ganhado cada vez mais espaço na solução de conflitos empresariais, uma vez que o mercado tem reconhecido sua melhor adequação às exigências da competição no ambiente econômico. Essa escolha pela arbitragem acarretou em um aprimoramento das bases legais que servem de alicerce ao seu funcionamento, tornando-a ainda mais segura e eficiente aos seus usuários na experiência brasileira. Assim, a previsibilidade de um processo arbitral sólido gera confiança aos investidores estrangeiros, os quais percebem um terreno juridicamente favorável para uma boa alocação de recursos.

Palavras-chave: Arbitragem. Adequação na solução de conflitos. Atratividade de investimentos estrangeiros.

Abstract: Arbitration has gained popularity for the solution of business conflicts, since the market has recognized that it is better aligned with the demands of competition in the economic environment. The choice for arbitration has led to improved legal bases which are the foundation of its operation, making it more secure and efficient for users in the Brazilian experience. Therefore, the predictability of a sound arbitration process generates confidence for foreign investors, who sense a legally favorable terrain for a good allocation of resources.

Keywords: Arbitration. Fair conflict resolution. Attractiveness of foreign investments.

INTRODUÇÃO

As relações econômicas sempre demandaram o julgamento de disputas entre empresários por um julgador técnico, o qual tivesse conhecimento profundo da área em que a controvérsia houvesse emergido, bem como a confiança das partes em sua decisão. Assim, a arbitragem foi o instituto criado para levar esses conflitos ao conhecimento de um terceiro técnico, desvinculado das amarras estatais e escolhido pelas partes para decidir sobre o caso.

Na experiência brasileira, embora a arbitragem estivesse prevista no ordenamento jurídico desde a constituição imperial, muitos doutrinadores (SOMBRA, 2011, p. 264) afirmam que o instituto não passaria de letra morta ou de uma prática de mercado que findaria em um negócio jurídico comum, passível de ser rediscutido no Poder Judiciário quando do seu término.

A inexistência de uma legislação específica sobre a arbitragem fragilizava por demais o instituto no sistema jurídico pátrio, sem contar que tornava a resolução da lide ainda mais dispendiosa, já que recairia aos envolvidos as despesas do procedimento arbitral e os custos do processo judicial.

As relações econômicas, contudo, são essenciais para que um país mantenha um saudável fluxo de investimentos. Nesse ponto, os agentes econômicos, após a bem sucedida experiência nos principais mercados internacionais, passaram a exigir que a arbitragem fosse prevista em todas as suas relações comerciais, sobretudo em países emergentes que apresentavam um sistema judiciário ainda bastante moroso, como o caso brasileiro.

A economia, regida por princípios próprios, busca maximizar seus ganhos e ser capaz de prever perdas para o planejamento da atividade. Essa tarefa é bastante facilitada em países que apresentam uma organização segura quanto à utilização da arbitragem privada. Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro passou a acolher o instituto como um meio de resolução de disputas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, assim como ocorre com os conflitos empresariais.

A atuação do legislador brasileiro representou um substancial avanço para o cenário vivido no país naquele momento, configurando uma medida de fomento e indução de investimentos, especialmente estrangeiros, uma vez que os empresários das principais economias mundiais exigiam essa postura dos países que almejavam receber injeção de recursos. Desse modo, seguindo o mesmo raciocínio, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem foi reforçada no ano de 2015 pelo advento da Lei nº 13.129, de 26 de maio, tendo sido aprimorada pelo legislador ao receber novas ferramentas que fortalecem a via arbitral e a tornam ainda mais segura (BRASIL, 1996, 2015b).

1 O DEVER DO ESTADO EM FOMENTAR A ATIVIDADE ECONÔMICA

A sociedade capitalista é nitidamente marcada pela intensificação da competição empresarial, resultando em uma constante busca pela redução de despesas e otimização da

aplicação de recursos financeiros. O objetivo de lucro, contudo, não deve ser compreendido como uma finalidade prejudicial à coletividade. Em verdade, o ambiente de mercado tende a gerar o aperfeiçoamento dos produtos e serviços prestados, assim como o barateamento de preços e geração de empregos. Logo, a consequência natural de uma salutar atividade empresarial seria o benefício da própria sociedade.

O Estado tem o dever de planejar o desenvolvimento da atividade econômica¹, impedindo abusos indevidos e delimitando quais são as áreas que necessitam de exploração direta do ente público e quais são aquelas em que a iniciativa privada poderá investir os seus ativos. Esse projeto econômico deve estar em consonância com o princípio da subsidiariedade², o qual estabelece que o Estado atuará na economia exclusivamente nas hipóteses de necessidade pública e imperativo de segurança nacional. Assim, a inoportunidade das referidas hipóteses indica a abertura de um determinado ramo ao empresariado.

A regulação da ordem econômica é uma importante, porém não única, faceta do modelo de administração pública gerencial adotado no país. O fomento à iniciativa privada é um dos elementos essenciais para o estímulo do desenvolvimento da atividade empresarial (MOREIRA NETO, 2008, p. 133), podendo ser realizado das mais variadas formas. O ato estatal deve ter como ponto central a criação de incentivo ao particular, tornando o ambiente mais favorável através da diminuição de riscos ao empreendedorismo.

Uma maneira eficaz de estimular o aquecimento da economia é a previsão de mecanismos adequados para a solução dos conflitos empresariais, ampliando o rol de opções da iniciativa privada quanto aos meios a serem utilizados no deslinde das questões que surjam das relações comerciais.

Nessa linha, a instituição da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro representou a consolidação de um método célere, técnico e previsível de solução das controvérsias entre particulares, conferindo segurança jurídica aos olhos dos investidores e, por conseguinte, gerando grande atratividade de investimentos.

O panorama que se tinha antes da edição da Lei nº 9.307/96 caracterizava-se por não conferir exequibilidade ao laudo arbitral, exigindo-se que a parte interessada buscasse a homologação judicial da decisão para, posteriormente, ajuizar uma eventual demanda executiva. Desse modo, nota-se que a previsão de um sistema alternativo ao processo judicial não tinha grande efetividade prática, já que a escolha pelo mecanismo da arbitragem teria consequências apenas no início do conflito, podendo a matéria ser rediscutida ao fim no Poder Judiciário.

A Lei de Arbitragem teve a virtude de cristalizar o instituto no ordenamento jurídico pátrio e, ainda, robustecer suas engrenagens para conferir maior credibilidade ao seu funcionamento. Com efeito, após o referido normativo o laudo arbitral passou a ser considerado um título executivo judicial, com os mesmos efeitos da decisão prolatada por um órgão do Poder Judiciário³. Nesse ponto, a autonomia da vontade ganha especial importância, pois é reconhecido pelo Estado

1 Conforme art. 174 da Constituição Federal/88 (BRASIL, 1988).

2 Conforme art. 173 da Constituição Federal/88 (BRASIL, 1988).

3 Conforme art. 31 da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996).

que os particulares podem escolher a melhor forma de solucionar os seus conflitos, não sendo uma exclusividade do poder público a distribuição da justiça em casos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem, muito embora já estivesse amplamente difundida e enraizada no mercado internacional, ainda não apresentava a mesma segurança no sistema jurídico nacional. Desse modo, o acolhimento desse mecanismo de resolução de conflitos serviu de sinalização aos investidores internacionais sobre o interesse brasileiro em implantar um ambiente mais livre de comércio, podendo as partes optar pelos meios que entenderem mais adequados para a pacificação de seus litígios.

Essa intenção foi reforçada após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, a qual modificou algumas disposições da Lei nº 9.307/96, modernizando a Lei da Arbitragem e tornando sua aplicação ainda mais sólida na realidade brasileira.

2 A ARBITRAGEM PRIVADA COMO ESCOLHA DO JURISDICIONADO

Antes de iniciar-se a conceituação da arbitragem privada, cumpre esclarecer que não serão abordadas neste trabalho as especificidades referentes à utilização do referido instituto na esfera pública. Isso porque, todo e qualquer ato realizado pelo Estado deve estar em conformidade com os princípios que regem a Administração Pública, acarretando em algumas modificações na sistemática da arbitragem e impondo ressaltar suas distinções no caso concreto. Assim, a presente análise estará focada na utilização da arbitragem como ferramenta de indução e fomento a investimentos estrangeiros no país.

A arbitragem privada constitui “instituto pelo qual as pessoas capazes de contratar confiam a terceiros (árbitros), por ela indicados ou não, a pacificação de seus litígios relativos a direitos disponíveis” (GUILHERME, 2016, p. 64). Em outras palavras, a arbitragem é um método heterocompositivo de solução de controvérsias escolhido pelas partes, as quais delegam a um terceiro (jugador técnico) o dever de decidir sobre a celeuma.

A arbitragem deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, uma vez que sobre esse assunto cada particular deve ser capaz de decidir o melhor rumo para a resolução dos problemas surgidos de suas relações jurídicas. Assim, tendo em vista que a adoção da arbitragem é uma faculdade das partes, é possível afirmar que sua existência no sistema legal brasileiro depende dos benefícios que ela poderá oferecer àqueles que optarem pela sua utilização.

É justamente a comparação entre a arbitragem e os demais métodos existentes para solução de conflitos que determinará sua solidez na prática de mercado e, conseqüentemente, reforçará a necessidade de garantir sua segurança através da previsão legal.

Nota-se que a distribuição da justiça não pode ser entendida como uma função exclusiva a ser desempenhada pelo Estado, mas sim como uma finalidade que pode ser alcançada de diversas formas. A doutrina denomina esse sistema de organização do acesso à justiça como “sistema multiportas” (OLIVEIRA; SPLENGER, 2013, p. 70), o qual se caracteriza por reservar ao indivíduo a escolha pela melhor forma de resolver os impasses oriundos de suas relações interpessoais ou

contratuais. O jurisdicionado passa a ser visto como um elemento participativo do sistema.

3 AS VANTAGENS INERENTES À ARBITRAGEM

As vantagens da arbitragem são inerentes ao seu próprio processo. É necessário que a análise quanto à sua utilização no caso concreto tenha como parâmetro os objetivos a serem alcançados pelas partes. Por exemplo, se as pessoas envolvidas tiverem o interesse de manter em sigilo as informações discutidas no conflito, a arbitragem poderá prever esse efeito ao procedimento. Nesse sentido, é importante analisar as principais características do processo arbitral para que, posteriormente, seja possível compreender os motivos que levaram as partes a escolherem esse meio de resolução de controvérsias.

3.1 A segurança oriunda da tecnicidade da decisão a ser proferida

O terceiro que proferirá a decisão no processo arbitral é, em regra, um profundo conhecedor da matéria que será colocada em exame⁴. O laudo arbitral estará amparado tanto na legitimação conferida pela escolha das partes quanto no comprovado conhecimento do árbitro sobre o objeto em discussão.

A tecnicidade da decisão é justamente uma característica do processo arbitral, um dos pontos centrais de diferenciação com o processo judicial. O Poder Judiciário oferece ao jurisdicionado um julgador genérico, muitas vezes sem o conhecimento específico da área de atuação dos particulares, o que resulta em uma considerável imprevisibilidade quanto ao desfecho do processo. Assim, a previsibilidade de um laudo técnico torna-se uma considerável atratividade da arbitragem frente aos demais métodos de resolução de controvérsias.

Nessa linha, é importante destacar que a arbitragem poderá ser prevista pelas partes em dois momentos distintos. Caso o procedimento seja definido em lapso temporal anterior ao conflito, será realizado através da cláusula compromissória. Contudo, na hipótese da arbitragem ser definida após o surgimento da lide, a formalização será celebrada mediante o compromisso arbitral. A separação de um e outro instrumento se faz necessário, pois apenas a cláusula compromissória abarcará os modelos de previsão “cheia” ou “vazia” (GUILHERME, 2016, p. 80).

A cláusula “cheia” caracteriza-se como o acordo de vontades através do qual as partes elegem a arbitragem como meio de solução de conflitos futuros, contendo o estabelecimento de todos os elementos para a instituição do procedimento, podendo existir previsão quanto às regras, provas, indicação de árbitros ou câmaras de arbitragem, entre outros. Por sua vez, a cláusula denominada “vazia” também prevê a arbitragem como solução de uma lide entre as partes, porém não traz os elementos essenciais para o início do processo arbitral, sendo necessário que os particulares, quando da ocorrência do conflito, complementem seu acordo de vontades e apresentem as regras da arbitragem, indicação de árbitros e etc. É justamente pela ausência de definição quanto aos elementos estruturantes da arbitragem que a doutrina (CARMONA, 2009, p.

4 O seu conhecimento sobre a matéria garantirá a confiança das partes, conforme art. 13 da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996).

112) costuma denominar a cláusula compromissória vazia como “cláusula arbitral patológica”, já que necessitará de posterior complemento para sua eficácia.

Em razão da segurança conferida pela cláusula compromissória cheia, é importante salientar que esse instrumento é utilizado na grande maioria dos contratos firmados no mercado.

3.2 A maior celeridade do processo arbitral

A arbitragem tem por característica a acentuada celeridade de seus procedimentos, seja por conta da ausência da burocracia pública seja pela concentração de atos e regulamentação prévia sobre os prazos e fases do processo⁵. Além disso, a boa fundamentação das decisões proferidas em âmbito arbitral, mesmo que incidentais na discussão, geram uma aceitabilidade maior pelas partes, evitando-se impugnações que possam procrastinar o feito. O mesmo pode ser dito sobre a exequibilidade das decisões arbitrais, já que o fato de decorrerem da escolha das partes faz com que suas determinações apresentem substancial cumprimento voluntário dos envolvidos.

A maior celeridade, contudo, não deve ser confundida com o barateamento dos custos. Em regra, a arbitragem é um instrumento que exige um alto investimento das partes, porém é bastante confiável no mercado. Assim, os particulares acabam por preferir a previsibilidade do processo arbitral em detrimento das incertezas provenientes de um processo judicial comum.

3.3 A maior flexibilidade dos procedimentos e a democracia do processo

A Lei nº 9.307/96 prevê em seu art. 21 que as partes poderão estabelecer o procedimento arbitral, podendo ele reportar-se ao código de atos processuais que rege um determinado órgão arbitral ou ficar a cargo do árbitro eleito (BRASIL, 1996). Essa disposição retrata a grande liberdade conferida aos particulares, pois ao escolher de forma prévia o árbitro que julgará a questão, poderão os envolvidos determinar um procedimento especialmente célere com o julgador, a depender do caso em análise.

Corroborando com esse raciocínio, o art. 2º desta Lei dispõe que as partes determinarão se a arbitragem convencional será de direito ou de equidade (BRASIL, 1996). Nesse ponto, salienta-se que a diferença existente nos mencionados modelos de arbitragem está calcada na decisão sobre o caso, a qual poderá estar fundamentada na lei escolhida pelos envolvidos (arbitragem de direito) ou nos princípios gerais de direito, usos, costumes e regras internacionais de comércio (arbitragem de equidade). Assim, a única ressalva é de que a arbitragem não poderá violar os bons costumes e a ordem pública⁶.

3.4 O sigilo da arbitragem

Uma das principais atratividades da arbitragem é a possibilidade de estipulação do sigilo durante todo o procedimento arbitral e, ainda, do laudo que posteriormente decidirá sobre o conflito.

5 Conforme art. 21 da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996).

6 Conforme art. 2º, §1º da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996).

A confidencialidade é uma notável vantagem para grandes empresas, pois ao mesmo tempo em que pode ser utilizado para resguardar os segredos de seu empreendimento (como tecnologia, linhas de montagem, desenhos industriais, estratégias de investimentos, dentre outros), poderá também servir para evitar difusão de informações negativas à imagem da empresa.

O sigilo do processo arbitral caminha em sentido diametralmente oposto ao princípio da publicidade que informa o processo judicial. Desse modo, caso não seja concedido ao caso segredo de justiça⁷, os detalhes do processo poderão ser acessados por qualquer indivíduo, podendo gerar efeitos negativos às relações comerciais dos envolvidos.

3.5 Irrecorribilidade da sentença arbitral

O laudo arbitral pacificará o conflito de interesses levados a conhecimento do julgador e terá a mesma validade de uma sentença judicial transitada em julgado e exarada por um órgão do Poder Judiciário. A arbitragem não apresenta a regra (alguns denominam de princípio) do duplo grau de jurisdição que norteia o processo civil, tendo, de plano, a eficácia em caráter absoluto e possibilidade de ser executada em caso de negativa pela parte derrotada.

Essa característica da arbitragem tem extrema importância, uma vez que são os inúmeros recursos do processo judicial comum que acabam por impulsionar os empresários a buscarem na arbitragem um meio mais célere e adequado ao deslinde de suas controvérsias.

4 A ADEQUAÇÃO DA ARBITRAGEM AO RAMO EMPRESARIAL

As características da arbitragem demonstram que seu funcionamento é mais aderente às necessidades das relações econômicas, gerando uma grande atratividade para sua escolha no ramo empresarial. Em um ambiente de competição acirrada, é natural que os agentes econômicos escolham formas de evitar perdas financeiras, agilizando disputas comerciais e adotando um sistema confiável de solução de conflitos.

As vantagens já destacadas no presente trabalho fizeram com que o Estado acolhesse o processo arbitral como forma de fomento da atividade econômica no país, já que a atratividade desse mecanismo de resolução de controvérsias apresentou-se mais eficaz do que o sistema judicial oferecido pela máquina pública. Dessa maneira, em um “sistema multiportas” de acesso à justiça, cabe ao particular, imbuído de sua autonomia da vontade, determinar se deseja, ou não, submeter determinados conflitos a um terceiro, normalmente técnico na área em debate.

A doutrina (OLIVEIRA; SPLENGER, 2013, p. 100) aponta que a arbitragem está em pleno crescimento no país, consolidando-se cada vez mais como uma prática em âmbito nacional. Em verdade, as exigências do mercado impuseram a adoção da arbitragem ao empresariado brasileiro e, como não poderia deixar de ser, o Estado buscou consolidar o instituto no ordenamento jurídico pátrio, conferindo mais segurança em suas engrenagens, como já destacado. Uma dessas medidas foi a possibilidade de ajuizamento de demanda judicial com pedido de cumprimento de

7 Conforme art. 189 do Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

antecipação de tutela deferida em juízo arbitral. Assim, embora a arbitragem esteja desprovida do poder de coerção estatal, poderá o particular socorrer-se da decisão provisória para ajuizar demanda judicial que requeira seu cumprimento.

A melhor compreensão da adoção da arbitragem como fomento e indução de investimentos estrangeiros no Brasil depende da análise quanto aos princípios que regem a economia, eis que esclarecedores para o entendimento de escolhas pelas melhores alocações de recursos por investidores.

4.1 A consolidação da arbitragem privada em razão da economia

Os investimentos realizados em ambiente econômico são precedidos de uma análise técnica sobre circunstâncias que podem influenciar na sua rentabilidade, como a entrada de um concorrente na área, os custos de regularização da atividade em virtude da burocracia estatal, a necessidade de contingenciamento de verbas, entre outros. Com efeito, a economia há muito tem como ponto de estudo a atividade humana como consequência de estímulos que lhe são proporcionados, sejam eles oriundos do próprio mercado ou fruto de políticas públicas.

Nessa linha, cumpre esclarecer os conceitos dos princípios econômicos básicos, com o objetivo de compreender plenamente a sistemática que permeia a realização de uma aplicação financeira.

4.2 Os princípios gerais e as regras básicas que regem a economia

O primeiro princípio a ser destacado nesse “apanhado básico” sobre as normas que regem o mercado é a maximização de utilidades pelo ser humano (BOARATI, 2006, p. 38). Esse princípio estabelece que todas as pessoas têm interesse em aumentar sua utilidade com a menor quantidade de esforço ou recursos a serem despendidos para tanto. Essa é uma regra absoluta na atividade econômica, pois todo ato contrário a essa lógica deve ser entendido como uma benesse conferida pelo agente, um ato de caridade, já que não estaria aumentando sua utilidade com a medida.

É justamente por ter esse objetivo que o homem reage a incentivos, sendo encarado pela economia como um ser eminentemente racional. Logo, se há interesse que o indivíduo realize determinada ação, é preciso que certos estímulos sejam criados para direcionar sua vontade para esse viés.

O fluxo de investimentos em um mesmo sentido tem o resultado de ditar os rumos econômicos do mercado. Esse princípio tem como base a própria noção de oferta e demanda, uma vez que há incentivos para a produção e oferta de bens desejados pela sociedade, enquanto há um proporcional desestímulo ao desperdício de recursos em bens pouco valorizados.

Ademais, o preço de um bem sinaliza ao seu produtor toda a informação que este necessita para decidir produzir mais daquele produto ou, pelo contrário, interromper a produção do mesmo. Assim, não cabe aos governos estabelecerem o preço ou as quantidades a serem produzidas, uma vez que estas interferências desregulam os mercados. Esse é o princípio da “mão invisível”

(BOARATI, 2006, p. 24), assim denominado por Adam Smith, tendo como máxima a afirmação de que o mercado se autorregula.

A experiência das principais economias mundiais já revelou que o mercado não pode ser totalmente desregulado (OLIVEIRA; SPLENGER, 2013, p. 40). Os empresários tendem a cometer atos atentatórios à concorrência e tendenciosos à criação de um mercado exclusivo para si ou de irrestrita exploração ao consumidor. Nesse contexto, cabe ao poder público regular a atividade econômica, evitando os abusos que podem ser cometidos e zelando por uma saudável competição entre as empresas.

Nota-se que as estabilidades política e jurídica estão intimamente ligadas à atração de recursos dos agentes econômicos. A previsibilidade do ambiente de investimentos, somada à adoção de políticas de desburocratização das amarras do Estado, sejam elas de processos judiciais ou de regulação da atividade, corroboram para o crescimento das aplicações financeiras.

Em apertada síntese, os princípios e regras básicas que regem a economia direcionam os empresários a buscarem sempre um local mais seguro para a alocação de seus recursos. É nesse sentido que caminha a adoção da arbitragem na experiência brasileira, pois, com o objetivo de promover as mesmas condições existentes em outros mercados, o ordenamento jurídico pátrio buscou aperfeiçoar seu sistema, tornando-o menos burocrático e mais eficiente.

4.3 A importância do fortalecimento legislativo da arbitragem na atração de investimentos

Conforme exposto ao longo do primeiro capítulo deste trabalho, a arbitragem foi instituída no sistema jurídico brasileiro através da edição da Lei nº 9.307/96, conferindo grande valor à autonomia das partes, as quais teriam, a partir daquele momento, a possibilidade de escolha pela resolução de seus conflitos patrimoniais mediante a utilização do referido instrumento.

Muito embora a previsão legal da arbitragem fosse um substancial avanço à época, sobretudo considerando o grande anseio da iniciativa privada para que a sua utilização tivesse amparo na legislação, as controvérsias quanto à aplicação do instituto não terminaram. Ao contrário, o fato de que o normativo criado pelo Estado não trazia todas as respostas aos operadores do direito servia de argumento para insuflar críticas e receios para a plena utilização do instituto. Isso porque, muitas das problemáticas surgidas durante um processo arbitral demandavam o ajuizamento de um processo judicial, fragilizando por demais o instituto como um meio independente de solução de conflitos.

A Lei nº 13.129/15 teve o condão de consolidar a arbitragem no ordenamento jurídico pátrio, eis que modernizou as engrenagens do instituto e trouxe respostas a diversos questionamentos que colocavam o procedimento em xeque no passado. Nesse ponto, a Lei passou a trazer diversas previsões que modificaram a arbitragem, tornando-a um instrumento com mais suporte jurídico, protegendo, por conseguinte, seus usuários.

Por exemplo, a citada norma introduziu os arts. 22-A e 22-B na Lei nº 9.307/96, os quais inauguraram a possibilidade de serem deferidas tutelas cautelares e de urgência antes da instauração da arbitragem. Assim, caso o particular entenda que seu direito sofre ameaça da parte contrária, e,

por tal razão, não sendo viável aguardar o trâmite comum do início de uma arbitragem, é possível requerer a medida de forma judicial, valendo a decisão apenas para salvaguardar o referido direito.

Nos termos do que ensina a doutrina (GUILHERME, 2016, p. 91), a matéria principal será conhecida e julgada pelo árbitro, assim como dispõe as normas do processo arbitral. Em verdade, a hipótese em comento versa apenas sobre a necessidade de tutela cautelar e de urgência prévias ao procedimento, caso contrário o próprio juízo arbitral poderá conhecer e julgar o pedido.

A inovação é importante e apresenta-se muito bem-vinda na prática, pois regulamenta com precisão os procedimentos a serem tomados. O dispositivo é específico ao determinar que a medida judicial será cabível apenas quando a arbitragem não houver sido instaurada, fixando, ainda, o prazo de validade da decisão e a necessidade de confirmação da medida pelo árbitro competente.

Na hipótese da arbitragem já iniciada, o julgador tomará conhecimento do pedido cautelar ou de urgência de uma das partes e decidirá sobre o tema. O cumprimento, em regra, ocorre de forma espontânea, já que as partes optaram voluntariamente por este mecanismo de solução de conflitos. No entanto, mesmo que haja a necessidade de realizar-se o cumprimento forçado de uma decisão cautelar ou de urgência na arbitragem, a legislação previu a carta arbitral como forma de comunicação entre o juízo arbitral e o poder judiciário.

O art. 22-C da Lei nº 9.307/96 estabelece que o árbitro poderá requerer ao juízo estatal a realização de determinado ato dentro de sua jurisdição, utilizando-se do poder de império do ente público, isto é, imposição estatal para fazer valer o pleito determinado pelo árbitro. Assim, percebe-se que o sistema de tutelas cautelares e de urgência ganhou especial atenção pelo legislador, conferindo substancial segurança aos particulares que escolherem a via arbitral para a pacificação de seus impasses comerciais. Outros exemplos emblemáticos de fortalecimento da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro são a interrupção da prescrição e a previsão da sentença parcial.

A interrupção da prescrição sendo fixada no momento do requerimento para início da arbitragem acabou com uma longa divergência doutrinária sobre a extensão dos efeitos retroativos, ou seja, o momento exato em que a prescrição restaria interrompida. Desse modo, o marco fixado para a instauração da arbitragem tem o condão de proteger os particulares, pois interrompe o prazo prescricional, não permitindo o seu transcurso mesmo na hipótese de ausência de jurisdição dos árbitros⁸.

A previsão da sentença parcial está em consonância com a moderna doutrina do direito processual civil, eis que permite ao julgador (juiz estatal ou árbitro) a tomada de decisão sobre um ponto que tenha formado seu convencimento, sem comprometer-se com o imediato julgamento integral da causa. A sentença parcial agiliza o processo, esteja ele em trâmite no poder judiciário ou em via arbitral. Nesse ponto, a grande preocupação existente em parte da doutrina versava sobre a possibilidade de prolação de uma sentença incompleta. No entanto, essa hipótese foi totalmente rechaçada pelo art. 33, §4º da Lei nº 9.307/96, o qual previu que a parte interessada poderá ingressar com ação judicial com o objetivo de requerer a complementação da decisão arbitral (BRASIL,

8 Conforme art. 19, §2º da Lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996).

1996).

Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro partiu da ausência de previsão legal quanto aos procedimentos da arbitragem para uma situação de franco fortalecimento do instituto. O Poder Judiciário, abarrotado de demandas e extremamente burocrático, não é capaz de dirimir os conflitos que possam surgir na intensa e imediata relação comercial dos tempos atuais. O processo judicial caracteriza-se pela morosidade e não especialização do julgador (órgão de conhecimento generalista), o que não transmite confiança, tanto ao cidadão comum quanto ao empresariado.

O fenômeno que se presencia é o da fuga em relação ao Poder Judiciário. Os indivíduos que entendem existir outro mecanismo de solução de controvérsias mais adequado ao seu caso optam por este ao invés de um processo judicial (como negociação, conciliação, mediação ou arbitragem). É claro que esse ainda é um movimento tímido, sobretudo em um país pautado pela observância de direitos somente em casos de ameaça de ajuizamento de uma demanda judicial. O acesso à justiça ainda depende, em um grau elevado, da atuação do Poder Judiciário, porém o país inicia um caminhar no sentido da solução consensual de celeumas entre particulares, tornando o povo mais maduro e capaz de resolver os impasses do cotidiano.

Nessa linha, a arbitragem é um instrumento que valoriza a autonomia da vontade, prevendo a possibilidade de definição do procedimento, da pessoa do árbitro, dos elementos probatórios, fixação de um eventual prazo de decisão, entre outros. A flexibilidade do mecanismo, aliado à sua previsibilidade pelos usuários, acabam por apresentá-lo como um meio adequado ao alcance da pacificação dos conflitos comerciais.

As leis de mercado direcionam o agente econômico a alocar os seus recursos onde lhe pareça ser um local propício para tal. Essa análise passará pela observação do ambiente político e jurídico do local de investimento, buscando-se aferir se o local é estável, se apresenta celeridade no julgamento de possíveis conflitos, se tem um ordenamento jurídico seguro no que se refere às relações comerciais, entre outros fatores já esmiuçados. Além disso, é importante ressaltar que a arbitragem é um instrumento bastante difundido no mercado internacional e, portanto, sendo um instrumento consolidado na legislação brasileira, a consequência natural será de um ambiente seguro para a aplicação de recursos.

Logo, a associação da consolidação da arbitragem ao aumento de investimentos estrangeiros é uma lógica legítima. Em verdade, o simples fato de o Brasil ter se adaptado a uma condição imposta pelo mercado internacional já revela o desejo em fomentar a atividade econômica, nos termos do que dispõe o art. 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

CONCLUSÃO

A consolidação da arbitragem na experiência jurídica brasileira representou uma verdadeira sinalização do governo no sentido de atrair recursos e aquecer a economia do país. O fomento e indução de investimentos estrangeiros passam pela correta leitura do mercado e tomada de decisões, com o objetivo de construir um ambiente favorável e seguro para aplicação de ativos.

Nesse contexto, com base no comando constitucional, o poder público concretizou o

fortalecimento do processo arbitral e passou ao jurisdicionado a escolha de utilizar o melhor meio capaz de alcançar a pacificação da lide. A distribuição da justiça não é uma prestação exclusiva do ente estatal, sendo possível que cada indivíduo, no que tange aos seus direitos patrimoniais disponíveis e exercitando sua autonomia, opte pela via que entender mais benéfica. Aliás, sobre esse assunto – patrimônio – ninguém melhor do que o próprio particular para definir os rumos a serem tomados.

Portanto, andou bem o legislador ao robustecer as previsões referentes à arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, pois trouxe uma segurança ainda maior aos seus usuários. Essa atitude, além de reconhecer a maturidade do particular em resolver seus próprios problemas, auxiliou ainda na atração de investimentos estrangeiros na economia, já que ajudou a construir uma imagem mais segura quanto ao funcionamento do instituto no Brasil, transmitindo confiança ao mercado.

REFERÊNCIAS

BOARATI, Vanessa. **Economia para o direito**. Barueri: Manole, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015a.

BRASIL. Lei nº 13.129, 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 44, 27 maio 2015b. PL 7108/2014.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei da Arbitragem; Lei Marco Maciel. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996. PL 4018/1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESC's**. Barueri: Manole, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de Oliveira; SPLENGER, Fabiana Marion. **O fórum múltiplas portas como política pública de acesso à justiça e pacificação social**. Curitiba: Multideia, 2013.

SOMBRA, Thiago Luís. A constitucionalidade da Lei de Arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto do Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal do Brasil**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, p. 263-277, 2011.

Como citar: DENARDI, Eveline Gonçalves; VAN MOORSEL FILHO, Rubens Baldassare; QUEIROZ, Rodrigo Goes de . A importância da arbitragem privada para fins de indução e fomento de investimentos estrangeiros no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 42-54, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p42. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/08/2018

Aprovado em: 28/12/2018

**(IM) POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO
PROCESSO JUDICIAL PELA MEDIAÇÃO****(IN) POSSIBILITY OF REPLACING THE JUDICIAL
PROCESS BY MEDIATION****Daniel Mota Gutiérrez***
Gabriela Martins Carmo**

*Doutor em Direito em 2014 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Mestre em Direito em 2006 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Especialista em Direito em 1997 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Graduado em Direito em 1995 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
E-mail: dgutierrez@uol.com.br

**Mestra em Direito em 2018 pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)
Especialista em Direito em 2017 pela Faculdade Evolutivo (FACE)
Graduada em Direito em 2016 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
E-mail: gabrielamartinscaro@gmail.com

Como citar: GUTIERREZ, Daniel Mota; CARMO, Gabriela Martins, (im) possibilidade de substituição do processo judicial pela mediação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 55-73, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p55. ISSN: 2178-8189

RESUMO: O presente trabalho visa analisar se a substituição do processo judicial pela mediação traz de fato um ganho sistêmico e, se não, destacar os motivos pelos quais isso não ocorre. Para alcançar tal finalidade, dividiu-se o texto em três partes principais, além das considerações iniciais e finais. A primeira traz uma abordagem sobre o conceito de processo judicial sob a ótica constitucional democrática. A segunda faz uma revisão ao instituto da mediação e também dos meios equivalentes de gestão de conflitos, de uma forma geral. Na terceira, apresentou-se as razões da impossibilidade da substituição do processo judicial pela mediação. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a bibliográfica com o uso do método dedutivo. Concluiu-se que o efetivo ganho sistêmico ocorre, ao invés da substituição, com a utilização de maneira adequada e complementar dos outros meios de gestão de conflitos, quando o uso do Judiciário não for necessário.

Palavras-chave: Mediação. Autonomia Privada. Processo democrático.

ABSTRACT: This paper aims to analyze if the substitution of the judicial process through mediation does indeed bring about a systemic gain and, if not, to highlight the reasons why this does not occur. To achieve this purpose, the text was divided into three main parts, in addition to the initial and final considerations. The first brings an approach to the concept of judicial process from the democratic constitutional point of view. The second revisits the mediation institute as well as the equivalent means of conflict management in general. In the third, the reasons for the impossibility of replacing the judicial process with mediation were presented. The methodology used in this research was the

bibliographical one with the use of the deductive method. It was concluded that the effective systemic gain occurs, instead of substitution, with the adequate and complementary use of other means of conflict management when the use of the Judiciary is not necessary.

Keywords: Mediation. Private Autonomy. Democratic process.

INTRODUÇÃO

Algumas das temáticas em evidência na área jurídica são o “desafogamento” do Poder Judiciário, a desjudicialização da justiça e a substituição do processo judicial pelos “meios alternativos de resolução de conflitos”. Investiga-se menos, contudo, acerca do ganho sistêmico que tal substituição traz ao sistema jurídico pátrio.

Nesse sentido, a intenção do presente estudo é realizar releituras dos institutos da mediação e do processo judicial e, por isso, o presente tópico analisará o panorama da situação do Judiciário brasileiro estabelecido pelo “Justiça em Números”¹, a existência de metas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como delineará o significado dessa expressão “ganho sistêmico”.

É notório que o Poder Judiciário tem uma demanda imensa quando comparado com o número de agentes que nele trabalham (juízes, analistas, técnicos, oficiais de justiça, promotores, defensores, entre outros). Também é conhecido que, no ritmo atual de resolução dos processos, em comparação ao contingente que adentra o Poder Judiciário, tal fator acaba por gerar uma lentidão excessiva, dificultando muitas vezes o alcance da Justiça no processo judicial. Pese-se que ver tudo isso traduzido em estatísticas no “Justiça em Números”, à primeira vista, justifica a criação de metas pelo CNJ. Não tem como ver os números sem uma prévia ponderação e não pensar que o problema da máquina judiciária é o alto contingente e a demora da jurisdição.

Nesse panorama, cair na falácia de que o problema está diante de nossos olhos e que a solução para ele, portanto, seria evitar que as pessoas entrassem com novos processos, solucionando de uma forma mais ágil os que já estão correndo, torna-se extremamente sedutor. Especialmente quando se prega que dita solução se trata de métodos mais humanos, baratos, ágeis e que valorizam a autonomia privada, termo este que também está na moda dos estudos jurídicos. Os meios alternativos de resolução de conflitos têm surgido como os heróis que resolverão o problema do Judiciário com a substituição dos processos por acordos.

Tal realidade é preocupante. Sem querer retirar o mérito da existência do “Justiça em Números”, que são dados estatísticos interessantes, os quais podem ser utilizados para fins práticos de criação de políticas públicas, ou estabelecimento de metas do CNJ que combatem o tempo morto dos processos, ou ainda do sistema multiportas e dos meios alternativos de solução de conflitos, que de fato promovem a autonomia privada e são meios eficazes para diversos fins, essas respostas não tem sido utilizadas da maneira correta ou mais adequada, o que termina distorcendo as funções no mundo jurídico. É nesse cenário que este estudo visa responder ao seguinte questionamento: substituir o processo judicial pela mediação traz de fato algum ganho sistêmico?

E para responder essa pergunta vale três observações preliminares: a primeira é que o

1 Anualmente publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, tal obra faz um panorama geral do Judiciário brasileiro, dividindo-o em ramos e instâncias, com grande quantidade de dados e apontando a evolução dos problemas constatados ao longo de tais análises.

recorte deste artigo se dará mais especificamente com a mediação, e não com os métodos como um todo, tendo em vista o propósito desse trabalho, embora se faça referências gerais aos demais meios.

A segunda observação se faz pelos motivos explicados no terceiro tópico, pois se entende que a nomenclatura “meios alternativos de resolução de conflitos” deve ser substituída pelo termo “meios equivalentes de gestão de conflitos”, expressão esta utilizada daqui em diante no texto.

Por fim, a terceira observação preliminar é o significado de ganho sistêmico aqui utilizado: por ganho sistêmico na pergunta-chave “substituir o processo judicial pela a mediação traz de fato algum ganho sistêmico?”, busca-se investigar se de fato essa substituição seria considerada uma vantagem, uma melhora no panorama atual e, sobretudo, um ganho para o sistema jurídico brasileiro. A intenção aqui não é fazer uma referência a teoria dos jogos e a nomenclatura “ganho sistêmico” dela resultante. Assim, realizadas essas considerações iniciais, cabe agora explicar a subdivisão do trabalho para que se alcance a finalidade pretendida no estudo.

O trabalho foi dividido, além do tópico de considerações iniciais e considerações finais, em mais 3 (três) partes. Na primeira, de título: “o processo judicial como um ganho sistêmico na garantia de direitos fundamentais”, buscou-se uma ressignificação do processo judicial, perpassando pelo histórico dessa ciência, mostrando a visão mais tradicional que se tem do processo, a visão da escola instrumentalista, e, seguidamente, a visão da corrente democrática de processo que será adotada neste estudo, bem como abordar as consequências dessa “nova visão”, com suas vantagens e desvantagens.

Na segunda parte, denominada: “uma perspectiva renovada sobre a mediação”, também se busca fazer uma releitura desse instituto inspirada na visão democrática de processo, ressignificando os meios equivalentes de gestão de conflitos de uma maneira geral, destacando as vantagens e desvantagens do instituto da mediação.

Por fim, na terceira parte do trabalho, intitulada de: “os ganhos sistêmicos da mediação e sua impossibilidade de substituir o processo judicial”, analisa-se as funções de cada instituto, processo judicial e mediação, mostrando que esses meios são insubstituíveis e complementares. Dessa maneira, feitas essas considerações iniciais, passa-se à primeira parte do trabalho.

1 O PROCESSO JUDICIAL COMO UM GANHO SISTÊMICO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se compreenda o processo judicial como um verdadeiro ganho sistêmico, é necessário previamente tecer algumas considerações históricas e explicar as duas correntes processuais: a instrumental e a democrática, de modo a lhes caracterizar e relacionar com o presente estudo.

Baseado na realidade de cada nação no contexto europeu pós Idade Média, não se tinha uma divisão concreta entre Direito Processual e Direito Material, muito menos o monopólio das

soluções dos conflitos pelo Estado, em uma realidade que o próprio conceito de “Estado” atual não existia, havendo sobre ele apenas alguns lampejos teóricos.

A maior parte dos problemas eram solucionados pela autonomia jurídica das pessoas ou de seus Conselhos e Senhorios, bem como, os que eram “levados à juízo” eram julgados pelos poucos juizes “oficiais”, que existiam ou que apenas dispunham do prestígio da comunidade que integravam, mas não possuíam conhecimentos do Direito, pois este era estudado de maneira erudita nos poucos centros universitários². Esses arcaicos processos eram procedimentos geralmente lentos e julgados conforme o ritual de cada juiz, afinal, não se tinha uma unificação procedimental. Cabe lembrar que, apesar disso, tais processos representavam um grande avanço social por constituírem uma tecnologia de engano a violência, ou seja, por evitarem o uso da força para “solucionar um conflito”.

Em 1868, na Alemanha, Oscar Bülow propôs a separação entre Direito Material e Direito Processual, compreendendo que havia uma diferenciação no tipo de relação que as pessoas constituíam numa lide e na que tinham no momento do processo, pois ele entendia que estes eram momentos jurídicos distintos, tendo em vista que, em um processo, as relações jurídicas se desenvolviam em diferentes etapas, ao passo que, no direito material, a relação, ainda que continuada, ocorreria da mesma forma, como expõe o próprio Bülow (1964, p.1):

Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*. [...] Se acostumbra a hablar tan solo de relaciones de derecho privado. A estás, sin embargo, no puede ser referido el proceso.

Essa ideia inicial de Bülow, ao compreender a separação do direito material e do direito processual, e este último como uma relação jurídica entre as partes e o juiz, gerou duas interpretações sobre o que seria e significaria o processo judicial. A primeira e mais conhecida é a escola instrumentalista, enquanto que a segunda originou o que se chama atualmente de visão democrática do processo. É interessante remontar essas duas escolas para perceber suas nuances. Portanto, passemos inicialmente à escola instrumentalista.

Franz Klein, influenciado com as ideias de Oscar Bülow, elaborou o Código de Processo Civil austríaco, aumentando a segurança jurídica com a uniformização procedimental, como explicam Zamora e Castillo (1947, p. 311), ao falar do inovador projeto de Klein em sua época: “su larga permanência enel ministério de Justicialepermitió, a todo lo largo del decênio 1890- 1900, planear, redactar e implantar la reforma del proceso civil, que ha immortalizado sunombre[...] y hacer mas eficaz y expeditiva lajusticia civil de sus países”.

2 Em “AS FRONTEIRAS DO PODER. O MUNDO DOS RÚSTICOS”, António Manuel Hespanha, Professor Catedrático de História do Direito na Universidade Nova de Lisboa, analisa com um perfil historiográfico como, no plano da administração a Justiça, foi paulatinamente substituída essa realidade local pela Justiça erudita, nas terras de Portugal.

A fama de tal código se espalhou por toda a Europa. Na Itália, o Código de Processo Civil Italiano de 1940 foi influenciado por tais pensamentos e também por Chiovenda, que afirmava ser o processo como uma relação jurídica entre as partes, já que seria este “um enlace normativo entre duas pessoas as quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico” (GONÇALVES, 2012, p.62), sendo, por esse e outros motivos, um jurista relevante em seu país. Quem deu continuidade ao trabalho de Giuseppe Chiovenda na Itália foi Francesco Carnelutti, pois este passou a trabalhar com a ideia de solução do conflito como um ponto convergente da Jurisdição (BARROS, 2003, p.17). Ao fim, isso termina por desenvolver a ideia de que a função de um processo seria solucionar conflitos, como explicam Zamora e Castillo (1947, p.316):

Tres postreras indicaciones acerca de Carnelutti: 1ª, desde 1924, en que se funda, Carnelutti ha sido algo más que el director: el alma y el motor de la “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”[...], la mejor de su especialidad, desde luego, y quizás, también la mejor revista jurídica del mundo; 2ª, la piedra angular de su pensamiento procesal civil la constituye la noción de Litis o litigio, concebido por el cómo idea extra o meta procesal, a cuya justa composición está adstricto el proceso, y, 3ª, como Goldschmidt en Alemania, Carnelutti es uno de los poquíssimos procesalistas que ha cultivado, aunque con desigual intensidad, tanto el enjuiciamiento civil como el penal.

Desta forma, desde a estruturação de uma ciência processual autônoma, em meados do século XIX, até o período da 2ª guerra mundial, a preocupação dos estudiosos da área era fundar o processo com uma perspectiva conceitual ligada ao estudo da técnica processual em si, sendo visto o processo, portanto, como o instrumento técnico procedimental de resolução de demandas, ou seja, um instrumento de jurisdição (NUNES, 2008, p.39).

No período da 2ª grande guerra, Enrico Tullio Liebman, professor processualista na Itália, ao vir morar no Brasil, trouxe consigo o estilo processual do Direito Italiano. Para ele, no processo se busca como ato final do provimento do juiz e o procedimento processual seria uma série de atos sucessivos que decorrem no processo e discorrem com a atuação do juiz e dos jurisdicionados. Ademais “*Liebman reabilitou o conceito de procedimento, já que considera o processo uma entidade complexa, integrada pela relação jurídica e pelo procedimento.*” (BARROS, 2003, p.11).

Com esse conceito de jurisdição apresentado por Liebman, seus seguidores Alfredo Buzaide e Cândido Rangel Dinamarco enraizaram tais pensamentos no Brasil. O primeiro, com a elaboração do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, enquanto o segundo, com o desenvolvimento da noção de que “*a jurisdição é instrumento para a pacificação social, e o processo possui escopos metajurídicos, sociais, políticos e jurídicos*” (BARROS, 2003, p.17). Assim, concretiza-se a ideia no Brasil de que, através da figura do juiz, o Estado possa efetivar políticas públicas e melhorar a vida dos cidadãos fazendo cumprir a lei, como preconiza Cândido Rangel Dinamarco, conferindo ao processo diversos escopos, como o da pacificação social e o da educação da população através das sentenças.

Nessa altura, importa apresentar uma outra perspectiva sobre o processo, reconhecida como a teoria democrática. Para tanto, faz-se mister regressar ao início do século XX, aproximadamente em 1923, quando o alemão James Goldschmidt discordou da definição de que seria o processo uma relação jurídica entre as partes. Para ele, a ideia de relação jurídica é uma característica do direito privado, não condizente com o direito processual, pois este último possui uma característica mais dinâmica. Para Goldschmidt, na verdade, seria o processo uma situação jurídica, tendo em vista que, em cada um dos momentos processuais, os seus sujeitos estão colocados em diferentes posições jurídicas (BARROS, 2003,p.14).

Já em 1967, Fazzalari defendeu que o enfoque das discussões do processo não deveria ser a existência de uma relação ou uma situação jurídica entre as partes, e sim, oferecer ao processo judicial um conceito satisfatório de modo a diferenciá-lo do procedimento. Ele então explicou que o processo, na verdade, seria o objeto que garantiria o contraditório entre as partes e, também, seu conceito seria, por isso, algo mais amplo que um procedimento. A essa ideia, batizou-se de Teoria Estruturalista (FAZZALARI, 2006, p.120), que, como explica Nunes (2008, p.39), tem um caráter mais democratizante do processo:

Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que vai se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão possam ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais. Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados.

Posteriormente, ainda em meados do fim da Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Constituição Italiana, Andolina e Vignera perceberam que a Constituição não simplesmente influenciava o processo, mas que nela estava contido um modelo processual. Na obra “Il modello costituzionale del processo civile italiano” Andolina e Vignera (1997, p. 09) escreveram:

Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi: a) nella espansività, consistente nella sua idoneità [...] a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionale introduttidal legislatore ordinario[...]; b-) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diversa di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale [...] delle figura processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista de perseguimento di particolari scopi; c-) nella perfettibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub- costituzionale, la quale [...] ben può costruire procedimenti giurisdizionale caratterizzati da (ulterior) garanzia ed istituti ignotà al modello costituzionale[...].

Essa visão constitucionalista se amplificou e chegou ao Brasil por volta dos anos 80, época em que se criou a primeira constituição democrática após anos de ditadura. O responsável por apresentar e divulgar essa teoria no país foi José Alfredo de Oliveira Baracho, como aduz Santos (2015, *Online*):

[...] Dr. Baracho, apresentou a Teoria Constitucionalista do Processo no Brasil. Para esse autor o Processo Constitucional tem como finalidade a efetivação das garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é, como instrumentos predominantemente processuais, relacionados a reintegração da ordem constitucional. Essas garantias de que fala Baracho, são sobretudo aquelas que dizem respeito ao acesso ao judiciário, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, que se encontram dispostas no art. 5º da Constituição Federal vigente. A garantia de processo que se apresenta na Constituição da República pode ser caracterizada como um verdadeiro princípio, que tem amparo constitucional e processual.

Nessa teoria apresentada por José Alfredo de Oliveira Baracho, em resumo, tem-se que a função do processo é garantir direitos fundamentais às partes, como, por exemplo, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Ele entende que a função do processo não é solucionar conflitos, ainda que, como consequência, algumas vezes solucione. Tampouco seria função do Estado realizar no processo judicial qualquer tipo de escopo, seja social ou político. A figura estatal, dentro dessa visão, serviria apenas para garantir no processo o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como expõe Nunes (2008, p. 40 e 41):

Com o avanço de alguns estudos científicos de alta modernidade, percebeu-se a impossibilidade da construção de procedimentos, tomando-se por base tão-somente a busca de resultados pragmáticos, mas ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo) em perspectiva dinâmica e que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal. Obviamente que essa nova visão não poderá olvidar jamais a instrumentalidade técnica do processo. Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, fruto da ressonância dos paradigmas estatais, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual. Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito.

A visão do processo como uma garantia de Direitos fundamentais evidencia à segurança jurídica, além de ser adequada à Constituição Federal vigente. Porém, também é notório que essa visão tem uma desvantagem: o tempo. Com efeito, nessa perspectiva se percebe que é natural

a demora no processo judicial. Faz parte do seu amadurecimento e do conjunto probatório, sua extensão, o que muitas vezes, na sociedade pós-moderna líquida (Bauman, 2007), é algo inconcebível, nesse tempo onde há confusão de rapidez com efetividade.

Cabe salientar que quando se cogita de demora, se está falando do tempo natural para que as etapas do procedimento processual se desenvolvam, e não do “tempo-morto”. O “tempo-morto” do processo, aqui compreendido como o tempo em que, por inércia do Judiciário, em algum momento do procedimento (como, por exemplo, a demora de um ano para se realizar um simples despacho) o processo fica estancado. Este “tempo-morto” é inconcebível.

Porém, esse “tempo natural do processo” é um preço relativamente pequeno a se pagar para se ter um julgamento apropriado, especialmente quando se pensa que o mais demorado em um processo não é sua duração em si, e sim seu “tempo morto”, algo que deve se tentar evitar.

2 UMA PERSPECTIVA RENOVADA SOBRE A MEDIAÇÃO

Um dos métodos mais conhecidos dos meios equivalentes de gestão de conflitos é a mediação, o assunto sobre o qual se fará uma nova releitura nesse tópico do trabalho. E, antes mesmo de abordar o seu conceito, cabe uma breve explicação sobre a expressão que fora utilizada: “meios equivalentes de gestão de conflitos”, expressão essa diferente do termo que usualmente se utiliza, qual seja, “os meios alternativos de solução de conflitos”.

É interessante notar que a palavra “alternativos” exprime a ideia de que o Poder Judiciário seria um meio mais legítimo e que os demais meios de gestão de conflitos não seriam tão relevantes como este, ao passo que a palavra “equivalentes” confere o sentido de que todos são igualmente importantes para a sociedade, como explica Campos e Franco (2017, p. 264) “*os métodos colaborativos não devem ser designados como “meios alternativos” já que remeteriam ao sistema adjudicatório como via principal de resolução de conflito (...)*”. Portanto, os métodos precisam ser compatíveis, ou não, ao conflito e não possuem essa ideia de “principal” (judicial) e “acessórios” (meios consensuais).

Ademais, assim como a principal função do processo judicial não é resolver um conflito, e sim garantir os direitos fundamentais das partes nele envolvidas, embora que, tenha como consequência muitas vezes a resolução do conflito, também não é a função dos meios equivalentes solucionar conflitos, ainda que consequentemente muitas vezes eles os solucionem.

Tal explicação se faz necessária de início para que se quebrem paradigmas arraigados à sociedade. Por mais que para muitos a mudança da palavra “solução” para “gestão” de conflitos pareça não ter importância, é ingenuidade acreditar que palavras não possuem significados e cargas axiológicas próprias.

Conforme o dicionário Aurélio (2017) a palavra “solução” significa “resolução de uma dificuldade, de um problema” enquanto que “gestão” se define por “administração”. Pode parecer

despropositada a necessidade desse esclarecimento inicial, mas em verdade ele contém uma valiosa informação sobre a mediação, que tudo tem a ver com seu conceito, características e princípios: a mediação não tem por função solucionar um conflito, não é a intenção maior de quem utiliza esse termo resolver um problema que lhe foi trazido.

O intuito da mediação é promover um diálogo entre as partes, fazer os “litigantes” reaprenderem a conversar. Essa conversa pode até terminar em um acordo, e se isso acontecer, um bônus é alcançado, por exemplo, mas não é essa sua função, como bem explica Tartuce (2016, p.193):

Na perspectiva transformativa, a principal meta da mediação é dar aos participantes a oportunidade de aprender ou de mudar; com isso, pode-se alcançar uma sorte de evolução moral ou “transformação” por meio do aprimoramento da autonomia (ou “empoderamento”, como a capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e de “identificação” (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia).

Outro termo que deve ser elucidado previamente é a acepção da expressão “sistema multiportas”. Ele significa que existe uma gama imensa de métodos diferentes de tratamento dos conflitos e que cada tipo de conflito possui um método apropriado para ser utilizado, o que traz inúmeros benefícios para a promoção da cidadania, e a efetivação da Justiça, como expõe Said Filho (2017, p.191):

Partindo-se da premissa de que se tratam de mecanismos de autocomposição (em sua maioria), capazes de permitir maior participação dos litigantes na construção de uma solução para o impasse. Através da mediação, da negociação e da conciliação tem-se um tratamento diferenciado do processo jurisdicional tradicional, considerando-se que desaparece – ou pelo menos se atenua – a figura de um terceiro imparcial responsável por decidir a contenda. Nesse diapasão, além de facilitar o tratamento das demandas, por meio de procedimentos menos demorados e custosos, as partes têm mais próxima de si a justiça – tão distante e desacreditada nos dias atuais – com uma solução mutuamente construída que assegure mais efetividade do que se fosse proferida por um terceiro.

Nada melhor do que em um momento de conflito se ter um cuidado adequado a ele. E isso não se afirma simplesmente em relação ao desfecho do conflito, pois, como já fora abordado, a intenção desses mecanismos, em especial, da mediação (que é o abordado neste trabalho), não é essa.

A ideia é compreender que cada tipo de conflito pode ter uma maneira diferente, mais adequada de ser tratado. Em outras palavras, cada desentendimento, dependendo de sua natureza, possui um tipo de tratamento, um tipo de gestão, mais adequado. Por exemplo, um conflito familiar possui peculiaridades tão próprias que não deve ser gerido da mesma maneira que um conflito que

versa sobre o pagamento de uma dívida entre dois estranhos.

Ter essa percepção de que cada problema é único e possui características próprias é fundamental para que cada meio possa ser utilizado da maneira certa e produza bons resultados, pois a utilização do método equivocada pode aumentar o conflito.

Ter essa percepção gera efeitos imediatos: todos os métodos possuem características e funções próprias, são autônomos e não existe um meio que seja superior ao outro e, por isso, é essencial que seja feita uma análise prévia de qual é o meio mais pertinente para a situação, o que deverá ser realizado pelas próprias partes juntamente com seus advogados.

Após a quebra desses paradigmas iniciais, cabe agora explicar o que é a mediação, bem como a perspectiva considerada do instituto nesse trabalho. Por conceito de mediação se entende: um método que, através da figura de um terceiro imparcial, ajuda a promover o diálogo entre as partes para que estas, se entenderem conveniente, encontrem uma solução para o seu problema por si mesmas, como bem expõe Tartuce (2016, p.193):

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. A mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador possui autoridade para impor decisões.

A lógica da mediação gira em torno de o mediador estimular o diálogo entre as partes objetivando sua percepção dos objetivos em comum que possuem e, dentro deste panorama, a formulação, por elas mesmas, da solução para seu conflito. Vale salientar, para tanto, a importância de mostrar às partes, desde o início, o conflito como algo natural ao ser humano e que, se as pessoas o souberem administrar bem, ele serve como um crescimento e não como um obstáculo ao relacionamento. Assim, elas percebem o conflito não como algo ruim, mas algo necessário e que na realidade é a boa ou má administração delas mesmas que proporcionará um desfecho positivo ou negativo. Essa percepção é essencial para as partes se sentirem responsáveis pelo problema e pela busca de um diálogo construtivo.

Essa necessidade de as partes aprenderem a dialogar e chegarem a uma resposta por elas mesmas, deve-se sobretudo pela natureza dos conflitos que a mediação trata. Ela deve ser utilizada em situações que envolvam relações continuadas, relações que envolvem os indivíduos sob aspectos não só financeiros e jurídicos, mas também sentimentais, como por exemplo, problemas familiares. Como aqueles indivíduos terão que conviver de alguma forma com ou sem aquele impasse, o ideal é que aprendam a utilizar mecanismos de comunicação para que, em outros momentos de conflitos, estes sejam bem administrados.

Nesse sentido, o papel do mediador é fundamental para a correta aplicação desse instituto, como explica Tartuce (2016, p.193) “Ao mediador caberá gerar oportunidades para que as pessoas se abram à comunicação necessária para que possam se beneficiar do proveitoso encaminhamento dos rumos da controvérsia”. Dessa forma, seu papel é imprescindível para promover o diálogo entre as partes, fazê-las refletir sobre a situação e permitir que elas sozinhas, se desejarem, cheguem a um consenso.

Diante do conceito, da função e dos casos de utilização desse meio equivalente de gestão de conflito, cabe explicar um pouco sobre os princípios que o regem. Ainda que esses variem de país para país, existe uma consonância sobre alguns pontos, quais sejam: participação de um terceiro imparcial, não competitividade, informalidade no processo, liberdade das partes, poder de decisão das partes, competência do mediador e confidencialidade no processo (SALES, 2009).

O primeiro, diz respeito a necessidade de o mediador ser alguém imparcial, equânime; o segundo, de as partes terem consciência que a sessão de mediação não é uma batalha, não se aplicando nela o sistema ganha-perde e sim o ganha-ganha; o terceiro, da não existência de um procedimento formal padrão para a sessão de mediação; o quarto, refere-se ao fato das partes serem livres para acordar o que entenderem ou para não acordarem nada se assim o desejarem; o quinto, concerne ao fato de as partes serem os protagonistas da sessão, não cabendo ao mediador oferecer qualquer proposta de acordo; o sexto, é que o mediador deve ser alguém com gabarito e com conhecimento para auxiliar em uma mediação; e, por fim, o sétimo se refere a questão de o mediador não poder revelar a outras pessoas o ocorrido na sessão, sendo essa um processo sigiloso (SALES, 2009).

Finalmente, porém não menos importante, é válido explicitar os principais objetivos da mediação, para se ter um panorama completo sobre os pilares desse meio equivalente de gestão de conflitos. Estes são: a prevenção de uma má administração de conflitos, a paz social e a inclusão social das partes, que se conscientizam sobre as responsabilidades e o acesso à justiça (SALES, 2009).

Vale salientar também que, no direito brasileiro, a mediação está prevista de duas formas: extrajudicialmente, na qual as partes buscam um terceiro imparcial fora do Poder Judiciário, e a judicial, regida pela lei nº 13.140/15 e pelo novo Código de Processo Civil, na qual as partes, no espaço do Poder Judiciário, têm a oportunidade de conhecer esse meio equivalente e ter, antes da primeira audiência de instrução, uma sessão de mediação ou de conciliação, ou de ambos.

No âmbito do que foi até aqui explicitado, cabe agora elencar algumas das principais vantagens da mediação em relação a outros institutos de uma maneira bem mais objetiva. A primeira delas é a promoção da autonomia privada. Tendo em vista que esse método proporciona aos próprios envolvidos no conflito a sua resolução, ele estimula uma atitude ativa e promove a autonomia privada dos indivíduos, além de estimular um tratamento adequado ao conflito, pois ninguém melhor do que as próprias pessoas envolvidas para saber como bem resolvê-lo.

Ademais, nesse método pode se dar uma solução mais adequada ao conflito, também porque esse meio estimula o diálogo de uma forma que as partes percebam não somente o conflito aparente que os cerca, mas também o conflito real.

Outra vantagem é que esse meio equivalente costuma ser mais barato e mais rápido do que um processo judicial. Com esta afirmação, vale lembrar, não se quer dizer que este meio é mais eficaz que o processo judicial ou que o processo judicial deve ser substituído por esse meio porque ele é mais ágil.

A intenção é apenas esclarecer que a mediação costuma se desenrolar mais rapidamente do que um processo judicial e isso se dá pelo simples motivo já explicado no primeiro tópico desse trabalho: é natural ao processo judicial a demora, é preciso de tempo para o desenrolar maduro de suas fases e nisso não há problema nenhum, muito pelo contrário. Deve-se evitar o “tempo morto” no processo, mas é natural que seu procedimento, por ser longo, cheio de detalhes, recheado de contraditório e ampla defesa, demore mais que uma mediação, um procedimento informal todo baseado na oralidade em tempo real e que, justamente por ser rápido, termina por ser geralmente mais barato.

Porém, no método da mediação não existem apenas vantagens. A primeira desvantagem é que se esse método não for bem conduzido pelo mediador durante a sessão pode, além de não atingir o grande objetivo do meio que é incentivar o diálogo das partes, aumentar o problema que as levou buscar a mediação.

Outra dificuldade é que o meio só funciona se as partes quiserem ao menos dialogar, pois se ambas não estão dispostas a conversar, esse meio perde a utilidade. Por isso, é imprescindível que no início da sessão o mediador explique às partes no que consiste tal ato, mostre a importância do diálogo construtivo, dê iguais oportunidades a elas para falar, pedir que se tratem de maneira respeitosa e repare se não existe nenhum tipo de coação por detrás do seu comparecimento ali, pois, sem essas atitudes, a mediação é incapaz de surtir efeito, como mostra Tartuce (2016, p.195):

Nas sessões consensuais, o condutor imparcial antes de iniciar a comunicação sobre o mérito da disputa, deve se certificar se os envolvidos estão devidamente informados sobre o contexto em que se inserem e sobre o direitos envolvidos; se for o caso, ele deve também advertir sobre a necessidade de que se informem com um profissional. Essas iniciativas são importantes para que não venham a ser celebrados “pseudo acordos”: sem haver consentimento genuíno e informado, podem advir avenças inexistentes no plano jurídico e ineficazes em termos de cumprimento espontâneo.

Cabe ressaltar também que, como já fora explicado, nem todo tipo de conflito pode ser trabalhado na mediação. Ademais, uma grande desvantagem desse meio é a validade de um acordo com ou sem homologação judicial, elas são muito diferentes e os critérios que levam um juiz a homologar ou não um acordo nessa natureza, muitas vezes são subjetivos, renegando a autonomia

das partes por uma circunstância de intervencionismo estatal, na figura do juiz na vida privada. Não se tem legalmente limites estabelecidos sobre o tema. Alguns juízes entendem que só cabe ao Judiciário avaliar os aspectos formais do acordo, outros, que podem entrar sim no caráter material do texto.

É notório que essa situação gera terrível insegurança jurídica às partes e desprivilegio do meio e da autonomia privada. O ideal seria a verificação dos juízes apenas sobre aspectos formais, como a capacidade jurídica das partes, por exemplo, de forma a garantir a validade do acordo e então homologá-lo, sem adentrar no mérito, tentando conferir uma solução que ele julgou melhor para as partes do que aquela que as próprias decidiram.

3 A MEDIAÇÃO E SUA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIR O PROCESSO JUDICIAL

Diante do todo exposto até então sobre essa perspectiva do instituto da mediação e do processo, cabe agora aclarar a impossibilidade de substituição de um pelo outro e combater essa cultura da desjudicialização “a todo custo” e as ditas semanas de conciliação/mediação que se espalham pelo país, notadamente quando se preocupam apenas com os números de processos a serem finalizados e os acordos que ajudam a “desafogar o Judiciário”. Inclusive, sobre essa temática de ser contra a massificação de acordos, Owen Fiss (2004, p. 143) traz uma ideia interessante:

Os problemas do acordo não estão ligados ao objeto do processo judicial, mas ao contrário, originam-se de fatores de difícil identificação, tais como riqueza das partes, a provável história do pós-julgamento do processo judicial ou a necessidade de uma interpretação legítima do direito. Além disso, é difícil saber como esses problemas podem ser evitados. Muitos dos fatores que levam uma sociedade a trazer relacionamentos sociais, que sob outras circunstâncias pareceriam totalmente privados (por exemplo, o casamento), para a jurisdição de uma corte, são também aptos a tornarem a prática do acordo mais complexa. É o caso dos desequilíbrios de poder ou do envolvimento de interesses de terceiros. O acordo é um substituto pobre para o julgamento; é um substituto ainda mais pobre para a retirada da jurisdição.

Pode-se até não ser tão radical quanto o autor acima citado, que acredita que o acordo é algo ruim e que o Poder Judiciário é mais legítimo para tomar decisões do que as próprias partes. Por tudo o que já fora exposto sobre mediação e promoção da autonomia privada, tem-se a noção de que esse posicionamento do Owen Fiss é demasiado radical, porém, essa perspectiva de que realizar acordos por realizar, para ser mais rápido, para fazer números e diminuir o contingente de processos judiciais, é de fato ter o acordo como um substituto inapropriado para a jurisdição.

Como já fora explicado, é natural que um processo judicial demore e, mais do que se preocupar em julgar rápido para alcançar metas ou em enxergar cada processo como um número a mais, deve-se compreender que cada processo conta uma história que envolve pelo menos duas pessoas, e que é questão de ética e cumprimento do ordenamento pátrio tratá-lo segundo o devido

processo legal.

Projetos que incentivam o acordo, como, por exemplo, a semana da conciliação, tem o seu mérito no que diz respeito a divulgar o sistema multiportas e a conscientizar a população da importância de outros meios equivalentes de gestão de conflitos, mas, infelizmente, por outro lado, tem sido tratada apenas como a diminuição de números de processos no poder judiciário, resultando em muitas sessões apenas com o intuito de fazer acordos que muitas vezes, feitos às pressas, não possuem a capacidade executiva para as partes, tampouco, resultam na vontade real delas, ou ainda, não as ensinam o verdadeiro potencial e função do métodos e sua capacidade de empoderamento frente a eles. Por isso, cabe agora resumir as funções do processo e da mediação.

Assim, em resumo, a função do processo judicial é garantir os direitos fundamentais das partes. É garantir que um terceiro imparcial (no caso o juiz) irá julgar aquela lide seguindo os ditames do devido processo legal, conforme as normas que existem no ordenamento jurídico pátrio, seguindo o “passo a passo” que a lei estabelece, possibilitando a ampla defesa e o contraditório em uma duração razoável de tempo. O processo, em geral, é indicado em situações em que as partes não tenham mais diálogo ou qualquer tipo de consenso (e nem intencionem ter).

Por outro lado, a mediação serve para promover o diálogo entre as partes. Ela promove a autonomia privada dessas, que podem, juntas, buscar um consenso e, quem sabe, até chegar em uma solução para sua controvérsia. É um método indicado para pessoas que tenham relações continuadas e tenham um mínimo desejo de dialogar. É um método que, assim como o processo judicial, é repleto de peculiaridades e características próprias.

Estes métodos de gestão de conflitos possuem peculiaridades e funções tão próprias que não servem, geralmente, para gerir ou compor os mesmos tipos de conflitos. Sobre esse aspecto, Pinho e Paumgarten (2016, p.2) expõem que:

A mediação (...) deve ser buscada espontaneamente pelas partes que se encontram envolvidas em um problema e que não conseguem, por esforço próprio, resolvê-lo.(...) O mediador facilitará a abertura dos caminhos dialógicos para que os próprios protagonistas envolvidos no conflito envidem esforços para encontrar solução para o impasse, consensualmente, contribuindo assim para a preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos, compondo a matriz de uma justiça coexistencial. Apesar das qualidades, a mediação não é a panacéia para solucionar qualquer conflito e para resolver a crise do judiciário. Cada caso detém características peculiares, e o primeiro desafio para resolvê-los é justamente encontrar o mecanismo mais adequado dentro do leque de opções disponíveis à sociedade.

É bem verdade que, na prática, por desconhecimento das partes, por uma cultura equivocada, ou ainda por interesses outros, utilize-se um desses métodos no lugar do outro, assim como surpreendentemente ocorre também com a conciliação, por exemplo. Mas o fato da técnica não ser devidamente aplicada e surtir efeitos, não significa dizer que esses meios são substituíveis,

como explicam Fernandes e Gonçalves (2017, p.101):

Diante de tudo o que foi levantado anteriormente a respeito da mediação, pode-se afirmar que tal mecanismo de solução de conflitos não tem o intuito de substituir a função do Poder Judiciário, mas de auxiliá-lo. Logo, a relação é de colaboração por se tratar de um procedimento amigável baseado na política do ganha-ganha para ambas as partes. Prova disto é que o próprio Judiciário vem se valendo dele para tratar de modo mais adequado os conflitos judicializados.

Nenhum meio do sistema multiportas, em especial os dois referidos neste estudo (mediação e processo judicial), são substituíveis uns pelos outros. Isso ocorre porque se eles têm diferentes funções e características, não se deve usar um instituto no lugar do outro, pois isso sim seria promover uma gestão incorreta do conflito. Ademais, nenhum dos meios é melhor ou mais importante que os outros, nem mesmo o Judiciário, ainda que os efeitos de cada um sejam diferentes, pois como resumem Cunha e Neto (2014, p.277):

A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como medidas destinadas a desafogar as vias judiciais, ou como alternativas a quem não foi bafejado com as melhores condições de aguardar um desfecho demorado de um processo judicial. Constituem, na realidade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos. Há, efetivamente, casos que são melhor resolvidos por esses meios.

Substituir, portanto, o processo judicial pela mediação, ainda mais com o intuito apenas de solucionar conflitos massivamente, não representa um ganho sistêmico. É equivocado se pensar em utilizar os meios alternativos como uma maneira de “desafogamento” do Poder Judiciário, pois o sistema jurídico não ganha com a utilização do meio inadequado, ainda que este seja considerado mais rápido. Na verdade, ele perde, tendo em vista que nem todo meio é adequado à mediação ou aos meios equivalentes de gestão de conflitos como um todo.

Ademais não se deve ver a celeridade da mediação como um sinônimo de efetividade. Celeridade significa rapidez e efetividade envolve muitos outros fatores, como a funcionalidade prática e a possibilidade de execução do acordo, por exemplo. Assim, os meios equivalentes de gestão de conflitos, em especial a mediação, e o processo judicial, não devem ser vistos como substituíveis e, sim, como complementares.

CONCLUSÃO

A mediação é usada, em geral, para promover o diálogo entre as partes e não simplesmente para solucionar conflitos, sendo isto uma consequência e não o objetivo principal da mediação. Ela é indicada para conflitos em que os envolvidos tenham vínculos de natureza continuada, em especial vínculos afetivos como, por exemplo, casos que envolvam conflitos familiares, e que as

partes envolvidas desejem minimamente voltar a dialogar, sendo, nesse sentido, uma relevante promotora do princípio da autonomia privada.

Em razão de cada meio ter suas próprias características, não se pode falar em um meio melhor do que outro e nem em substituição de um meio por outro. Tampouco pode-se cogitar que a substituição do processo judicial pela mediação seria um ganho sistêmico. Pensar em utilizar esse meio equivalente de gestão de conflitos, ou qualquer outro, para resolver o congestionamento do judiciário e, assim, “desafogá-lo”, seria um equívoco que só traria mais problemas ao sistema do que propriamente soluções, pois desvirtuaria a função dos meios equivalentes, bem como comprometeria os resultados consequentes dessa prática.

A excessiva carga de processos do poder Judiciário não deve em si ser vista como um problema, e, nem o grande vilão da demora da prestação jurisdicional entregue ao enorme contingente de cidadãos que o buscam. O problema da demora processual é em verdade “o tempo morto” do processo, que deve ser solucionado com reformas legais e estruturais no âmbito da legislação e do judiciário.

Não é sem motivos que o Brasil adotou o sistema multiportas. A ideia é justamente que cada conflito tenha um procedimento de tratamento que lhe é mais adequado, não existindo, portanto, nenhum meio equivalente de gestão de conflitos que seja superior ao outro, nem mesmo o poder Judiciário como muitos equivocadamente acreditam. O que existe são meios mais adequados e inadequados para cada conflito.

Assim, o melhor ganho sistêmico a ser considerado não é a substituição de um meio pelo outro, mas, sim, o uso do sistema multiportas de maneira adequada, correta, respeitando a funcionalidade de cada um dos seus institutos, uma vez com a utilização apropriada dos institutos para suas devidas finalidades fará com que estes gerem resultados seguros e efetivos e o sistema inteiro passará a funcionar melhor. Isso sim é que é ganho sistêmico.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO. **Dicionário Aurélio de português**. Curitiba: Positivo, 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/busca.php?q=>>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari**. Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1964. Traducción de Miguel angel Rosas Lichtschein.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. **A CONCILIAÇÃO NO BRASIL E A SUA IMPORTÂNCIA COMO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS**. Revista de Direito Brasileira, [s.l.], v. 18, n. 7, p.263-281, 1 dez. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2358-1352/2017.v18i7.3292>. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3292/2854>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **História, pensamento e terminologia processuais**. Revista de Derecho Procesal. Argentina, 1947.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CPC: MEIOS INTEGRADOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS**. Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 5, p.272-289, out. 2014. Disponível em: <<http://www.domalberto.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/A-Mediação-e-a-Conciliação-no-Projeto-do-Novo-CPC-Meios-Integrados-de-Resolução-de-Disputas.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flávio José Moreira. **A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO TRATAMENTO DA CONFLITUALIDADE SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO: DISCUSSÃO A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO CEARÁ**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, [s.l.], v. 3, n. 1, p.93-113, 4 jun. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9679/2017.v3i1.2376>. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2376/pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

FISS, Owen. **The law as it could be**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil: Quais as perspectivas para a justiça brasileira. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Cap. 1. p. 1-32.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**. Revista da Ajuris: Associação de juizes do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, v. 44, n. 142, p.175-200, jun. 2017. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/532/Ajuris_142_DT_7.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: Um guia prático para mediadores**. 2. ed. Rio de

Janeiro: Gz Editora, 2009.

SANTOS, Luara Cristina. **A teoria constitucionalista do processo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4403, 22jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40779>> Acesso em: 1º dez 2017

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Como citar: GUTIERREZ, Daniel Mota; CARMO, Gabriela Martins, (im) possibilidade de substituição do processo judicial pela mediação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 55-73, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p55. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 19/09/2018.

Aprovado em: 07/03/2019.

A PROTEÇÃO DE DADOS DA PESSOA JURÍDICA E A LEI 13.709/2018: REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE DATA PROTECTION OF THE LEGAL ENTITY
AND LAW 13709/2018: REFLECTIONS IN THE LIGHT
OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY

Rodrigo Almeida Magalhães*
Sthéfano Bruno Santos Divino**

* Doutor em Direito em 2004 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Mestre em Direito em 2000 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Especialista em Direito em 1999 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Graduado em Direito em 1998 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

E-mail: amagalhaes@ig.com.br

**Mestre em Direito em 2019 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Graduado em Direito em 2017 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

E-mail: sthfanoblog@hotmail.com

Como citar: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei 13.709/2018: reflexões à luz dos direitos da personalidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 74-90, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p74. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente artigo tem como problema o seguinte questionamento: a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, responsável pela proteção de dados pessoais, estende-se à pessoa jurídica? Para satisfação dessa problemática, objetiva-se uma análise hermenêutica dos arts. 1º e 5º, I, ambos da legislação em pauta, para evidenciar a proteção direcionada exclusivamente à pessoa natural. Posteriormente, discorre-se sobre esse equívoco legislativo, subsidiando essa premissa nas diretrizes constitutivas dos direitos da personalidade da pessoa jurídica. Ao final, conclui-se que a promulgação da Lei 13.709/2018 consagra um marco regulatório da internet, porém com algumas falhas no texto legal, dentre elas a não proteção aos dados pessoais das pessoas jurídicas. O desenvolvimento deste raciocínio ancora-se nos métodos hermenêutico-concretizador, dedutivo e revisão integrada, e nas técnicas estudo de caso e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Lei 13.709. Proteção de dados. RGPD. Sociedade da informação. Tratamento de dados.

Abstract: This article has as a problem the following question: Does Law 13,709, dated August 14, 2018, responsible for the protection of personal data, extend to the legal entity? In order to satisfy this problem, a hermeneutical analysis of the concept of personal data brought by the legislation in question is proposed, in order to highlight the legislative option of only protecting the natural person. Subsequently, this legislative misunderstanding is discussed, subsidizing this premise in the constitutive directives of the personality rights of the legal person. At the end, it is concluded that the promulgation of Law 13,709 / 2018

establishes a regulatory framework of the Internet, but with some tautologies and flaws in the legal text, among them the non-protection of personal data of legal entities. The development of this reasoning is anchored in the hermeneutic-concretizing, deductive and integrated revision methods, and in the case study and bibliographic research techniques.

Keywords: Bill 13.709. Data protection. GDPR. Information Society. Data processing.

INTRODUÇÃO

O surgimento da internet, a dilatação do *ciberespaço*, a expansão do comércio eletrônico e o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) redefiniram as relações sociais, transações comerciais e atividades políticas. Neste cenário a tecnologia molda a esfera privada, concedendo-a praticidades e, também, tornando-a frágil. A realidade demonstra o fechamento do indivíduo em fortalezas eletrônicas; sujeito de comportamentos ofensivos à sua privacidade. Essa constatação, porém, não é novidade. Desde o final da década de 1960, logo após o surgimento da internet¹, já era possível encontrar obras como *Privacy under attack* (MADGWICK, 1968), *The assault on privacy* (MILLER, 1972) e *The death of privacy* (ROSENBERG, 1969) descrevendo e enunciando a derrocada da privacidade frente às novas tecnologias. Os esforços desses estudiosos àquela época permitiram redefinir o modo como a privacidade é vista, detectada e tutelada nos contemporâneos ordenamentos jurídicos. O fato como a ontologia da privacidade é descrito pode afetar os direitos relativos à sua esfera protetiva com direta influência na vida privada, mercado, relações sociais e políticas. E considerada por Rodotà (2008, p. 145) como elemento fundamental da cidadania eletrônica contemporânea, a legítima defesa da privacidade apresenta-se como passo indispensável à liberdade existencial do sujeito inserido na sociedade informacional.

A coleta e o tratamento de dados, nesse cenário conectado, é tendência e compreende situações funcionais à privacidade, pois exprime o resultado do desdobramento da identificação e abstração da identidade do indivíduo, para seu processamento e transformação em objetos de valor econômico. A *commodificação* de dados, quando enunciada, causa espanto no receptor do discurso. O recente caso de vazamento de dados vinculando a empresa *Cambridge Analytica* e o *Facebook* concretiza esse tema e demonstra a rentabilidade² na agregação³ de informações se obtidas e eficazmente geridas⁴ no meio informacional. Assim “em uma sociedade na qual as informações se tornam a riqueza mais importante, a tutela da privacidade contribui de forma decisiva para o equilíbrio de poderes” (RODOTÀ, 2008, p. 144). Para chegar a esse resultado, o passo essencial é a criação de um Regime Geral de Proteção de Dados, que até agosto de 2018, não existia no cenário jurídico-legislativo Brasileiro.

O relevo atribuído ao momento de promulgação deste normativo parece confirmar e reforçar a tendência de considerar a privacidade como essencial ao desenvolvimento das relações sociais no contexto de um Estado Democrático de Direito contextualizado em uma sociedade

1 “As origens da Internet podem ser encontradas na Arpanet, uma rede de computadores montada pela *Advanced Research Projects Agency* (Arpa) em setembro de 1969” (CASTELLS, 2003, p. 13);(CASTELLS, 2017, p. 101).

2 *Facebook has lost \$70 billion in 10 days – and now advertisers are pulling out.* (REUTERS, 2018).

3 [...] *I focus specifically on Facebook data and two datasets my lab is currently work with: (a) a sample of 50+ million individuals for whom we have the capacity to predict virtually any trait [...]* (KOGAN, 2014)

4 Mesmo após a declaração de falência da *Cambridge Analytica*, Alexander Nix e as filhas de Robert Mercer, ambos CEO da *Cambridge Analytica*, em conjunto com outros executivos atuantes nessa empresa, estão elencados como diretores de uma companhia destinada à coleta e tratamento de dados denominada *Emerdata*. (GHOSH, 2018). Esses rápidos tracejos mostram que, para além da simples coleta e tratamento de dados existe um cenário econômico viável a ser explorado.

informacional. A privacidade⁵ e a construção da esfera privada⁶ são alvos de técnicas jurídicas e intervenções dos poderes estatais, para disciplinar a circulação de informações pessoais delas advinda, garantindo ao usuário a possibilidade de usufruir de determinados serviços, essenciais ou importantes, com a menor preocupação sobre o que e quais os dados estão sendo coletados e processados e para quais finalidades estão destinados. A previsão de uma legislação autônoma pretendendo regulamentar essas pretensões, no Brasil (2018)⁷, veio com a instituição da Lei 13.709/2018.

Diante desse cenário introito, o problema de pesquisa do presente artigo reside no seguinte questionamento: a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, responsável pela proteção de dados pessoais, estende-se à pessoa jurídica? Afim de apresentar resposta à essa problemática, objetiva-se uma análise hermenêutica dos arts. 1º e 5º, I, da Lei 13.709/2018, para demonstrar que este marco legal excluiu a pessoa jurídica de seu âmbito de tutela. Dessa descrição critica-se a incompatibilidade da postura legislativa com a proteção dos direitos da personalidade da pessoa jurídica. O discorrer argumentativo ancora-se nos métodos hermenêutico-concretizador, dedutivo e revisão integrada, e na técnica pesquisa bibliográfica.

A disposição estética do artigo será feita em dois tópicos. O primeiro se incumbe da análise acerca dos direitos da personalidade da pessoa jurídica. O segundo tópico aborda sobre a tutela de dados pessoais da Lei 13.709/2014, com ênfase nos arts. 1º e 5º, I.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E SEU PROTAGONISMO NA SOCIEDADE EM REDE

Personalidade refere-se à “uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas” (DE CUPIS, 2008, p. 19). Os direitos a ela atribuídos são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções” (FRANÇA, 1983, p. 37). A pessoa⁸, por sua vez, aparentemente seria o ente dotado de liberdade da vontade, a vontade de sentido e o sentido da vida, capaz de exercer o que lhe couber e o que lhe for atribuído (FRANKL, 1994, p. 16). Ao dispor sobre direito da personalidade, o Código Civil de 2002 o incluiu no título das pessoas naturais, ou seja, seres humanos. A princípio, como as pessoas jurídicas são entes abstratos criados por uma ou coletividade de pessoas naturais para obtenção de fins comuns⁹ e possuem livro próprio sem título específico sobre direito da

5 “[...] a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações” (RODOTÁ, 2008, p. 92).

6 “[...] pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo” (RODOTÁ, 2008, p. 92).

7 No cenário internacional este assunto já era tratado, desde 1995, pela Diretiva 95/46/CE, na União Europeia, a qual foi substituída pelo Regulamento 2016/679 (UNIÃO EUROPEIA, 1995); (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

8 Este conceito apresenta um elevado grau de problematização. Sua construção filosófica percorre diretrizes semânticas, etimológicas, ontológicas e epistemológicas que até a contemporaneidade não apresentaram respostas suficientes, ou não-vazias, a definição de pessoa. Como está aquém da problemática do presente escrito, indica-se (TAYLOR, 2013) e (NAGEL, 2004). A proposta de Taylor é direcionada para o caráter ontológico da identidade pessoal, a pessoa como animal linguístico. Já em Nagel, o filósofo propõe em sua teoria do aspecto dual ser verdade que *eu* seria o próprio *cérebro*, pois mente e cérebro, apesar de ontologicamente distintos, constituem uma mesma propriedade/substância.

9 O conceito transcrito foi adaptado. Originalmente, Chinellato e Machado afirmam a pessoa jurídica como entidade

personalidade, dificultaria seu reconhecimento e aplicabilidade *extra legis*. Contudo, o próprio Código Civil, em seu art. 52, estendeu às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção àqueles direitos.

Nesse enunciado, o legislador não positivou situações e quais direitos da personalidade da pessoa natural são e podem ser estendidos aos entes jurídicos. Alguns autores (CHINELLATO; MACHADO, 2017, p. 90-91) (PELUSO, 2018, p. 58) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 68) e tribunais¹⁰ reconhecem a aplicabilidade do direito à honra à pessoa jurídica. Os danos à sua imagem também são facilmente visualizados quando de sua má, imprópria ou ilegal utilização. Direito este compreendido entre os componentes da pessoa natural.

A CRFB, em seu art 5º, X, ao discorrer sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das *pessoas*, assegurando-as o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, não as indicou ou distinguiu se natural ou jurídica. Interpretar o dispositivo constitucional de forma restritiva seria inviabilizar a construção autônoma dos direitos extensivos ao ente jurídico. Além disso, essa interpretação reduziria direitos fundamentais a atributos exclusivos de pessoas naturais. Fato esse que não coaduna com a facticidade. E qual a razão dessa afirmação? Vislumbre a construção da pessoa jurídica em um ordenamento democrático de direito sob as luzes da economia informacional, em que o funcionamento em rede fortaleça a autonomia da empresa em uma base e estrutura econômica dinâmica. O dever incumbido ao direito é emergir considerações a um novo paradigma tecnológico organizado em torno de novas tecnologias da informação e incorporá-lo, no que couber, ao seu ordenamento. Mas qual paradigma é esse?

Dosi endossado por Castells, elabora o conceito de paradigma tecnológico fundamentado na Estrutura das Revoluções Científicas de Kuhn¹¹. Para Dosi (1998, p. 10, *apud* CASTELLS, 2017, p. 123):

Um paradigma econômico e tecnológico é um agrupamento de inovações técnicas, organizacionais e administrativas inter-relacionadas cujas vantagens devem ser descobertas não apenas em uma nova gama de produtos e sistemas, mas também e sobretudo na dinâmica da estrutura dos custos relativos de todos os possíveis insumos para a produção. Em cada novo paradigma, um insumo específico ou conjunto e insumos pode ser descrito como “fator-chave” desse paradigma

abstrata criada por coletividade de pessoas. Contudo, pessoas jurídicas como a EIRELI exige apenas uma pessoa natural como sua constituinte (CHINELLATO; MACHADO, 2017, p. 78). Gagliano e Pamplona Filho seguem a mesma errônea diretriz acima criticada. Para eles a pessoa jurídica é “o grupo humano, criado na forma da lei, dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 84).

10 Súmula n. 277 do STJ: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Resp 1.032.014/RS. TJMG, Proc. N. 1.0183.03.0624-70-8/001(1), rel. Elias Camilo, j. 09.11.2006, publicação 05.12.2006.

11 Em rápida síntese, a concepção de Kuhn tem como fundamento algumas fases da ciência. Para ele, primeiramente deve-se detectar uma fase pré-paradigmática, caracterizada pela discussão entre os pesquisadores sobre os mais viáveis aspectos metodológicos a serem utilizados para o estudo do caso em questão. Posteriormente, ocorre o desenvolvimento da ciência normal, entendida por Kuhn como *puzzles* (quebra-cabeças), vez que seu desenvolvimento se dá com regras já definidas e aceitas pela comunidade científica. Em seguida, há sua crise, em virtude da incompatibilidade ou não aceite dos métodos utilizados na ciência normal, para, então, surgir a última fase, a revolução. Sua pretensão é a de apresentar novos modelos científicos que detenham respostas condizentes e mais próximas à verdade científica. Sendo isso realizado, surge uma nova ciência normal, uma nova crise, uma nova revolução, e assim por diante. (KUHN, 1998).

caracterizado pela queda dos custos relativos e pela disponibilidade universal. A mudança contemporânea de paradigma pode ser vista como uma transferência de uma tecnologia baseada principalmente em insumos baratos de energia para uma outra que se baseia predominantemente em insumos baratos de informação derivados do avanço da tecnologia em microeletrônica e telecomunicações.

Castells apresenta cinco características paradigmáticas inspiradas na formulação de Dosi. A primeira consiste em afirmar a informação como sua matéria prima. As tecnologias agem sobre a informação, não apenas a informação sobre a tecnologia. A segunda característica refere-se à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Aqui, detecta-se uma parte integral de toda atividade humana e coletiva modelada pelo meio tecnológico. A terceira refere-se à lógica das redes adaptada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação. A quarta característica se incumbe da flexibilidade do sistema de redes sob o aspecto dinâmico da capacidade de reconfiguração, aspecto decisivo se analisado sob a ótica de uma sociedade caracterizada por constante mudança e fluidez organizacional. E, por fim, a quinta característica é a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, onde as tecnologias antigas são indistinguíveis e incorporadas às novas, fazendo com que a microeletrônica, as telecomunicações, a optoeletrônica e os computadores sejam todos integrados nos sistemas de informação (CASTELLS, 2017, p. 124-125). E qual a relação desse paradigma com a economia global, informacional em rede? Primeiro, definem-se os termos.

É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia, mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais (CASTELLS, 2017, p. 124-125).

De acordo com Castells (2017), foi no quartel do século XX que esse cenário fático contextualizou e favoreceu o surgimento dessa nova economia. Com o uso adequado da internet como fonte de produtividade e competitividade, os negócios eletrônicos¹² surgiram na vanguarda empresarial como opção de empreendimentos àquela época. Já no início dos anos 2000, a contratação eletrônica nos Estados Unidos havia arrecadado cerca de 400 bilhões de dólares (CASTELLS, 2003). No último trimestre de 2017, apenas a empresa Amazon.com Inc, datada de 1994, registrou lucros de quase U\$2 bilhões (BBC, 2018). Mas a importância dos negócios eletrônicos vai muito além de seu valor quantitativo. A existência de redes interativas ou sociais à disposição do público

12 “Negócio eletrônico não é negócio conduzido exclusivamente on-line, mas uma nova forma de condução de negócios, todo tipo de negócio, pela, com e na Internet e outras redes de computadores – com várias formas de conexão com processos locais de produção e transações físicas” (CASTELLS, 2017, p. 87).

facilita a comunicação entre pessoas a longas distâncias. Fato esse capaz de reduzir a dimensão (metaforicamente) do mundo a um toque na tela de um dispositivo eletrônico.

A transformação dos mercados de capitais em rede não encontra limitações, porém, apenas aos produtos físicos (livros, calçados, roupas, etc.). Estende-se ela aos produtos imateriais (direito de *software*, direito à imagem, etc.). O favorecimento do acontecimento eficiente deste cenário é conduzido por uma ferramenta essencial e indispensável para assegurá-lo num contexto de produção e distribuição em grande volume: os contratos eletrônicos.¹³ A brusca utilização da transação eletrônica utilizando esses modelos contratuais transformou os mercados financeiros. É nesse novo contexto (financeiro/tecnológico) que o mercado tem um novo alvo como instrumento decisivo partícipe dessa nova economia: os dados pessoais. “A caracterização da nossa organização social como uma sociedade cada vez mais baseada sobre a acumulação e circulação das informações comporta o nascimento de um novo e verdadeiro “recurso” de base, ao qual se coliga o estabelecimento de novas situações de poder” (RODOTÀ, 2008, p. 35).

Com o objetivo de regulamentar esse prisma econômico e tecnológico, entre o final do século XIX e início do século XX surgem as leis destinadas à proteção de dados e circulação das informações. A abordagem da privacidade, até então enclausurada desde o ensaio *The Right to Privacy* de Warren e Brandeis (1890), retomou os rumos de sua construção teórica indicando que “*any adequate definition of privacy must allow for the possibility that persons can exhibit a lack of respect for their own*” (PARENT, 1983, p. 341-355). Ou seja, passando das hipóteses à realidade, a crescente consciência da necessidade de um enfoque global para o tema da proteção de dado, por um lado, significa a garantia da construção autônoma dos sujeitos titulares desses direitos. De outro lado, com este controle, pode-se reforçar uma disciplina mais pontual e rigorosa neste setor, já que diante da amplitude das informações solicitadas no decorrer da contratação eletrônica a riqueza ali gerada [e indiscriminada e potestativa referente ao prestador dos serviços. Acentua-se, portanto, a relação entre informações e as finalidades para as quais foram coletadas.

Tecendo prévias considerações, a categorização dos indivíduos e grupos titulares da privacidade, em especial dos dados pessoais, marca ameaça ao próprio direito em questão. Ora, o propósito regulatório parece existir sem uma limitação específica. Nem o Código Civil, nem a própria CRFB sujeita a titularidade de dados pessoais exclusivamente à pessoa natural. Alguns poderão dizer que esses marcos sequer abordam disso. Contudo, dados pessoais são prolongamentos e sujeições do direito à privacidade, este destacado como fundamental no art. 5º da CRFB, e como direito personalíssimo estancado no Código Civilista. A hermenêutica realizada é extensiva. Apresenta-se como um setor dependente de uma instituição autônoma já reconhecida

13 “O contrato eletrônico, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. Ele geralmente é formado pela aceitação de uma oferta pública disponibilizada na Internet ou de uma proposta enviada ao destinatário certo, via correio eletrônico, contendo, no mínimo a descrição do bem e/ou produto ofertado, preço e condições de pagamento” (FINKELSTEIN, 2004, p. 187-188).

Para Oliver Iteanu (1996, p. 27) o contrato eletrônico “é o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade”. Na visão de Semy Glanz, (1998, p. 72) “contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou de aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha”.

pelo ordenamento jurídico.

A temática acerca da existência ou inexistência de direitos da personalidade da pessoa jurídica desperta inconformidades doutrinárias. Para Schreiber (2014, p. 22), deve-se analisar o art. 52 do Código Civil com Cautela. Argumenta o autor que o centro gravitacional dos direitos personalíssimos é a própria *pessoa humana*. Por ter uma estrita ligação subjetiva, os entes jurídicos não possuem aptidão para adquirirem direitos e obrigações nessa seara. Neste aspecto, personalidade teria seu conceito vinculado ao de personalidade, ao núcleo da condição humana (SCHREIBER, 2014, p. 22).

Existem, sim, situações de incompatibilidade com a proteção de direitos personalíssimos da pessoa natural extensíveis aos entes jurídicos, como é o caso da integridade física. Porém, o próprio Schreiber reconhece a possível existência de hipóteses envolvendo o direito a privacidade e imagem que podem ser extensíveis aos entes jurídicos.

Outros aspectos, como a privacidade e a imagem, ainda poderiam em tese ser objeto de algum paralelo com a situação da pessoa humana, mas resta por demais evidente que, no plano jurídico, os valores em jogo são distintos. O sigilo industrial de uma pessoa jurídica deve, claro, ser protegido, mas não pode ser equiparado à tutela da privacidade da pessoa humana, atributo que a Constituição da República trata com especial cuidado e atenção. Os interesses das pessoas jurídicas merecem e recebem proteção do direito brasileiro, mas tal proteção não pode ser confundida com a privilegiada tutela que se reserva aos atributos essenciais da condição humana, sob pena de se violar a primazia que a Constituição atribui à dignidade humana e aos aspectos existenciais da pessoa natural (SCHREIBER, 2014, p. 22). (sem o grifo original).

A argumentação utilizada por Schreiber na defesa de valores distintos parece não convencer. Ora, a proteção jurídica tem seu estrito sentido normativo. Utilizar critérios valorativos subjetivos pra subsumir a aplicação legal ao julgador pode se tornar mais perigoso que negar a extensão desses direitos à pessoa jurídica, já que ficará ao arbítrio de decisões aparentemente solipsistas.

De fato, não se equipara o sigilo industrial ao direito da personalidade jurídica em virtude de terem objetos distintos. O sigilo industrial visa a proteção da invenção considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Mas não é esse o foco tratado. A privacidade, que é o tópico em pauta, refere-se exclusivamente aos atos praticados pela pessoa jurídica em seu âmbito privado. E qual seria a diferença do objeto de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica, conforme descrito tanto no texto constitucional quanto no texto civilista? Bom, não conseguimos verificar uma patente que nos autorize a fazer essa distinção, tendo em vista que se um ente jurídico X fizer contratações no cenário e no âmbito virtual estará ele utilizando todos os seus dados particulares de identificação, e não de seus sócios/criadores, pois a personalidade é autônoma e independente.¹⁴

¹⁴ Por fim, o autor frisa: “Por ora, basta reafirmar ao leitor que os direitos da personalidade aplicam-se exclusivamente à pessoa humana, não se estendendo, em que pese a linguagem dúbia do art. 52, às pessoas jurídicas, sob pena de

Perlingieri enxerga pela mesma ótica de Schreiber. Para o primeiro autor, deve-se verificar a atribuição unitária e dogmática da subjetividade personalíssima como fato neutro.

É possível remover o equívoco sobre a extensão dos direitos da pessoa humana às pessoas jurídicas. (...) Daqui uma concepção dogmática e unitária da subjetividade como um fato neutro. O valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso daquele do sujeito pessoa jurídica. (...) O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na clausula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário com a tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente (PERLINGIERI, 2002, p. 157-158).

Veja-se: se existe neutralidade elementar, como se sustenta a atribuição de direitos ao sujeito natural e não ao ente jurídico? Essa escolha não seria capaz de quebrar a neutralidade defendida pelo autor? Perlingieri também recorre ao fator valorativo de *sujeito* pessoa *natural* como distintos da pessoa jurídica. Como dito anteriormente, não nos compete avaliar os critérios valorativos estipulados pelo legislador na norma. A exegese já não é mais útil como o fora nos séculos passados. Deve-se analisar o escopo hermenêutico e semântico descrito no texto constitucional e civilista. Aparentemente Perlingieri denota seu foco ao escopo existencial dos direitos da personalidade, semelhantemente ao aspecto pessoal de Schreiber. Por essa razão faz a consideração sobre a não consideração dessas possibilidades jurídicas aos entes sem personalidade, pois a construção da personalidade desses últimos está estritamente ligada ao caráter patrimonial. Questiona-se: os direitos da personalidade não produzem efeitos econômicos? Atualmente podemos ainda considerá-los e analisá-los sob um manto como indisponíveis e inalienáveis? Em uma sociedade em rede em que o direito à privacidade (frisa-se) não só da pessoa natural tem expressões valorativas econômicas, sua resignificação, ainda que intrínseca ao caráter existencial, é indispensável para torná-la hábil ao seu pleno exercício. Tal como a honra e a imagem já possuem ampla repercussão econômica através de sua cessão temporária, o direito à privacidade também toma esse rumo. E, neste sentido, sai de sua esfera exclusivamente existencial e adentra o âmbito patrimonial. Inclusive, as raízes da privacidade, enquanto exclusividade do clero e da nobreza durante a idade média, eram privilégio dessas castas. Sua existência é anterior à concepção de direito de personalidade

Por fim, Tepedino (2004, p. 55-56), nos mesmos dizeres dos autores anteriormente citados, pressupõe:

Ainda em referência ao tema em questão, destaca-se a clausula geral contida no art. 52 do Código Civil, segundo a qual ‘aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.’ Andou bem o legislador em não conferir à pessoa jurídica direitos informados por valores inerentes à

flagrante confronto com sua definição, inspiração e propósito. A disciplina dos direitos da personalidade é repleta de características próprias, que destoam da maior parte dos direitos e que só se justificam diante da especial necessidade de proteção à dignidade humana” (PERLINGIERI, 2014, p. 23).

pessoa humana. Limitou-se o dispositivo a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, e apenas no que couber, à proteção da pessoa jurídica. Esta, embora dotada de capacidade para o exercício de direitos, não contém os elementos justificadores (fundamento axiológico) da proteção à personalidade, concebida como bem jurídico, objeto de situações existenciais. Assim é que o texto do art. 52 parece reconhecer que os direitos da personalidade constituem uma categoria voltada para a defesa e para a promoção da pessoa humana. Tanto assim que não assegura às pessoas jurídicas os direitos subjetivos da personalidade, admitindo, tão-somente, a extensão da técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica. (...) A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, provavelmente por conveniência de ordem prática, o codificador pretendeu estendê-los às pessoas jurídicas, o que não poderá significar que a concepção dos direitos da personalidade seja uma categoria conceitual neutra, aplicável indistintamente a pessoas jurídicas e a pessoas humanas.

A particularidade argumentativa de Tepedino cinge-se no reconhecimento de subjetividade atribuído às pessoas naturais e jurídicas, embora distintas. Rebate-se as premissas do autor na medida em que ele foca na extensão técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica. Ao prescrever a expressão condicional “no que couber” no art. 52 do CC, caso a intenção do legislador fosse restringir os direitos da pessoa jurídica, deixaria de positivizar tal dispositivo, pois mais prático e evitaria tal abordagem que estamos tratando atualmente. A pretensa foi direcionada a averiguar as situações fáticas e jurídicas de determinado momento histórico para auferir a viabilidade ou inviabilidade de aplicação de determinados direitos da personalidade aos entes jurídicos. Tal é assim que as diretrizes basilares do próprio Código civilista fundadas em cláusulas gerais, justamente para evitar a invocação de taxatividade como óbice ao exercício dos direitos civis. Neste caso, torna-se útil o método hermenêutico-concretizador. Nos termos anteriores citados, nem a própria CRFB sujeita a titularidade de dados pessoais exclusivamente à pessoa natural. Sua generalidade e abstração é fator essencial para a ampliação e aplicação de tais direitos. E isso se dá pela hermenêutica extensiva e ampliativa de seu contexto normativo. Seria inviável, frente ao cenário.

A disciplina legislativa de base, ao regulamentar a proteção de dados, não poderia optar em quais sujeito proteger, vez que categorizá-los seria inviabilizar as relações com as atividades de determinados sujeitos ou com a disciplina de categorias de específicas de informações das pessoas jurídicas. No Brasil, a tutela direcionada aos dados pessoais é recente e datada de 14 de agosto de 2018. Cumpre, neste momento, analisá-la e contextualizá-la às diretrizes personalíssimas da pessoa jurídica.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEI 13.709/2018 E A TUTELA DA PESSOA JURÍDICA

Nos últimos anos, assistiu-se à promulgação de regulamentos destinados à tutela e proteção de dados pessoais. Em uma versão contemporânea, a União Europeia (2016) trouxe o Regulamento

2016/679, para tutelar à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. A unidade e singularidade deste normativo serviu de inspiração ao legislador brasileiro a Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018¹⁵. Esse normativo, contudo, parece ter vindo como resposta convincente ao caso *Facebook e Cambridge Analytica*, já que o Projeto de Lei da Câmara n. 53/20185, que o originou, tramitava desde 2012 nas casas legislativas, sob o n. 4060/2012. A descrição de uma nova legislação para compatibilizar com o novo panorama tecnológico, transforma e traz consigo, esferas que se entrelaçam. Dentre elas, aborda-se neste artigo a dificuldade de construir um quadro institucional vinculante a compatibilização da tutela de dados da pessoa jurídica. Para isso, alguns pontos da legislação brasileira serão hermenêuticamente analisados por meio de uma relação dialógica normativa. Dois pontos serão focos das indicações revisionais dos esquemas adotados em matéria de privacidade e tratamento de dados da legislação em questão: os arts. 1º e 5º, incisos I e II.

Os arts., respectivamente, ditam:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

Primeiramente, trazer o conceito de *dado* elenca as hipóteses como ele será objeto habitual no que diz respeito às normas jurídicas dessa legislação. No Regulamento 2016/679 (UNIÃO EUROPEIA, 2016) a definição pode ser estendida: “«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, [...]”. Existe uma diferenciação realizada por alguns autores brasileiros entre dado e informação. Para Doneda (2014, p. 61-78), dado seria algo apresentável em uma conotação mais primitiva, abstrata, fragmentada, podendo sê-lo equiparado à potencial informação, antes de ser transmitida. Ou seja, dado traduz-se em pré-informação. A informação, por sua vez, refere-se a algo além da representação abstrata e fragmentada contida no dado, chegando ao limiar da cognição e, quase como um ato reflexo, estará ligada ao direito de privacidade por uma equação que abstrai menor difusão de informações e acresce maior grau de privacidade. Definição essa inspirada em Wacks (1989). Entende esse autor dados como informações em potencial, passíveis de transformações em informações para serem comunicados, recebidos ou compreendidos. O dado

¹⁵ Afirma-se essa premissa subsidiado na extensa relação entre as dimensões técnicas dos normativos em questão (BRASIL, 2018).

é capaz de se materializar em uma palavra, estimulando o receptor sua compreensão para posterior transformação em informação; se compreendido o dado poderá se apresentar em atos, sinais ou símbolos, sendo necessário interpretá-lo para adquirir algum sentido. O dado permanecerá como pré-informação até o momento em que alguém compreenda a mensagem nele contida e transmitida.

Disposição semelhante à legislação brasileira é encontrada no direito estrangeiro. A legislação mexicana e a legislação colombiana, respectivamente, ao definir dados pessoais, enquadram-nos apenas àqueles oriundos de pessoas físicas ou pessoas naturais. “*Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable*” (MÉXICO, 2010). E “*Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables*” (COLÔMBIA, 2013). A relação ontológica de dados, nessas legislações, estreita-se à essência de sua extração bem definida da pessoa natural. Frisa-se, porém, que a função protetiva não é direcionada aos dados *per se*, mas ao seu titular (MENDES, 2014). Seguindo essa diretriz, a Convenção 108 da União Europeia, através do Manual de Proteção de dados (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 39), estipula que a proteção de dados deve respeitar, em primeira linha, a proteção de pessoas singulares (ou naturais), mas poderão os contraentes do negócio jurídico transformar e alargar essa proteção a pessoas coletivas, tais como sociedades comerciais e associações.

Em seguida, a classificação e conceituação¹⁶ de dado pessoal sensível também traz peculiaridade. Eles são assim conceituados e particularmente protegidos contra os riscos da circulação em virtude de sua potencial inclinação a serem utilizados com finalidades discriminatórias¹⁷(RODOTÀ, 2008, p. 90. O Regulamento 2016/679 também, atribui proteção especial aos dados sensíveis e a justifica em sua estreita relação com direitos e liberdades fundamentais, pois seu tratamento irrestrito poderia implicar riscos significativos a esses direitos (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

As estratégias de tutela da privacidade proposta na legislação brasileira, encontram limites objetivos em medidas de classificação de gênero capazes de acabar com o ponto de partida de um conjunto de regras cada vez mais sutil ao desenvolvimento autônomo da personalidade. Isso significa que o legislador, ao estabelecer como objetivo a proteção aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa *natural*, introduziu um tema de exclusão às pessoas *jurídicas*. Esse posicionamento é reforçado quando da análise feita das definições de *dado*. Todos os conceitos aqui trazidos referem-se àquela pessoa, e não essa. Entender como os legisladores pensam e inspiram sua propensão em intervir nessas discussões e atividades laborativas foi objeto da Escola da Exegese. É errôneo acreditar que aqui o leitor encontrará uma descrição nesse sentido. Pelo contrário, critica-se esse comportamento contrapondo a práxis e a facticidade entre autossuficiência tecnológica e jurídica e paternalismo legislativo. A invocação da defesa deste argumento vislumbra-se diante de indicações hipotéticas,

16 [...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...] (BRASIL, 2018).

17 O art. 6º, IX, da Lei 13.709/2018 assim dita: IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; (BRASIL, 2018).

mas não fictícias. Enfocam-se as premissas... Empresa X, dotada de personalidade jurídica, realiza contratação eletrônica com pessoa Y (natural ou jurídica). Neste modelo contratual (em geral *clickwrap* ou *point-and-click*)¹⁸, existe cláusula de cessão de dados pelo seu titular quando do aceite. Com apenas um *click* na caixa de diálogo (*Li e aceito os termos de serviços e as políticas de privacidade*), terá o controlador e/ou operador¹⁹ o relevo necessário ao início às atividades de processamento de dados. O reconhecimento desta situação jurídica independe da categorização de pessoa. Se jurídica ou se natural, ocorrerá de qualquer forma. No mais, a identidade da pessoa jurídica é singular. Os atos negociais praticados em seu âmbito negocial e personalíssimo serão atribuídos à empresa, e não ao empresário. Os dados oriundos da contratação (eletrônica ou não) são prolongamentos e sujeições de sua identidade econômica e social. Recusar e negar proteção a esse ente autossuficiente conduz distorções e mal-entendidos entre a dimensão técnica legislativa e a dimensão social-econômica.

Disto tudo decorre uma importante mudança no quadro institucional da tutela das informações. As limitações categoriais feitas pela Lei 13.709/2018 não se tratam de uma alternativa abstrata subsidiada no ordenamento jurídico brasileiro. primeiro porque existe o reconhecimento da condição de direitos da personalidade à pessoa jurídica no art. 52 do Código Civil Brasileiro. em segundo lugar, a CRFB, ao abordar sobre os direitos inerentes à personalidade, no art. 5º, X, não distingue nem categoriza quais *pessoas* são alvos de sua tutela protetiva. Por fim, “um conjunto de princípios com força para corresponder à realidade de uma matéria que, pela sua amplitude, pela sua tendência, a ser aplicado a qualquer tipo de relação que envolva pessoas, não pode ser confiado unicamente a formas de disciplinas analíticas” (RODOTÀ, 2008, p. 201). Isso significa enunciar contestação a referência abstrata e descompassa com a realidade das legislações destinadas à proteção de dados pessoais que excluem as pessoas jurídicas de seu resguardo. Portanto, essa insistência na necessidade de uma extensão da Lei 13.709/2018 às pessoas jurídicas não é apenas teórica e aquém de conteúdo fático e jurídico. Os dados dessas pessoas serão coletados e tratados de forma indiscriminada, caso não exista proteção para tanto. Disso, reconhece-se não apenas o direito à privacidade para as pessoas jurídicas, mas também o direito à imagem e todos os prolongamentos e sujeições deles advindos e que possam ser alvos e objetos da coleta e tratamento desses dados envoltos na relação contratual eletrônica.

CONCLUSÃO

A nova era da Internet prenuncia precauções à privacidade e à liberdade no ciberespaço.

18 “Como modalidade particular de contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, impende destacar as chamadas licenças *clickwrap* (“*clickwrap agreements*” ou “*point-and-click agreements*”), usualmente submetidas à concordância do usuário do produto ou serviço, contendo cláusulas acerca da sua prestação, sendo assim denominadas, pois sua validade se baseia no ato de apertar o botão de aceitação (frequentemente por intermédio do *mouse*), guardando grande similitude para com as licenças *shrinkwrap* utilizadas na comercialização de *software*, nas quais a aceitação ocorre no ato da abertura da embalagem que contém os suportes físicos onde se encontra o programa” (MARTINS, 2016. p. 131).

19 VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; (BRASIL, 2018).

A transformação dos mercados de capitais ilustrado na mais impressionante emergência do modelo da empresa em rede, aliada à produtividade, inovação e a nova economia visualizam a coleta e o tratamento de dados como modelo remuneratório rentável. Não há dúvidas de que essa tendência ressalta por uma redefinição do quadro global da privacidade. No que diz respeito aos ordenamentos jurídicos, trata-se de uma transformação lenta, precária, duvidosa, mas essencial ao desenvolvimento da pessoa.

Neste ponto, põe-se o problema da proteção de dados da pessoa jurídica. O dissertar deste escrito demonstrou que a Lei 13.709/2018 tutela exclusivamente as pessoas naturais. Comportamento este contraditório com toda a construção civilista, constitucional e doutrinária acerca do tema direitos personalíssimos da pessoa jurídica. A própria legislação deve assumir uma postura mais flexível que a coloque em condições de não apenas categorizar um indivíduo, mas estender a proteção àqueles que detém o direito, ou pelo menos sua pretensão. Nessa perspectiva, esse argumento não traz só razão pela flexibilidade legislativa, mas sua adequação e compatibilização ao próprio ordenamento jurídico já construído. Existem boas razões que sustentam a necessidade de proteger os dados da pessoa jurídica. Dentre elas estão negócios jurídicos em que haja coleta e tratamento de dados de transações financeiras ou da imagem da pessoa jurídica no decorrer da execução contratual. É justamente a necessidade de um uso mais social das tecnologias que evita riscos de ignorar a construção ontológica dos direitos da personalidade em prol de mercados econômicos.

Logo, o problema inicialmente proposto fora satisfeito. A Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, responsável pela proteção de dados pessoais, *a priori*, não se estende à pessoa jurídica. Contudo, em um sistema jurídico em que o diálogo das fontes se torna ferramenta indispensável ao operador do direito, interpretar a Lei 13.709/2018 com fulcro na CRFB e no Código Civil de 2002 é de premente necessidade, sob pena de a pessoa jurídica ser prejudicada pelo comportamento legislativo. Na mesma diretriz, reconhece-se o direito à privacidade da pessoa jurídica, vez que os dados advindos das transações econômicas e negociais por ela realizados são extraídos de sua personalidade, e não de seu administrador. Objeta-se, portanto, o comportamento da legislação em pauta e propõe-se sua extensão aos entes jurídicos.]

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.); MACHADO, Costa (Org.). **Código Civil**: interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2017.

COLÔMBIA. *Ley Estatutaria 1581 de 2012 Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1377 de 2013: por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49981>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

FINKELSTEIN, M. E. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 37, jan. 1983.

FRANKL, V. *La voluntad de sentido*. Barcelona: Herder, 1994.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GHOSH, Shona. *The power players behind Cambridge Analytica have set up a mysterious new data company*. **Business Insider**. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/cambridge-analytica-executives-and-mercero-family-launch-emerdata-2018-3?r=UK&IR=T>>. Acesso em: 22 maio 2018.

GLANZ, S. Internet e contrato eletrônico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 87, n. 757, p. 72, nov. 1998.

ITEANU, O. *Internet et le droit: Aspects juridiques du commerce électronique*. Paris: Eyrolles, 1996.

KOGAN, Alexandr. *Brown bag Guest Speaker Dr. Alex Kogan on 2 december*. **NUS Psychology**. Disponível em: <<http://blog.nus.edu.sg/psychology/2014/11/24/brown-bag-guest-speaker-dr-alex-kogan-on-2-december/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MADGWICK, D. *Privacy under attack*. London: National Council for Civil Liberties (NCCL), 1968.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, G. G. **Contratos Eletrônicos de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÉXICO. *Ley Federal De Protección De Datos Personales En Posesión De Los Particulares de 5 de julio de 2010*. Disponível em: <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.

Acesso em: 22 ago. 2018.

MILLER, A. R. *The assault on Privacy: computers, data banks and dossiers*. New York: New American Library, 1972.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PELUSO, C. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manoele, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio: Renovar, 2002

REUTERS. *Facebook has lost \$70 billion in 10 days – and now advertisers are pulling out*. **Financial Post**. Disponível em: <<http://business.financialpost.com/technology/u-s-ftc-investigating-facebooks-privacy-practices>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENBERG, J. M. *The Death of Privacy*. New York: Random House, 1969.

SCHREIBER, A. Direitos da personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNIÃO EUROPEIA, Agência dos Direitos Fundamentais. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 39. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806ae65f>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA, **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31995L0046>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

WACKS, Raymond. *Personal information: privacy and the law*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 1890.

PARENT, W. A. *Recent work on the Concept of privacy*. *American Philosophical Quarterly*, n. 4, vol. 20, p. 341-355, oct. 1983.

Como citar: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei 13.709/2018: reflexões à luz dos direitos da personalidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 74-90, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p74. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 30/09/2018.

Aprovado em: 17/06/2019.

**FOMENTO PARA PESQUISAS DE
NANOBIOTECNOLOGIA A PARTIR DE
COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
E SOB A ÓTICA DA BIOPOLÍTICA**

PROMOTION OF RESEARCHES ON
NANOBIOTECHNOLOGY BY MEANS OF CONDUCT
ADJUSTMENT AGREEMENT AND FROM THE POINT
OF VIEW OF BIOPOLITICS

Jefferson Aparecido Dias*
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer**
Geilson Nunes***

*Doutor em 2009 Direito pela Universidad Pablo de Olavide (UPO)
Mestre em Direito em 2003 pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM)
Graduado em Direito em 1992 pela Faculdade de Direito de Bauru (FDB)
E-mail: jeffersondias@unimar.br

**Pós-Doutora em Ciências Sociais Aplicadas em 2017 pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Doutora em Educação em 2001 pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Mestra em educação em 1996 pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)
Graduada em Ciências Sociais em 1989 pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)

***Doutorado em andamento em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR)
Mestre em Direito em 2018 pela Universidade de Marília (UNIMAR)
Graduando em Direito em 2015 pela Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP)

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer; NUNES Geilson. Fomento para pesquisas de nanobiotecnologia a partir de compromisso de ajustamento de conduta e sob a ótica da biopolítica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 91-109, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p91. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como o fomento de pesquisas de nanobiotecnologia pode ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta, aqui analisado sob a ótica da biopolítica. Para cumprir esse objetivo, inicialmente será apresentada a biopolítica, concebida tanto como mecanismo que visa produzir corpos dóceis, como também estratégia pela qual a vida pode assumir o seu papel de protagonismo em relação ao poder. Além disso, por meio da análise de um caso concreto, no qual os recursos advindos de um compromisso de ajustamento foram utilizados na realização de pesquisas de nanobiotecnologia em uma universidade federal, será defendido o estabelecimento de um parâmetro que poderá ser utilizado em outras situações, visando o fomento de pesquisas, sob a ótica da biopolítica. O trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, por meio da revisão de textos doutrinários, normativos e judiciais, utilizando-se do método dedutivo.

Palavras-chave: Inovação. Saúde. Mecanismos de controle. Corpo dócil. Subjetividade.

Abstract: This paper intends to demonstrate that the promotion of researches on nanobiology is possible by means of a conduct adjustment agreement, hereby analyzed according to biopolitics. In order to do so, first we will present biopolitics perceived either as a mechanism that aims to originate docile bodies or a strategy through which life may adopt its protagonism. Besides that, via the examination of a real case in which the resources derived from an adjustment agreement have been applied in carrying

out researches on nanobiotechnology at a federal university, we will defend the usage of a parameter that may be utilized in other situations that seek the promotion of researches, from the point of view of biopolitics. This study has been based on the review of doctrinal, normative and judicial texts according to the deductive methodological approach.

Keywords: Innovation; Health; Mechanisms of Social Control; Docile Individual; Subjectivity.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará do fomento de pesquisas na área de nanobiotecnologia, a partir de recursos obtidos por meio de compromisso de ajustamento de conduta, instituto aqui analisado sob a ótica da biopolítica.

No primeiro item, a fim de atingir o objetivo aqui traçado, se estudará a biopolítica em duas vertentes, ou seja, como mecanismo de controle que visa tornar indivíduos dóceis, em especial aqueles que cometeram ofensas a direitos transindividuais e, também, como instrumento pelo qual a vida pode assumir o seu papel de protagonista em relação ao poder, desenvolvendo toda a sua potencialidade. Serão utilizadas, como marco teórico, as lições de Foucault e Negri, o primeiro, responsável pela concepção de biopolítica como uma nova realidade nascida a partir do enfraquecimento dos Estados absolutistas e o surgimento dos Estados burgueses, não-absolutistas, e o segundo como defensor de uma dupla concepção da biopolítica, reconhecendo-a, em certa medida, como uma das possibilidades para a produção de subjetividade.

Posteriormente, no segundo tópico do texto, será tratada a temática da saúde, em especial os avanços tecnológicos resultantes de pesquisas realizadas na área, inclusive em nanobiotecnologia, as quais têm por objetivo principal a busca de melhoria da vida das pessoas, a partir da inovação tecnológica. Essas pesquisas, porém, demandam a aplicação de grandes investimentos, os quais, muitas vezes, não estão disponíveis, momento em que o compromisso de ajustamento de conduta pode representar uma importante fonte de recursos.

No caso da pesquisa aqui analisada, realizada pela Universidade Federal de Uberlândia e com o objetivo de melhorar a vida de pacientes submetidos a exames de ressonância magnética, ela somente pôde ser efetivada graças à destinação de recursos obtidos no âmbito de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado entre uma empresa causadora de dano coletivo e o Ministério Público Federal.

Assim, será demonstrado, a partir de uma pesquisa bibliográfica de cunho exploratório, com a análise de textos doutrinários, normativos e judiciais, utilizando-se do método dedutivo, que o compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante instrumento de promoção da biopolítica. Isso se dá em seus dois aspectos, pois além de ele garantir que o infrator de um direito transindividual possa compensar o dano produzido, adequando a sua conduta aos anseios da sociedade e tornando-se “dócil”, ele também pode ser utilizado como forma de promover a subjetividade dos indivíduos e toda a sociedade, visando garantir os direitos tidos como imprescindíveis para o cidadão. No presente caso, importa o acesso a pesquisas de inovação na área da saúde que têm como objetivo promover a melhoria da qualidade de vida de pacientes.

1 BIOPOLÍTICA E O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MECANISMO DE CONTROLE

Já é notório que o objetivo principal do Direito é cuidar da harmonia da sociedade em suas relações sociais e, para atingir tais desígnios, são estabelecidos instrumentos de controle que impõem correção de atitudes e alinhamentos de conduta, tendo como trilha o caminho para alcançar o escopo do bem-estar das pessoas e do desenvolvimento da sociedade.

Esse controle da sociedade, durante os Estados absolutistas que prevaleceram na Idade Média e quando vigorava o poder do soberano, era feito especialmente por meio da lei e a garantia da sua observância era feita por meio do uso da força, prevalecendo, naquele momento histórico, a regra de que o soberano “[...] fazia morrer e deixava viver” (MÉDICI, 2011, p. 59).

A partir do século XVIII, porém, com o surgimento dos regimes burgueses, não-absolutistas, a lógica do poder soberano deixou de ser eficiente e a lei, que antes era o único instrumento utilizado para controlar a vida da sociedade, passou a ser um dos instrumentos utilizados pelo poder disciplinar para controlar a vida das pessoas, ao lado de outros instrumentos, nominados por Foucault de mecanismos de controle, que passaram a ser utilizados por meio da biopolítica, tudo com o objetivo de “[...] fazer viver e deixar morrer” (MÉDICI, 2011, p. 59).

Nesta linha de pensamento, Dias e Serva lecionam que, a partir desse momento, novos mecanismos de controle e dispositivos de segurança têm alcançado destaque no âmbito social, ao lado da lei, com a finalidade precípua de que as pessoas adotem comportamentos e posturas em decorrência do surgimento de situações que determinem um novo enquadramento de conduta na busca do interesse da coletividade:

[...] Convencionou chamar de biopoder ou biopolítica que, segundo Foucault, consiste na adoção de mecanismos de controle que, incidindo sobre o conjunto da população, induzem para que ela adote esta ou aquela postura, tudo para atingir objetivos previamente definidos (DIAS; SERVA, 2016, p. 15).

Explicando o termo biopolítica¹, Negri entende que se trata de uma transformação que o poder faz tanto na vida da pessoa individual, como também como participante da coletividade, fazendo a gestão de áreas de interesse para o bem-estar, como a saúde, segurança, educação, higiene, sexualidade e outros, entrando assim nos diversos aspectos da vida:

El término de “biopolítica” indica la manera en la que el poder se transforma, en determinado periodo, con el fin de gobernar no solamente a los individuos a través de ciertos procedimientos disciplinarios, sino al conjunto de seres vivos constituido en “poblaciones”, la biopolítica (a través de biopoderes locales) se ocupa también de la gestión de la salud, de la higiene, de la alimentación, de la natalidad, de la sexualidad, etc., a medida que esos diferentes campos de intervención se convierten en desafíos políticos. La biopolítica se ocupa entonces, poco a poco, de todos los aspectos de la vida [...] (NEGRI, 2008, p.39).

Conforme bem lecionam Dias e Serva, os “procedimentos disciplinares” mencionados por

¹ Apesar de existir certa divergência sobre o significado dos termos biopolítica e biopoder, ou seja, se eles são sinônimos ou possuem significados diversos, nesse trabalho optou-se por utilizar-se apenas o termo biopolítica.

Negri são mecanismos de controle ou segurança, revestidos de diversas facetas, podendo adotar a forma de pesquisas, estatísticas, programas, campanhas, dentre outros que buscam como principal escopo dotar a sociedade de regras de condutas relacionadas a uma gama de temas com abrangência sobre a vida, como natalidade, fecundidade, consumo e outras (DIAS; SERVA, 2016, p 16).

O objetivo desses mecanismos de controle ou segurança, segundo Foucault, seria fazer com que as pessoas, entidades e instituições se comportassem de determinada forma, de acordo com os valores vigentes numa sociedade, num determinado momento histórico, visando criar “corpos dóceis”. Nas palavras de Foucault:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis [...] Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada (FOUCAULT, 1987, p. 91).

Além dessa adequação da vida humana a partir da incidência da biopolítica, com o fim de transformar o cidadão em um “corpo dócil”, a biopolítica, segundo Negri, também representaria a possibilidade de a vida adotar posição de supremacia em relação ao poder, concebida como “producción de subjetividad”, tida como “[...] la emergencia de una resistencia al poder, es la resistencia que se convierte en el verdadero motor de la producción de subjetividad” (NEGRI, 2008, p. 48).

Sob este duplo aspecto da biopolítica, ou seja, como produção de “corpo dócil” e de “subjetividade da vida”, e atento para os fins a que se propõe o compromisso de ajustamento de conduta, infere-se tratar-se de um importante mecanismo de controle, pois, ao se vestir como título executivo judicial ou extrajudicial e ser operado em uma de suas vertentes em obrigação de fazer ou pecuniária, tem sido utilizado em larga escala, por diversos órgãos, em especial o Ministério Público, para o fomento e manutenção de ações de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e outras que tangenciam os interesses da coletividade.

Nas palavras de Nery, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser conceituado como o “[...] instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública por cuja forma se encontra a melhor solução[...]” (NERY, 2012, p. 216).

Trata-se de um importante instrumento de caráter impositivo de alinhamento de conduta, caracterizado por preceitos filosóficos, jurídicos, econômicos e sociais, dentre outros, que atingem e dominam a conduta e a vida das pessoas, atribuindo-lhes comportamentos destinados ao bem-estar da coletividade, buscando transformar o homem agressor em um corpo dócil e que proporcione ações que completam os desígnios da sociedade.

Por tratar-se de uma correção de atitudes, a docilidade apregoada por Foucault parece ser aplicada no compromisso de ajustamento de conduta, a entender que o poder, através deste instrumento, procura moldar, realinhar a conduta do causador do dano e torná-lo útil para a sociedade (FOUCAULT, 1987, p. 81). Nesse segundo aspecto de utilidade para a sociedade, as lições de Negri são plenamente aplicáveis, pois garantem a produção de subjetividade e permitem que a vida se torne protagonista.

Como já expresso no próprio nome, “ajustamento de conduta” conduz no sentido da biopolítica, ao entender que este instrumento de controle busca adequar e educar a vida das pessoas que atentam contra os interesses da sociedade, na prática de infrações que provoquem danos e, a isto, pode-se inferir que seja a conquista da docilidade do agressor, tornando-o um ser adaptado no seio social e contribuindo com seu desenvolvimento, além de ter como objetivo, também, por outro lado, permitir que as pessoas desenvolvam as duas potencialidades.

Nesta esteira, conclui-se ter ele as características da biopolítica, no sentido de representar um mecanismo de controle que deve obedecer aos princípios constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública.

Através do compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre o autor da conduta danosa e o ente legitimado, busca-se uma solução para sanar a lesão provocada, na forma da assunção de uma obrigação de fazer ou do pagamento em pecúnia, a qual posteriormente é revertida em investimentos de cunho social, como o acesso à justiça, a plenitude do atendimento à saúde, educação, segurança, meio ambiente, consumidor e demais interesses difusos e coletivos, nos termos da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017.

Discorrendo sobre os aspectos legais e doutrinários do compromisso de ajustamento de conduta, inicialmente há Bucci, o qual entende que está ocorrendo uma modernização mundial no processo judicial, inclusive no Brasil, buscando corresponder os anseios sociais, tendo como exemplo os processos coletivos, tratamento dos interesses difusos e coletivos e outras inovações procedimentais, em face dos litígios sociais, na captura de uma maior efetividade na prestação dos serviços inerentes a uma manutenção na qualidade de vida das pessoas (BUCCI, 2013, p. 192).

Autorizado no ano de 1985 pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), o Compromisso de Ajustamento de Conduta somente foi instituído no ano de 1990, com publicação da Lei 8.069/90, que inaugurou o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabeleceu, em seu artigo 211, que os “[...] órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, ECA, 1990).

Noutra parte, o Código de Defesa do Consumidor, tratava do assunto no artigo 82, § 3º, com foco na relação consumerista, sendo posteriormente revogado, prevalecendo o artigo 113 do mesmo diploma, de forma mais abrangente, relacionado a qualquer matéria de proteção aos interesses difusos.

No entendimento de Rodrigues, o Compromisso de Ajustamento de Conduta surgiu no contexto de busca de meios alternativos na tutela de direitos metaindividuais, e só atenderá aos seus

valores se for meio econômico, breve e justo de solução de ameaça ou ofensa a direito transindividual, pois, caso contrário, a promessa nele inserida de consubstanciar-se em meio alternativo de solução de conflito e, portanto, forma de acesso à justiça, será frustrada (RODRIGUES, 2011, p. 105).

Prossegue ainda a mesma autora ao afirmar que:

Entendemos que o compromisso de ajustamento de conduta foi criado pelo legislador para atender ao interesse público, evitando o nascimento ou impedindo o prosseguimento de demanda coletiva, bem como para fomentar o empreendimento privado, que gera emprego e circulação de riquezas, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa e da livre iniciativa (RODRIGUES, 2011, p. 155).

Mazzilli especifica que o objeto do compromisso de ajustamento pode versar sobre qualquer obrigação de fazer, não fazer ou pagamento pecuário, com objetivo de tutelar qualquer interesse difuso, coletivo e individual, podendo ser tomado pelos *órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva*, não tendo natureza contratual, sendo um ato administrativo negocial e possuindo força de título extrajudicial, salvo se for homologado por meio de sentença, caso em que passaria a ter a qualidade de título judicial (MAZZILLI, 2005, p. 227).

Nos dizeres de Nery, em meio à onda de proteção a direitos transindividuais, na busca de contribuir para uma tutela mais adequada a estes direitos, surge o compromisso de ajustamento de conduta como instrumento de acesso à justiça e complemento à atividade jurisdicional, nos casos em que seja mais apropriada e mais eficiente e, como ato bilateral que envolve a administração pública e o interessado, devem estar presentes cumulativamente, sob pena de ineficácia, os seus elementos constitutivos, ou seja, o agente, a vontade e a causa (NERY, 2012, p. 141).

Além disso, é sabido que o Compromisso de Ajustamento de Conduta é uma importante fonte de recursos financeiros, os quais podem atingir cifras expressivas e dar suporte a diversas atividades de interesse difuso e coletivo, inclusive em pesquisas sobre nanobiotecnologia para melhorar a qualidade de vida de pacientes submetidos a tratamento de saúde, conforme se demonstrará a seguir.

Nesse passo, Nery destaca que celebrar o compromisso de ajustamento de conduta é um caminho para viabilizar, efetivamente, o desenvolvimento econômico, cultural e social das partes celebrantes, de modo a propiciar ambiência de crescimento, no sentido de que os celebrantes se devem respeito mútuo e têm atividades autônomas e independentes, não havendo entre eles grau de hierarquia nem de subordinação (NERY, 2012, p. 60).

Seguindo esta senda e já apontado que o Compromisso de Ajustamento de Conduta deve estar alinhado com os princípios estruturantes da ordem econômica, Rodrigues destaca que é inegável que o surgimento do ajuste de conduta no cenário jurídico brasileiro se deveu principalmente à necessidade de aperfeiçoamento da tutela civil dos direitos transindividuais, apontando que a própria aplicação da Lei da Ação Civil Pública atentou para a necessidade de se ampliar a tutela desses direitos não só conduzindo o espectro de sua atuação para além da proteção aos consumidores, ao meio ambiente e ao patrimônio artístico e paisagístico, como também com a

introdução de uma nova forma de composição e ainda faz a seguinte consideração:

[...] Esse dispositivo foi concebido essencialmente para dotar de eficácia de título executivo extrajudicial a transação, entre partes capazes, sobre seus direitos disponíveis, dispensando-se a presença de testemunhas instrumentárias. [...] O ajustamento de conduta foi muito além dessa possibilidade ao se constituir em solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público (e não por outras partes e por ele referendada), e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis (RODRIGUES, 2011, p. 89).

Este instrumento, além de atuar na defesa dos direitos transindividuais, ganha contornos importantes em normas específicas que tratam do assunto, dando-lhe a roupagem em alinhamento com a tutela pretendida, estando então espalhada no ordenamento jurídico, não apenas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor, já mencionados, mas também na Lei 8.884/94 que trata de infrações contra a ordem econômica, a lei que se refere ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, dentre outras.

Assim, Rodrigues aponta que o ajuste de conduta reconhece a iminência ou a existência de um fato determinado, que pode ser um agir ou uma omissão, que possa causar violação a um direito transindividual. (RODRIGUES, 2011, p. 96). Por meio dele, realiza-se um pacto com o responsável pelo fato, de forma a se evitar o dano ou a repará-lo integralmente:

O ajuste de conduta tem como outro importante fim ensejar a prevenção da lesão ao direito transindividual.[...] A reparação de danos, de nítido viés repressivo, é, em muitos casos, inviável. A possibilidade de o ajuste de conduta “antecipar-se à sentença de cognição” existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo (RODRIGUES, 2011, p. 101).

A importância do compromisso de ajustamento de conduta se finca na necessidade de uma resposta mais célere da justiça na defesa dos interesses da sociedade, em face da especial relevância destes direitos, possibilitando assim um mais efetivo acesso à justiça num viés menos burocrático que a tramitação lenta da jurisdição comum, além de, como já se demonstrou, representar importante mecanismo de controle que, a partir da biopolítica, impõe condutas desejadas para pessoas que, eventualmente, agiram em desacordo com os preceitos vigentes em uma determinada sociedade, em certo momento histórico.

Nessa exata trilha, observa Rodrigues que não se deve burocratizar excessivamente a celebração do compromisso de ajuste de conduta, pois muitas vezes o decurso do tempo inviabiliza a melhor tutela dos direitos transindividuais, sendo que, empiricamente, é fácil perceber que é menos onerosa, não só do ponto de vista econômico como social, a realização do ajuste em lugar da busca pela prestação da tutela jurisdicional (RODRIGUES, 2011, p. 101).

Na verdade, o compromisso de ajustamento de conduta busca romper com a atual sistemática de judicialização maçica como forma de solucionar os conflitos, pois:

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 (FERREIRA, 2018, p 153).

Alerta a referida autora, ainda, que um formalismo exagerado do compromisso pode transformá-lo em um procedimento dispendioso e longo e que a menor quantidade de objeções deve ser envidada para que a operatividade do instituto seja, conforme raciocínio de Carneiro, que “[...] as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça” (CARNEIRO, 1993, p. 236).

No que tange à relação do compromisso de ajustamento de conduta e os direitos transindividuais, não podem ser estabelecidas barreiras que limitem estes direitos, devendo, ao contrário, ser um instrumento de acesso à justiça, facilitador da prestação jurisdicional e em igual medida, mecanismo de controle para a imposição/adoção de determinadas condutas. Nesse aspecto pondera Geisa Rodrigues:

[...] Não pode haver qualquer tipo de renúncia ao direito objeto do compromisso, nem qualquer tipo de concessão sobre o efetivo atendimento do direito. Em termos práticos essa medida de justiça será aferida quando o ajuste propiciar que se obtenha uma proteção mais efetiva ou pelo menos idêntica ao que se obteria em juízo (RODRIGUES, 2011, p. 101).

Assim, para uma maior proteção aos interesses da coletividade, é imperioso destacar que estes assumem roupagens diversas, sendo que para sua efetiva execução, torna-se necessário o manejo de instrumento legal para movimentar as demandas apresentadas, caso os compromissos assumidos não sejam cumpridos.

Nesse cenário indesejado, ou seja, de necessidade da busca da tutela jurisdicional para a obtenção da solução antes buscada por meio do compromisso de ajustamento de conduta, ganha relevo a Lei de Ação Civil Pública que irá dar concretude aos termos do compromisso nos casos de seu descumprimento.

Assim, o Compromisso de Ajustamento de Conduta é uma forma de acesso à justiça, a partir da qual se busca a readequação das condutas e posturas inadequadas praticadas por determinada pessoa, entidade ou instituição. O objetivo é obter o resultado desejado sem a necessidade da busca da prestação da tutela jurisdicional, por meio de um importante instrumento para a imposição de obrigações de fazer, de não fazer, ou mesmo de pagamento de prestação pecuniária, tudo com o fim de dar efetividade aos direitos fundamentais expressos no texto constitucional e na defesa dos interesses transindividuais.

Apesar de todos esses aspectos que podem revestir o compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de controle, a partir dos conceitos relacionados à biopolítica, interessa para o presente trabalho, em especial, os casos em que são impostas obrigações relacionadas ao pagamento de prestação pecuniária e a sua utilização para pesquisas na área de saúde, em especial de nanobiotecnologia, temas a serem tratados no próximo tópico.

2 A NANOBIOTECNOLOGIA E SEU FOMENTO ATRAVÉS DE RECURSOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A sociedade da pós-modernidade vive um momento de intensas transformações em sua estrutura social, acarretadas pelo avanço de todos os seus estratos e sistemas, na imprevisibilidade das diversas situações que surgem a cada instante, provocando uma complexidade que não prescinde de prévio planejamento, mas que se instala de forma dinâmica.

É notório que a sociedade evoluiu no tempo, entrando na era da modernidade, tornando-se imperiosa uma adequação do direito que além de sua função garantidora e repressiva, assume o papel de articulador e organizador do estrato social, em especial numa era na qual ganha espaço a biopolítica, onde não apenas a lei possui extrema importância, mas também os demais mecanismos de controle.

Ferraz Junior enfatiza que o Estado cresceu e aparece atualmente mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentando a economia e a produção da riqueza, sendo necessária a montagem de um complexo arcabouço jurídico para organizar a sociedade, direcionando-a e dando sustentabilidade na produção de riquezas, coordenação das atividades econômicas, estímulos e subsídios. Salienta ainda o autor que a própria sociedade adquiriu maior complexidade, com aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação e outras tecnologias (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 57).

No mesmo sentido, Torres acrescenta que uma imensidão de transformações em diversos níveis se instalou na sociedade, que deve se reorganizar para se adaptar às novas realidades tecnológicas e científicas, alinhadas à globalização econômica que coloca a vida e todas as suas manifestações e expressões no centro das mudanças e debates acadêmicos e políticos. (TORRES, 2014. p. 101). Além disso, o autor, destacando a nova realidade dos seres humanos, lembra dos recursos necessários para a manutenção de todas as pesquisas e serviços exigidos por essa nova era:

Para el debate ético y bioético la eutanasia, el aborto, las nuevas técnicas de reproducción in vitro, la medicina del deseo, la experimentación con células madre, los desarrollos en la genómica y sus aplicaciones han tendido a concentrarse en el cuerpo humano, en una reconsideración y debate sobre la naturaleza humana. El debate se fue ampliando hacia las consideraciones sobre los recursos necesarios para el sostenimiento de los sistemas de salud y las políticas sociales del bienestar, así como el papel de la intervención estatal. (TORRES, 2014. p. 107).

Os avanços nas áreas de ciência e tecnologia passaram a se configurar como essenciais

no desenvolvimento econômico, cultural e social de um país, exigindo cada vez mais recursos no desenvolvimento de pesquisas aptas a adquirir o conhecimento necessário para a apreensão dessa nova realidade. Conforme Krasilchik, fato histórico que evidenciou este crescimento da necessidade de pesquisas foi o ocorrido durante a “guerra fria”, quando os cursos de ciências nos países envolvidos buscavam incentivar jovens talentos a seguir carreiras científicas (KRASILCHIK, 2000, p. 85).

Dentre os inúmeros avanços tecnológicos obtidos pela sociedade atual, muitos estão ligados à área da saúde, na qual a nanociência, a nanotecnologia e a nanobiotecnologia ganham destaque como importante instrumento na melhora na qualidade de vida dos pacientes, graças aos resultados obtidos em estudos e pesquisas nas áreas da biologia, física e química, conforme destacam Leonel e Souza. Podem ser citados como fatos que marcaram esses avanços a criação de instrumentos de visualização (como microscópio de varredura por tunelamento eletrônico e microsondas eletrônicas de varredura) e manipulação da matéria (LEONEL; SOUZA, 2009, p. 3).

Nesta linha de raciocínio, Ferreira e Pedro asseveram que a própria idéia de uma ciência voltada para a circulação de informação entre o humano, o técnico e o natural, que não lidaria mais com a matéria ou com formas de energia determinadas, possibilitou a constituição daquilo que veio a se chamar de ciências da informação, mas também permitiu que a cibernética passasse a ser um paradigma fundamental para a biologia molecular e para a neurociência (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 182).

Nesse sentido, reafirmam os mencionados autores:

As novas tecnologias de manipulação da vida, em especial aquelas que operam em nível molecular, acenam com a possibilidade de perfectibilidade indefinida do corpo humano. Para alguns autores, estaríamos na iminência de uma “solução” técnica para o sonho milenar da imortalidade [...] (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 177).

Ferreira e Pedro também destacam que as novas tecnologias de manipulação da vida poderão levantar questões no sentido de se questionar sob quais condições o civilizado pode invadir legitimamente o terreno da vida nua, da vida biológica (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 178), e nesta esteira, apontam:

Existe no terreno daquilo que se convencionou chamar de convergência tecnológica uma mobilização estranha de aspectos biopolíticos e tanatológicos que convém examinar e que decorre do que identificamos acima como deslizamento conceitual. Neste ensaio consideraremos muito especificamente o surgimento de um novo paradigma para entender e manipular a vida biológica, nomeadamente, o surgimento da nanobiotecnologia, em que a distinção entre o que é animado e o que é inanimado deixa de ser clara. (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 179).

Acrescentam ainda os autores que o entendimento é de que a biotecnologia pode constituir um campo empírico de grande importância para apreciar a pertinência das observações de Michel Foucault, considerando que sua visão de tecnologias da vida é algo distinto do que hoje caracteriza

o paradigma molecular da biotecnologia (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 188).

Fazendo uma abordagem técnica sobre o assunto, Pantoja aponta que a nanociência trata do estudo e conhecimento de técnicas que compõem uma nova abordagem de investigação e desenvolvimento por meio do estudo de fenômenos e pela manipulação de materiais nas escalas atômica e molecular. Além disso, é um campo amplo e interdisciplinar, com envolvimento de diversas áreas, não se tratando de uma tecnologia específica, mas sim um conjunto de técnicas que se baseiam em princípios da química, física, biologia, engenharia de materiais, computação, medicina e outros (PANTOJA, 2016, p. 3).

Conceitualmente, ainda de acordo com Pantoja, a nanobiotecnologia é uma aplicação da nanotecnologia nas ciências da vida, como, por exemplo, para a liberação de fármacos no organismo de um paciente, por meio de biodisponibilidade, liberação controlada ou alvos dirigidos (PANTOJA, 2016, p. 4). Tais tecnologias apresentariam inúmeras vantagens, como maior eficácia terapêutica, liberação progressiva e controlada do fármaco, diminuição significativa da toxicidade, direcionamento a alvos específicos, inclusive para doenças graves. O autor sustenta que:

Considerando que os medicamentos quimioterápicos para o câncer precisam ser administrados em altas doses para que possam destruir as células tumorais e, sendo altamente tóxicos, acabam afetando também os tecidos normais do organismo, podendo gerar até mesmo um câncer secundário, esta aplicação da nanobiotecnologia assume importância considerável. É uma forma de se obter a maximização do efeito da droga, minimizando seus efeitos colaterais e seus resultados podem representar um grande salto para o combate a esta patologia (PANTOJA, 2016, p. 4).

Essas avanços tecnológicos poderão trazer um aumento significativo na qualidade de vida das pessoas, trazendo um cenário bastante promissor para os serviços de saúde, setor no qual as promessas são significativas. A primeira delas seria o surgimento de uma medicina radicalmente preventiva, e com ela a necessidade de “[...] melhores testes ex vivo e a melhoria das atuais técnicas de laboratório” para permitir medições com maior sensibilidade e especificação (FERREIRA; PEDRO, 2009, p. 183).

Faria-Tischer e Tischer lecionam que a nanobiotecnologia é uma realidade e o conhecimento de biomateriais, das ciências biológicas e da engenharia, através da união de diferentes grupos de pesquisa em seus campos específicos, permite a concepção de produtos nunca imaginados há alguns anos. Além disso, trata-se de um ramo da nanotecnologia que funde a ciência dos materiais com as ciências biológicas, gerando conhecimento e produtos nas áreas biotecnológicas, farmacêuticas, médicas, de diagnóstico, entre outras (FARIA-TISCHER; TISCHER, 2012, p. 1).

Tais autores reconhecem a importância da nanobiotecnologia para a área da saúde, destacando os avanços experimentais, os quais englobam os setores farmacêutico, odontológico e médico e destacam:

A nanobiotecnologia é uma área emergente da nanotecnologia que tem contribuído e trará avanços significativos para diferentes áreas, como medicina preventiva, curativa ou diagnóstica, na área farmacêutica, para agricultura, na área de alimentos, embalagens, entre outros. [...] O desenvolvimento de biomarcadores, montagem molecular, sensores para crescimento celular, carregadores de fármacos, nanocélulas para tratamento de câncer, nanorrobôs, são alguns exemplos de sucesso, comprovando que a possibilidade de avanço nessa área é tão diversificado e surpreendente quanto são os modelos, mecanismos e as estruturas que constituem o nosso corpo (FARIA-TISCHER; TISCHER, 2012, p. 18).

Allen, Ansel e Popovich observam que quando se fala em medicamentos, as vantagens desse sistema estão na melhora da estabilidade química e física dos ativos, melhora da disponibilidade, manutenção do ativo no tecido alvo, possibilitando a penetração em regiões corpóreas de difícil acesso, solubilização de ativos hidrofóbicos, redução de efeitos colaterais e da toxicidade, assim como do número de doses e frequência de administração, o que proporciona maior conforto para o paciente (ALLEN; ANSEL; POPOVICH, 2007, p. 285).

Nesse aspecto, as pesquisas marcadas por esse traço de inovação garantem que o cidadão, além de ser o objeto de estudo, também assume o papel de controlador da vida e promotor de sua subjetividade. A vida, com isso, além de objeto de estudo, também passa a ser protagonista de sua existência.

A obtenção desses avanços tecnológicos, porém, exigem a realização de um grande número de pesquisas e experimentos, os quais, por sua vez, demandam grande quantidade de recursos econômicos, nem sempre disponíveis, em especial em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

A título de exemplo, a Universidade Federal de Uberlândia atualmente tem realizado pesquisa com a nanobiotecnologia, na área da saúde, com o fim de aperfeiçoar os meios de contrastes compostos de gadolínio que são utilizados nos exames de ressonância magnética, visando melhorar a sensibilidade dos testes diagnósticos.

Macedo, responsável pela pesquisa, esclarece que muitas vezes esses meios de contraste são inespecíficos para diagnosticar determinadas lesões, tais como alguns tipos histológicos de neoplasias ou processos infecciosos, além disso, os meios de contraste atuais com base de gadolínio possuem efeitos adversos, mesmo que raramente, podendo levar a doença grave, como a fibrose nefrogênica sistêmica e óbito. Dessa forma, há bastante interesse nos meios de contraste menos tóxicos e mais específicos, chamados meios de contraste alvo. Macedo destaca que:

Esses meios de contraste tem potencial de se acumular apenas nas lesões alvo, dada a sua afinidade imunológica, física ou química. Há alguns relatos na literatura de síntese de meios de contraste obtidos a partir de nanotecnologia, que podem ser conjugadas a anticorpos, possuindo ação específica em epítomos de determinadas células neoplásicas (MACEDO, 2015, p. 2).

Ainda segundo o pesquisador, os meios de contraste compostos de lantanídeos, um elemento químico da tabela periódica, são utilizados nos exames de ressonância magnética para melhorar a sensibilidade dos testes diagnósticos. Com eles é possível identificar processos inflamatórios, neoplásicos e infecciosos com melhor precisão, sendo utilizados amplamente nos serviços de diagnóstico por imagem.

Assim, segundo o pesquisador, o objetivo do uso da nanobiotecnologia na mencionada pesquisa é aperfeiçoar a qualidade dos fármacos que irão atuar sobre os pacientes, buscando uma melhoria na sua qualidade de vida, com a diminuição dos efeitos colaterais, redução na dosagem e, ainda, contribuindo para isolar e proteger de novas doenças decorrentes do tratamento, em face da diminuição dos efeitos químicos sobre o organismo.

Além disso, é de extrema importância que os resultados positivos obtidos possam ser compartilhados, não apenas para promover o aperfeiçoamento no âmbito da saúde, mas, em última análise, até mesmo o desenvolvimento do país. Nesse sentido:

A pesquisa proposta está vinculada às principais linhas de ação definidas para a Expansão e Consolidação do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, com enfoque nas áreas portadoras de futuro: nanotecnologia, biotecnologia e produção de insumos para a saúde. O desenvolvimento nas áreas prioritárias de nanotecnologia e biotecnologia é condição básica para a inserção do Brasil no cenário internacional, não só como um instrumento de política industrial, mas também como estratégia para a formação de recursos humanos de alto nível, para estabelecer e apoiar a formulação de políticas públicas e propiciar o desenvolvimento autônomo do país em áreas críticas para sua competitividade global. Os produtos e/ou processos potenciais gerados nesta proposta possuem imediata aplicação em médio prazo na área de diagnóstico por imagem. [...] (MACEDO, 2015, p. 7).

Contudo, como já mencionado, pesquisas científicas sempre acabam gerando a necessidade de investimentos econômicos, com recursos nem sempre disponíveis. No presente caso, os valores necessários para a realização da pesquisa envolvem o custo da matéria prima para síntese de nanopartículas, que inclui muitos produtos importados, bem como os custos para a realização dos exames de ressonância magnética.

Como os valores necessários para a realização da pesquisa não estavam disponíveis, apesar de sua importância para a obtenção de avanços tecnológicos que podem beneficiar um número indeterminado de pessoas, ou seja, garantir um direito difuso, a solução encontrada foi aportar no Ministério Público Federal para que ele, no momento da celebração de algum compromisso de ajustamento de conduta, no qual fosse aplicada alguma obrigação pecuniária, pudesse adotar medidas para a obtenção dos recursos necessários para a pesquisa.

Essa destinação direta de recursos obtidos por meio de compromisso de ajuste de conduta tem sido realizada nos termos do art. 5º, da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual regulamentou o §6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347/1985 (TELES, 2015).

Nesse contexto, ao celebrar um compromisso de ajuste de conduta com uma empresa de transporte da cidade de Uberlândia-MG que, em virtude do excesso de peso na carga, estava produzindo danos no asfaltamento e trazendo risco para a vida das pessoas, foi incluída, como uma das medidas compensatórias, a obrigação de aportar recursos para a realização da pesquisa da Universidade Federal de Uberlândia.

O compromisso de ajustamento de conduta foi celebrado no âmbito da Ação Civil Pública nº 427-10.2016.4.01.3803, que tramitava perante 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia (MG), e trazia, inicialmente, uma cláusula relacionada à obrigação da empresa em cessar os danos que produzia:

[...] I – (NOME DA EMPRESA) compromete-se a não dar saída a veículos de cargas de seus estabelecimentos, ou de terceiros por ela contratados, com excesso de peso bruto total, em desacordo com as especificações de carga dos veículos, devendo observar o fiel cumprimento da legislação de trânsito, bem assim fazer constar na nota fiscal o peso efetivamente transportado e a placa do veículo transportador (TRF-1, Ação Civil Pública nº 427-10.2016.4.01.3803).

Já a obrigação relacionada à pesquisa constava em cláusula com a seguinte redação:

II - Obriga-se, outrossim, a depositar o valor de a) R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), na conta da FAU (Fundação de Apoio Universitário), Banco do Brasil, Agência: [...], Conta-Corrente: [...], que serão destinados à aquisição de equipamentos/materiais que possam integrar o patrimônio da Universidade Federal de Uberlândia com fim à utilização na Pesquisa **“Desenvolvimento de um sistema de diagnóstico universal baseado em nanobiotecnologia para o monitoramento e controle de doenças negligenciadas tropicais crônicas”**, conforme indicação do professor Luiz Ricardo Goulart Filho e aprovação por parte do Ministério Público Federal [...] (TRF-1, Ação Civil Pública nº 427-10.2016.4.01.3803).

Como se pode observar dos dados acima, inicialmente necessário reconhecer que o compromisso de ajustamento de conduta cumpriu seus objetivos, pois foi um meio econômico, breve e justo para a solução de um caso que lesava direitos transindividuais, conforme apregoa Rodrigues (RODRIGUES, 2011, p. 105).

Além disso, a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para fazer cessar uma conduta ilegal, que traz risco para a vida das pessoas e, ainda, obter recursos financeiros para serem utilizados em pesquisas que visam melhorar a qualidade de vida das pessoas, pode ser considerada uma perfeita utilização de mecanismos de controle apregoados pela biopolítica, uma vez que impõe uma conduta para aquele que age de forma a descumprir preceitos estabelecidos pela sociedade e,

ainda, permite que sejam adotadas medidas visando incentivar a vida a desenvolver a sua potência.

Assim, a biopolítica em suas duas vertentes é atendida, seja naquela defendida por Foucault a partir da qual pode se buscar a formação do indivíduo dócil, seja na sustentada por Negri, para o qual a biopolítica é o caminho para que a vida possa alcançar a sua posição de protagonista em relação ao poder, utilizando-se de meios para desenvolver a sua potência.

Nesse sentido, o exemplo aqui trazido poderia ser reproduzido em outros casos de violação de direitos transindividuais, pois não parece suficiente que a elaboração de cláusulas de um compromisso de ajustamento de conduta se limite a buscar a cessão da lesão e a reparação dos danos causados, pois esses parâmetros podem, em dada circunstância, trazer vantagem econômica para o descumpridor da lei, o qual poderá optar, no futuro, em repetir atividades danosas se elas forem mais vantajosas do que as obrigações impostas em razão das ilicitudes praticadas.

Além disso, a vida dos cidadãos não experimentaria qualquer avanço, pois seria marcada, apenas, por danos e reparações, num sucessivo vai e vem, sem avanços significativos, apesar do momento histórico ímpar atual.

Assim, parece-nos que a correta utilização do compromisso de ajustamento de conduta poderia ser utilizada para gerar cidadãos dóceis, mas, também, para permitir que a vida desenvolva suas potencialidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto se dedicou a traçar considerações sobre a biopolítica e como ela pode ser concebida sob dois aspectos, ou seja, como forma de obtenção de um sujeito dócil, que se compromete a cumprir os preceitos determinados por uma determinada sociedade, em dado momento histórico, mas, também, como ela pode ser utilizada para promover a subjetividade do indivíduo, para que a vida desenvolva as suas potencialidades, colocando-se como protagonista em relação ao poder.

Feitas essas breves considerações sobre a biopolítica, foi analisada a natureza jurídica e as características do compromisso de ajustamento de conduta, instituto trazido pela Lei da Ação Civil Pública e aperfeiçoado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, na verdade, de importante instrumento extrajudicial (ou, excepcionalmente, judicial) na obtenção de soluções alternativas de conflitos, pois admite que danos a direitos transindividuais sejam reparados e compensados sem a necessidade, na maioria das vezes, de acionamento do Poder Judiciário, ou seja, sem a judicialização do conflito.

No caso concreto analisado no presente texto, os recursos provenientes de um compromisso de ajustamento de conduta foram utilizados para fomentar a realização de pesquisas de nanobiotecnologia com o objetivo de promover o monitoramento e controle de doenças tropicais crônicas negligenciadas e trazer melhoria na qualidade de vida dos pacientes acometidos por tais doenças. Essa melhoria na qualidade de vida dos pacientes é buscada por meio do aperfeiçoamento dos fármacos utilizados no tratamento das doenças, o que deve permitir a redução da dosagem utilizada e, por consequência, a redução dos efeitos colaterais.

O mais importante, porém, é que tal pesquisa de nanobiotecnologia somente pode ser realizada graças aos recursos obtidos por meio de um compromisso de ajustamento de conduta que, nesse contexto, à luz da biopolítica, teve o condão de impor a docilidade ao infrator de direitos transindividuais, que foi compelido a adotar medidas reparadoras e compensatórias em razão do dano causado, como também permitiu que fossem desenvolvidos estudos com o objetivo de permitir que a vida humana desenvolva as duas potencialidades, gerando conhecimento inovador que, em seguida, é utilizado para atender os interesses da sociedade e promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Essa forma de utilização do compromisso de ajustamento de conduta deve ser replicada, pois trata-se de importante mecanismo de controle para transformar o infrator de direitos transindividuais em um “corpo dócil”, segundo as palavras de Foucault, mas também permitir que a vida desenvolva toda a sua potência, tornando-se protagonista em sua relação com o poder e produzindo subjetividade, segundo as lições de Negri.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Loyd; ANSEL, Howard; POPOVICH, Nicholas. Formas farmacêuticas com velocidade controlada e sistemas de liberação de fármacos. In: **Farmacotécnica**. São Paulo: Premier, 2007. Disponível em: <<https://books.google.com.br/cidade+controlada+e+sistemas+de+libera%C3%A7%C3%A3o+de+f%C3%A1rmacos.&hl=pt>>.

Acesso em: 20 abr 2019.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 22 abr 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 abr 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 22 abr 2019.

BRASIL. **Resolução nº 179**, de 26 de julho de 2017. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 20 abr 2019.

BRASIL. TRF-1: **Ação Civil Pública nº 427-10.2016.4.01.3803**.

Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=UDI&proc=15268820114013803&seq_proc=1>. Acesso em: 20 abr 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. Tese apresentada e publicada nos anais do 9º Congresso Nacional do Ministério Público. Bahia, 1992. In: **Livro de Estudos Jurídicos**, n. 6, do Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

DIAS, Jefferson Aparecido; SERVA, Fernanda Mesquita. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. **Revista Argumentum** – RA. UNIMAR. Marília/SP, v. 17, 2016. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/5/showToc>> Acesso em: 22 abr 2019.

FARIA-TISCHER, Paula C. S.; TISCHER, Cesar A. Nanobiotecnologia: plataforma tecnológica para biomateriais e aplicação biológica de nanoestruturas. **BBR – Biochemistry and Biotechnology Reports**, v. 1, n. 1, p. 32, 2012. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/bbr/article/download/13190/11502>. Acesso em: 20 abr 2019.

FERREIRA, Jonatas; PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro. Biossociabilidade e biopolítica: reconfigurações e controvérsias em torno dos híbridos nanotecnológicos. **Redes**, v. 15, n. 29. Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes Argentina, p. 177-196, maio 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/17825130/Biossociabilidade_e_biopol%C3%ADtica_reconfigura%C3%A7%C3%B5es_e_controv%C3%A9rsias_em_torno_dos_h%C3%ADbridos_nanotecnol%C3%B3gicos. Acesso em: 22 abr 2019.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Microsistema 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, p. 153.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KRASILCHIK, Myriam. Reformas e Realidade: o caso do ensino das ciências. **São Paulo em perspectiva**. São Paulo: 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v14n1/9805.pdf>>. Acesso em: 20 abr 2019.

LEONEL, A. A.; SOUZA, C. A. Nanociência e Nanotecnologia para Ensino de Física Moderna e Contemporânea na Perspectiva da Alfabetização Científica e Técnica. In: **Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências**. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://posgrad.fae.ufmg.br/posgrad/viienepec/pdfs/1574.pdf>>. Acesso em 20 abr 2019.

MACEDO, Tulio Augusto Alves. **Meios de contraste alvo para ressonância magnética sintetizados a partir de nanotecnologia**. Projeto de pesquisa da Universidade Federal de Uberlândia/MG, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades: atuação do ministério público. **Revista Direito e Liberdade** – ESMARN – Mossoró - v. 1, n.1,

p. 225 – 246 – jul/dez 2005.

MÉDICI, Alejandro. **El malestrar en la cultura jurídica**: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos. La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2011.

NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Madrid: Paidós, 2008.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. Teoria e análise de casos práticos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PANTOJA, Najara Vidal. Nanociência, Nanotecnologia e Nanobiotecnologia: uma experiência de divulgação científica em Rio Branco – Acre. In: **XVIII Encontro Nacional de Ensino de Química (XVIII ENEQ)** Florianópolis, SC, 2016. Disponível em: <<http://www.eneq2016.ufsc.br/anais/resumos/R1767-1.pdf>>. Acesso em: 22 abr 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Teoria e prática. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 14 – n. 44, p. 71-97 – jan./jun. 2015.

TORRES, Edgar Novoa. Las nuevas realidades del bios/zoe del cuerpo, entre la bioética y la biopolítica. **Revista Latinoamericana de Bioética**. v.14, n.1, ed. 26 , p. 98-114, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v14n1/v14n1a08.pdf>> Acesso em: 22 abr 2019.

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer; NUNES Geilson. Fomento para pesquisas de nanobiotecnologia a partir de compromisso de ajustamento de conduta e sob a ótica da biopolítica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 91-109, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p91. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 15/10/2018.

Aprovado em: 25/04/2019.

**A FRAUDE COMO ELEMENTO
SUBJETIVO ESSENCIAL À APLICAÇÃO
DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NAS “HOLDINGS”
FAMILIARES**

FRAUD AS A SUBJECTIVE ELEMENTARY
ESSENTIAL TO THE APPLICATION OF THE
INVERSE DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY IN
FAMILY HOLDINGS

Elcio Nacur Rezende*
Marcelle Mariá Silva de Oliveira**

*Pós- Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas em 2016 pela Università Degli di Messina (UNIME)
Doutor em Direito em 2009 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
Mestre em Direito em 2003 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
Especialist em Direito em 1999 pela Universidade Gama Filho (UGF)
Graduado em Direito em 1994 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
E-mail: elcionacurrezende@yahoo.com.br

**Mestrado em andamento em Direito pela Faculdades Milton Campos (FMC)
Especialista em Direito em 2018 pela Faculdade Arnaldo Janssen
Graduada em Direito em 2015 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)
E-mail: marcellemaria.adv@gmail.com

Como citar: REZENDE, Elcio Nakur; OLIVEIRA, Marcelle Mariá Silva de. A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica das “holdings” familiares. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 110-126, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p110. ISSN: 2178-8189

Resumo – Apresenta-se, sob o prisma do direito brasileiro, um estudo sobre a Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica e a possibilidade de sua aplicação à chamada “holding” familiar, bem como uma análise quanto à imprescindibilidade da existência do intuito fraudulento. O trabalho é expositivo e analítico, porquanto é feito um exame em relação aos institutos abordados, bem como uma busca por decisões judiciais acerca da temática. A justificativa, assentada na análise de fontes primárias e secundárias de pesquisa e exposta pelo método lógico-indutivo é a busca por respostas acerca do entendimento doutrinário e do comportamento do poder judiciário em situações análogas à ora descrita, para se chegar à conclusão de que é indispensável a constatação de existência do intuito fraudulento para aplicação da Desconsideração Inversa da Personalidade jurídica às “holdings” familiares, sob pena de banalização do instituto.

Palavras-chave: Holding, holding familiar, intuito fraudulento, desconsideração inversa da personalidade jurídica, entendimento dos tribunais.

Abstract - It is presented, under the prism of Brazilian law, a study about the theory of inverse disregard of legal personality and the possibility of its application to the so-called family holding company, as well as an analysis about the indispensability of the

existence of the fraudulent intention. The work is expositive and analytical, since an examination is made in relation to the institutes covered, as well as a search for judicial decisions on the subject. The justification, based on the analysis of primary and secondary sources of research and exposed by the logic-inductive method, is the search for answers about the doctrinal understanding and behavior of the judiciary in situations, in order to arrive at the conclusion that it is indispensable to verify the existence of the fraudulent intention to apply the inverse disregard of legal personality to the family holdings, under penalty of banalization of the institute.

Keywords: Holding, family Holding, fraudulent intention, disregard of legal personality, understanding of the courts.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetivará uma análise das “holdings” familiares, que vêm sendo muito utilizadas no Brasil com o objetivo de gerir o patrimônio de determinado núcleo familiar e promover o planejamento sucessório e tributário do acervo, podendo, se utilizada da forma correta e imbuída de boas intenções, ser extremamente vantajosa para os fins a que se presta.

O texto será elaborado por meio da análise bibliográfica e jurisprudencial acerca do assunto, sendo desenvolvido em três capítulos, sendo que o primeiro apresentará o instituto geral da “holding”, agregando aspectos acerca de sua criação, conceito e utilização, até adentrar, especificamente, na modalidade familiar, que, nada mais é que a sociedade “holding” constituída no seio de determinada família visando a gestão eficiente do patrimônio e da sucessão daquele acervo.

O segundo capítulo trará o conceito de descon sideração da personalidade jurídica, a qual, em sua modalidade habitual, compreende a possibilidade de afetação do patrimônio dos sócios por dívidas da sociedade, desprezando, portanto, o princípio da autonomia patrimonial. Serão destacadas, ainda, as recentes alterações legislativas que normatizaram a sua modalidade inversa, que, ao contrário, implica na descon sideração da personalidade do sócio, a fim de atingir o patrimônio da sociedade empresária por dívidas contraídas pessoalmente.

Nesse sentido, observa-se que, não raro, as possibilidades legais postas à disposição são utilizadas de forma distorcida, com a finalidade única de se obter proveito em detrimento de outros ou do Estado. Assim, torna-se evidente que a constituição da “holding” familiar, quando mal-intencionada, pode abrir margem para a prática de abusos e fraudes diversas, tanto em prejuízo ao fisco quanto a credores particulares.

Portanto, tendo como marco teórico as lições de Márcio Tadeu Guimarães Nunes e Regis Velasco Fichtner Pereira, será promovida uma análise crítica acerca dos institutos abordados, verificando a possibilidade de se aplicar, em uma situação concreta, a descon sideração inversa da personalidade jurídica, quando da constatação de abusos, fraudes ou inadimplência dos membros da família que constituíram a “holding” familiar,

Buscará, ainda, compreender se o elemento subjetivo compreendido pela intenção de fraudar, isto é, o dolo de causar prejuízo a outrem, é imprescindível à aplicação da descon sideração da personalidade jurídica, neste caso, especialmente da sua modalidade inversa, em sede de “holdings” familiares. Assim sendo, o problema ora apresentado se traduz no seguinte questionamento: o elemento “intenção de fraudar” é imprescindível na aplicação da descon sideração inversa da personalidade jurídica, especialmente nas “holdings” familiares?

2 “HOLDINGS”, CONCEITO E ESPÉCIES

As sociedades empresárias “holdings” são pessoas jurídicas que “atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade

industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc.” (MAMEDE; MAMEDE, 2017, p. 13/14).

Tratam-se, portanto, das sociedades que têm como objetivo deter certo patrimônio material ou imaterial; sendo certo que, caso seu único propósito seja o de deter a participação societária em outras sociedades, ela será uma “holding” pura. De outro modo, a “holding” será mista se possuir em seu objeto social não somente a participação em outras empresas, mas, também, a “exploração de alguma atividade empresarial diversa” (DA SILVA; ROSSI, 2017, p. 22).

Destaca-se que “holding” não é um tipo societário, mas uma definição que leva em conta a finalidade a que a sociedade empresária, que poderá se constituir sob as várias formas autorizadas em lei, se destina. Para exemplificar, faz-se necessária a leitura do parágrafo 3º do art. 2º da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), o qual foi o primeiro texto normativo a admitir expressamente a sociedade empresária que tem como objeto a participação em outras sociedades, senão vejamos:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Observa-se, pois, que uma sociedade empresarial constituída sob a forma de sociedade anônima poderá ter por objeto a participação em outras sociedades, caracterizando-se, assim, a “holding”. Do mesmo modo, ela poderá ser uma sociedade limitada, com todas as suas características decorrentes da lei, de modo que, o que a caracterizará como “holding” é o seu objeto social, a atividade a que se presta a exercer.

O uso das “holdings” surgiu no Brasil após a resolução nº 469 do Banco Central, de 07/04/1978, e, segundo Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2017), tem se tornado comum a sua constituição com o objetivo de deter e administrar determinado patrimônio familiar e, por conseguinte, realizar um planejamento sucessório e tributário desse acervo, são as denominadas “holdings” familiares.

Ultrapassando a divisão básica de “holdings” (pura e mista), Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2017, p. 16) afirmam que as referidas empresas poderão, ainda, ser nominadas como “holding de controle, de participação, de administração, patrimonial ou imobiliária” de acordo com o objeto social que possuírem. Nesse sentido, as “holdings” patrimoniais são as constituídas com a finalidade de ser proprietária de determinado patrimônio; por sua vez, as imobiliárias terão objetivo de deter patrimônio imobiliário (MAMEDE; MAMEDE, 2017, p. 16).

Assim, a “holding” familiar, que não é assim conceituada considerando o seu objeto

social, poderá se revestir de qualquer uma das formas acima, já que, na verdade, a sua denominação considera o fato de ela estar enquadrada no âmbito familiar, contribuindo para o planejamento patrimonial, fiscal e sucessório daquela família, conforme ensinam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2017, p. 16):

Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família, e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, organização fiscal, sucessão hereditária etc.

Ou seja, do mesmo modo, a “holding” familiar será imobiliária se se prestar à gestão do patrimônio imobiliário de determinado núcleo familiar; será patrimonial se seu objetivo for o de deter e administrar o patrimônio familiar como um todo, compreendendo bens móveis ou imóveis; será de participação, se tiver como objeto a participação em outras sociedades empresárias da mesma família e assim por diante.

Evidente, então, que a existência de uma “holding” familiar demanda adequação específica ao contexto da família que a constituiu, considerando o tipo de patrimônio, de atividade exercida, os membros da família, a saber:

A gestão adequada do patrimônio por intermédio de uma Holding familiar pressupõe, como medida preliminar, a constituição adequada da pessoa jurídica, a qual pode ser gestada de inúmeras formas societárias, a depender do caso concreto e do futuro direcionamento das quotas sociais entre herdeiros necessários e os eventuais beneficiários ou legatários. (OLIVEIRA, 2013. p. 7).

Portanto, é de suma importância lembrar que a atividade empresária pode ser exercida por todos aqueles que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não estejam submetidas a qualquer impedimento legal, ou seja, os incapazes não poderão constituir sociedade empresária, mas somente continuar a que já exercia enquanto capaz, conforme previsão do art. 974 do Código Civil: “poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança”.

Além do mais, extremamente pertinente ao assunto é saber que há proibição legal expressa da contratação de sociedade por parte de cônjuges casados em regime de comunhão total de bens, tal como determina o art. 977 do Código Civil: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

Existem, ainda, as proibições legais quanto ao exercício da administração das sociedades, situações em que as pessoas impedidas poderão apenas figurar como sócias, as quais estão contidas no §1º do art. 1.011 do Código Civil:

§1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial,

os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

Especificamente no que toca às “holdings” familiares, imperioso destacar que, uma vez constituídas sob qualquer uma das formas societárias admitidas, e, considerando o contexto familiar no qual se insere, a sociedade terá como sócios, inicialmente, os patriarcas da família, os quais, via de regra, integralizarão o capital social, mediante a transferência de seu patrimônio pessoal, sendo certo que não há impeditivo para a alteração da estrutura de uma sociedade empresarial já existente no seio da família (por exemplo, um restaurante), de modo a se tornar uma “holding”, a fim de estruturar a sucessão empresarial e familiar.

Posteriormente, na forma mais usual, os patriarcas doarão as cotas sociais aos seus sucessores, constando as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, reversibilidade e com a reserva do usufruto, delimitando como se dará a administração da sociedade na sua ausência. No entanto, frise-se, esta não é a única forma de organização patrimonial sucessória, pois, a depender da estrutura familiar que permeia a constituição da “holding”, será possível optar por outros mecanismos legais previstos, como por exemplo, o testamento, ou então, o patrimônio (cotas societárias) poderá ser partilhado através do inventário, dentre outros.

O que muitos autores já citados defendem é que esta estruturação acarretará não somente a organização adiantada da sucessão familiar, como também o melhor aproveitamento do patrimônio e o planejamento tributário/fiscal, inclusive com economias substanciais. Sabendo disso, observa-se que, de fato, a constituição de uma “holding” familiar pode ser muito benéfica para a organização do patrimônio (seja ele imóvel, constituído por outras sociedades, etc) de uma família.

No entanto, não se pode perder de vista que, criar uma pessoa jurídica para a qual se transfere todos os bens particulares da família, delegando a gestão desses bens, pode abrir margem para diversos tipos de fraudes e abusos, que poderiam ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, conforme se verá.

3 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O direito empresarial brasileiro tem como referência o princípio da autonomia patrimonial, pelo qual se reconhece a independência entre os patrimônios do(s) sócio(s) e da pessoa jurídica da qual ele(s) faz(em) parte. Em outras palavras, conceber a autonomia entre os patrimônios dos sócios e da sociedade implica em admitir que os referidos patrimônios são distintos e dissociados um do outro, o que, em última instância, viabiliza a limitação da responsabilidade dos sócios. Nesse sentido, como desdobramento do referido princípio, tem-se, ainda, que as dívidas contraídas pela sociedade não dizem respeito e (em regra) não afetam o patrimônio pessoal dos sócios, e vice-versa.

Tal como ensina Otávio Joaquim Rodrigues Filho (2016, p. 85), o referido princípio surgiu como uma resposta aos anseios sociais, no sentido de se atrair pessoas dispostas a exercer a atividade empresarial e, conseqüentemente, gerar empregos:

O reconhecimento gradativo da personalidade jurídica tal qual se dá na atualidade, inclusive com a nítida separação de patrimônios e responsabilidades, fora antes uma necessidade para atrair capitais, limitando os riscos inerentes à atividade comercial. A função econômica do instituto evidencia-se, assim, como mola propulsora para a produção de riquezas e geração de empregos.

Assim, nota-se o exercício da empresa deveria pautar-se, também, na sua função social, isto é, atendendo também aos interesses sociais (RODRIGUES FILHO, 2016), o que faz com que a referida autonomia patrimonial ora discutida não seja absoluta, já que, uma vez presente a situação de abuso da personalidade jurídica é possível a afetação do patrimônio do sócio em razão de dívidas contraídas pela pessoa jurídica, o que se denomina desconconsideração da personalidade jurídica.

O professor Marcelo Moraes Tavares (2008) ensina que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica passou a ser objeto de estudo dos aplicadores do direito a partir do século XIX, quando evidenciadas práticas abusivas cometidas por sócios de empresas, sob o manto da personalidade jurídica, sendo que, para ele, a decisão judicial pioneira sobre o assunto teve lugar nos Estados Unidos, no ano de 1809, no seio do caso que teve como partes litigantes o Banco dos Estados Unidos e a empresa Deveaux.

Nada obstante diversos autores entendam que a referida decisão judicial não tenha abordado diretamente a desconconsideração da personalidade jurídica como conhecemos hoje, isto é, com efeitos de afetação do patrimônio dos sócios, fato é que foi de extrema importância para a construção da referida teoria. Por conseguinte, o marco que inaugurou o nascimento da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica de forma direta foi a decisão proferida no caso “Salomon vs Salomon & CO”, do ano de 1897, na Inglaterra, que, embora desfavorável em segunda instância, suscitou a discussão e os fundamentos que, por fim, a originaram. Naquela ocasião, o magistrado inglês entendeu que Aaron Salomon, já empresário individual, ao constituir a sociedade, realizou operação fraudulenta, se aproveitando dela para se isentar da responsabilidade e dos riscos de provenientes da atividade econômica (PARENTONI, 2018).

Contudo, tal fenômeno somente chegou ao Brasil em 1969, por iniciativa de Rubens Requião, que suscitou a discussão sobre o assunto em conferência realizada na Universidade do Paraná (GUIMARÃES, 2004). A efetiva normatização, contudo, somente se deu no ano de 1990, com o Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu art. 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da

pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A partir de tal fato, a legislação brasileira passou a trazer novas disposições a respeito do assunto, até que o então novo Código Civil, que entrou em vigor no ano de 2003, previu, em seu art. 50, nova determinação direta e expressa sobre a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se vê:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Observa-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de relações consumeristas é mais abrangente e menos rigorosa, como resultado do próprio cunho protetivo daquela codificação, o que torna imperioso fazer uma diferenciação entre ambas as espécies do instituto em comento. Nesse sentido, convém destacar que para a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica, aquela abraçada pelo Código Civil e defendida por Rubens Requião, para se ignorar a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é necessário que se demonstre a fraude ou abuso do direito:

É de nítida concepção subjetivista a teoria esposada por Rubens Requião quando se trata da verificação da fraude, que deve ser vista pelo seu aspecto anímico, abrindo exceção apenas às hipóteses de abuso do direito, que se configuraria independentemente do propósito de prejudicar outrem. Toma o doutrinador como ponto de partida a ideia de que a pessoa jurídica é uma realidade que se passa no mundo jurídico, e não na “vida sensível”, que tem na sua concessão, como uma das principais consequências, a autonomia patrimonial. Nesse contexto, a desconsideração nega o absolutismo do direito de personalidade jurídica, posto que a teoria é vista como declaração de sua ineficácia para certos efeitos, permanecendo, contudo, “incólume para outros fins legítimos”. (RODRIGUES FILHO, 2016. p. 63).

Noutro passo, para Teoria Menor (Código de Defesa do Consumidor) basta a demonstração de insuficiência patrimonial da sociedade, quando, de alguma forma, a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Destaca-se, ainda, que, após consagrada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, diversos aplicadores do direito passaram a admitir a sua aplicação de modo contrário, isto é, quando os atos fraudulentos são praticados pela pessoa natural que já haveria desfeito de seu patrimônio pessoal em favor da sociedade. A partir daí os tribunais brasileiros começaram a

aplicar a teoria de forma inversa em casos práticos. Para ilustrar, colaciona-se decisão emblemática proferida no STJ a respeito do assunto, em que, com base em uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil, e, visando combater a utilização indevida do ente societário pelos sócios, afastou-se a autonomia patrimonial da sociedade para atingir seu patrimônio, como medida de responsabilização por obrigações contraídas pessoalmente pelo sócio controlador:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 948117, Relatora MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 22/06/2010).

Durante anos, a desconsideração da personalidade jurídica inversa continuou sendo aplicada pelos magistrados em situações concretas, com embasamento nas doutrinas existentes e interpretação teleológica do Código Civil, até que, com o advento no novo Código de Processo Civil, a referida teoria foi normatizada, conforme se lê em seu art. 133, parágrafo segundo:

Art. 133. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015.

A leitura do artigo acima colacionado demonstra, também, que a nova codificação processual passou a estabelecer a existência de um procedimento que deve preceder à aplicação da descon sideração da personalidade jurídica. Trata-se do *incidente de descon sideração da personalidade jurídica*, que determinou a implementação da ampla defesa e do contraditório nestas situações, de modo que, a efetiva descon sideração, inversa ou não, da personalidade jurídica, ocorrerá após dada a oportunidade aos envolvidos de se manifestarem e exercerem o contraditório.

Tais novidades legislativas representam avanço no sentido de o direito acompanhar as evoluções da sociedade, pois, não se pode olvidar que a movimentação que tem ocasionado o grande aumento no número de novas sociedades constituídas com o objetivo de deter e gerir o patrimônio de determinada família abre margem para inúmeras possíveis atividades fraudulentas, o que poderá ser combatido por meio da descon sideração inversa da personalidade jurídica

3.1 Descon sideração Inversa da Personalidade Jurídica em “Holdings” Familiares

Conforme visto, a constituição de “holdings” como alternativa para gestão de determinado patrimônio tem se tornado cada vez mais comum, existindo, inclusive, profissionais que defendem ser esta uma opção para garantir a “blindagem patrimonial” do acervo, além de, é claro, possibilitar o planejamento jurídico, tributário e sucessório. No entanto, além de falsa, a promessa de blindagem patrimonial pode se configurar em crime, tanto é assim que são conhecidos inúmeros casos de grandes operações policiais que investigaram empresas criadas com esse intuito.

Em sua obra “Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico”, Mamede e Mamede(2015) trazem à tona três dessas operações, dentre as quais, a denominada “Bicho Mineiro”, realizada no estado de Minas Gerais, que se prestou a investigar a criação de sociedades empresárias e evasão do patrimônio com o fim de fraudar o fisco.

Assim, fica evidente a importância do assunto ora tratado, pois, diante de tudo que foi exposto até aqui, é possível, concluir pela existência de variadas possibilidades de utilização também das “holdings” familiares como meios de fraudar o fisco ou credores particulares. É que, nada obstante, em regra, o objetivo primordial dessa ferramenta seja o de facilitar a gestão do patrimônio, estruturar a empresa, planejar o aspecto tributário/fiscal que envolve a atividade e a transmissão do patrimônio e organizar a sucessão, não se pode perder de vista que a mente humana, muitas vezes, desvirtua-se a criar mecanismos para o mal, o ilegal, visando vantagens desmedidas e descabidas. Nesse contexto, torna-se extremamente relevante analisar a possibilidade de se

garantir medidas efetivas contra tais práticas. Uma delas pode se configurar pela desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do Agravo Interno de nº 00786111620138260000 SP 0078611-16.2013.8.26.0000, reconhecendo a possibilidade de se desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial para adentrar ao patrimônio da sociedade “holding” com o objetivo de solver dívidas contraídas pelo sócio, tendo em vista as evidências de que ele se utilizava da sociedade para ocultar seus bens e a existência de confusão patrimonial:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA - Cumprimento de sentença - Executado é sócio de diversas empresas que atuam no ramo de venda/locação de automóveis, sendo que suas contas permanecem zeradas, Ainda, detém 99,99% da empresa DTRÊS HOLDINGS LTDA cujo endereço, constante na Junta Comercial, não corresponde à real localização de seu estabelecimento. Fato que demonstra que o executado utiliza-se de referida sociedade unicamente para ocultar bens, pois, ao que tudo indica, referida empresa sequer está em atividade. Confusão patrimonial caracterizada - RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - AI: 00786111620138260000 SP 0078611-16.2013.8.26.0000, Relator: Renato Rangel Desinano, Data de Julgamento: 15/08/2013, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/08/2013)

Portanto, fica claro que os tribunais brasileiros têm entendido que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica exige que os requisitos do art. 50 do Código Civil estejam satisfeitos, ou seja, deve haver o abuso da personalidade jurídica através da confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, que culminem na insolvência do sócio.

No caso das “holdings” familiares quando se fala em confusão patrimonial, a grosso modo, pode-se dizer que a própria constituição de uma sociedade que tem como objetivo gerir o patrimônio pessoal/familiar ocasiona essa desordem, já que a subsistência da família permanece em torno daquele mesmo acervo. Por sua vez, o abuso da personalidade, configurado pelo desvio de finalidade, sob o enfoque ora defendido, é resultado da intenção fraudulenta das pessoas envolvidas, que constituem a pessoa jurídica visando se esquivar de obrigações pessoais, o que pode culminar em grave fraude, como inadimplência em relação a dívidas alimentares. É o caso observado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 817956/SC 2010.081795-6, no qual se constatou que o sócio se valia das sociedades empresariais para ocultar sua situação patrimonial, permanecendo sem bens em nome próprio, e, com isso se esquivando da prestação alimentar que lhe era imposta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO QUE DESCONSIDEROU INVERSAMENTE A PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE QUE OS SÓCIOS NÃO AGIRAM DE FORMA ILEGAL. TODAS AS PROPRIEDADES MÓVEIS E IMÓVEIS UTILIZADAS PELO AGRAVANTE ESTÃO EM NOME DAS EMPRESAS. AUSÊNCIA DE BENS EM SEU NOME. Para a desconsideração inversa da

personalidade jurídica de uma empresa é necessário que reste demonstrado nos autos o desvio de bens da pessoa física do sócio para a pessoa jurídica da qual possua controle absoluto, continuando ainda a usufruir de tais bens (AI n , Des. Saul Steil, fl. 72). In casu, verifica-se, claramente, nos autos, que o agravante utiliza-se de suas empresas para encobrir seus bens, não possuindo qualquer imóvel ou móvel em seu nome, colocando todos em propriedade da empresa Reis Engenharia de Obras Ltda. e da empresa Construtora Santa Catarina Ltda., conforme documentos anexados às fls. 171 a 176. Assim, há a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica pois “o requerido se vale da empresa para mascarar a própria vida patrimonial, dado que, injustificadamente, não possui bens em seu nome, nem numerário o bastante ao pagamento do débito considerável. Impedir a desconsideração inversa da personalidade, neste caso particular, implica em prestigiar a fraude à lei, e ao descrédito à Justiça” (Juiz de Direito Flavio Andre Paz de Brum, na Ação Cautelar de Sequestro n. 023.10.049446-6, fl. 149). INTIMAÇÃO DA EMPRESA QUE TEVE SUA PERSONALIDADE DESCONSIDERADA. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. EXECUTADO SÓCIO MAJORITÁRIO E ADMINISTRADOR DA REFERIDA EMPRESA. PRINCÍPIO DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. SUA INTIMAÇÃO PESSOAL PODE SER CONVALIDADA PARA A PESSOA JURÍDICA EM QUESTÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. Com intuito de homenagear a celeridade e economia processual, tendo em vista que se trata de execução de alimentos, e a demora no julgamento castigará ainda mais a alimentante, a qual tem, atualmente, seu direito obstruído, a medida mais acertada é suprimir a intimação da empresa, uma vez que o agravante, já ciente de toda a situação jurídica instaurada, é seu sócio majoritário, além de ser o administrador isolado, podendo intervir caso entenda existir qualquer prejuízo à empresa. Aplica-se ainda, a Teoria da Aparência de Direito, a qual consiste em permitir que certas situações meramente aparentes e que não correspondem a realidade passem a ter validade jurídica como se fossem verdadeiras, objetivando a proteção do terceiro de boa-fé, no caso, a alimentante, na busca de um processo célere, justo e, por via indireta, preservando a credibilidade do ordenamento jurídico como um todo. NECESSIDADE DO CHAMAMENTO DA ESPOSA AOS AUTOS NÃO CONFIGURADA. QUANTIA REFERENTE AO QUINHÃO QUE A ESPOSA TEM POR DIREITO DECORRENTE DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS RESGUARDADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO NÃO PROVIDO. Resguardada a parte da esposa como meeira do agravante, não há qualquer prejuízo do qual justifique a necessidade de sua presença no processo. Distintamente do que dispõe o art. 47 do Código de Processo Civil, in casu, a decisão proferida pode muito bem ser executada sem que haja qualquer necessidade de citação ou intimação de terceiros, uma vez que todos os direitos e garantias estão assegurados. (TJ-SC - AI: 817956 SC 2010.081795-6, Relator: Carlos Prudêncio, Data de Julgamento: 24/11/2011, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n., da Capital)

Não é demais lembrar que, caso as dívidas dos sócios tenham sido contraídas antes da constituição da sociedade, e tenha esta sido criada com o intuito de se esquivar de tais dívidas, poderá estar presente o defeito do negócio jurídico denominado fraude contra credores, cujos requisitos estão delimitados no Código Civil:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

E mais, conforme determina o próprio Código de Processo Civil, situações que ensejam a desconsideração, inversa ou não, da personalidade jurídica, podem configurar fraude à execução, o que garante aos credores medida para tentar coibir a prática fraudulenta em questão, a saber:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

Diante de tanto, observa-se que a existência de métodos que visam coibir práticas fraudulentas é imprescindível no ordenamento jurídico, e nesse sentido, o Código de Processo Civil trouxe importante inovação ao normatizar uma prática que já era há muito absorvida pelos nossos tribunais. Lado outro, a utilização consciente do mecanismo legal e eficiente para gestão e planejamento do patrimônio familiar pode e deve ser incentivada, na medida em que tem a capacidade de configurar grande evolução no sentido de continuidade da empresa.

3.2 Elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

Conforme destacado, valer-se da constituição de uma sociedade empresária com o fim de organização patrimonial e sucessória, pode ser meio para obtenção de objetivos escusos. Nesse sentido, àqueles que possuem intuito fraudulento, haverá medida sancionadora correspondente, fruto de criação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, com o que concorda doutrina especializada:

A organização mercantil sob a forma de sociedade, para algumas mentes, acaba por incentivar a prática de atos escusos, se prestando a sociedade como ser imaterial servidor de abrigo ao fraudador. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram mecanismos para descortinar a sociedade, retirando o véu protetor, viabilizando o alcance daqueles que se camuflam (GUIMARÃES, 2004, p. 230).

A desconsideração da personalidade jurídica, especialmente para a Teoria Maior, adotada pelo Código Civil, exige a existência do elemento subjetivo traduzido na intenção de fraudar, no objetivo obscuro que rodeia a vida daquela sociedade empresária. Desse modo, tal como já dito alhures, a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, terá lugar quando se constatar o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Segundo Otávio Joaquim Rodrigues Filho (2016, p. 87), em obra específica sobre o tema, o instituto, nesses casos (diferentemente de como ocorre no direito consumerista), não objetiva combater o simples prejuízo material constatado, mas o abuso, a fraude à lei, o excesso, senão vejamos:

Não se trata de combater o simples prejuízo material, inerente ao risco da atividade comercial. É o abuso, o excesso, a fraude à lei ou ao contrato que desvinculam a atuação da pessoa jurídica de sua função social, produzindo a violação de direito que o ordenamento jurídico reputa mais valioso do que aquele relativo à personificação, sendo ele indisponível ou até mesmo disponível.

Nesse sentido, ainda segundo o referido jurista, “de maneira geral, toda fraude ‘abre espaço à fraude à lei’; qualquer artifício que gera proveito indevido burla a proibição legal. O comando da norma, debaixo da aparência da legalidade” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 91). Assim, tendo como base a doutrina de Regis Fichtner Pereira (1994), segundo o qual, a fraude à lei demanda a existência da intenção de fraudar, o mesmo ocorrerá na desconsideração da personalidade jurídica.

Agrega-se, ainda, o argumento posto pelo jurista Márcio Tadeu Guimarães Nunes (2007), que já em 2007 constatou o uso indiscriminado dessa ferramenta, sem preocupação quanto à sua efetiva aplicabilidade, em detrimento de outras ferramentas oferecidas pelo direito, tais como a fraude contra credores ou a fraude à execução, mencionadas anteriormente, ou até mesmo a responsabilidade civil (quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica em sua forma normal) (MACHADO, 2016).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As “holdings” são definidas como as sociedades que tem como escopo controlar outras sociedades empresárias, o chamado grupo empresarial, centralizando a tomada de decisões e a administração dessas empresas. Frise-se, nesse diapasão, que o grupo empresarial não possui personalidade jurídica, o que se tem é a existência de uma sociedade empresária tida como controladora, a “holding”.

No entanto, a “holdings” podem assumir quaisquer modelos empresariais admitidos pelo Direito, que levam em consideração seu objeto social, podendo, portanto, ser classificadas como imobiliárias, de participação, patrimoniais, dentre outros.

No Brasil, tem se tornado comum a constituição de “holdings” com o objetivo de

administrar o patrimônio familiar e, por conseguinte, realizar um planejamento sucessório e tributário desse patrimônio. São as denominadas “holdings” familiares. Diversos doutrinadores, a exemplo de Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2017), entendem que a constituição de uma “holding” nesses moldes pode ser excelente alternativa para gestão do patrimônio familiar, pois possibilita um planejamento sucessório e tributário do acervo, além de ser excelente alternativa para organização e administração da empresa.

No entanto, não se pode perder de vista que, criar uma pessoa jurídica para a qual se transfere todos os bens particulares da família, delegando a gestão desses bens, pode abrir margem para diversos tipos de fraudes e abusos, tais como o esvaziamento do patrimônio pessoal a fim de se esquivar de dívidas contraídas. Diante de tanto, defende-se a possibilidade de aplicação, em situações concretas, da desconsideração inversa da personalidade jurídica, como forma de coibir abusos, fraudes ou inadimplência dos membros da família que figuram como sócios e/ou administradores dessa sociedade empresária (“holding” familiar), situação em que a autonomia patrimonial da empresa será ignorada, a fim de que seu patrimônio seja afetado para solver dívidas assumidas em nome dos sócios/administradores.

Nesses casos, imprescindível a constatação de que houve a intenção de fraudar na constituição daquela sociedade empresária, vez que, o Código Civil abarcou a Teoria Maior da desconsideração inversa da personalidade jurídica, a qual exige o abuso da pessoa jurídica como elemento essencial para sua caracterização. Não se ignora a dificuldade prática de provar a existência do elemento subjetivo traduzido no dolo de fraudar, no entanto, não se permite a banalização da desconsideração da personalidade jurídica sempre que se constatar fracasso ou prejuízo material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. **Holding imobiliária como Planejamento Sucessório**. Coleção Academia-Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Código Civil**, Brasília, DF, jan. 2002.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dez. de 1976. **Lei de Sociedade por Ações**, Brasília, DF, dez. 1976.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de set. de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, set. 1990.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. De 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DA SILVA, Fábio Pereira; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding Familiar. Visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

- DUTRA, Joel Souza; DUTRA, Tatiana Almendra. **Gestão do Processo Sucessório - Preservando o negócio e a estratégia**. São Paulo: Atlas, 2016.
- FRANCO, Kleiton Serrão. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC: interpretação à luz do poder econômico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017.
- GUIMARÃES, Márcio Souza. **Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Revista da EMERJ, v.7, n. 25, 2004. p. 229-243.
- MACHADO, Hendel Sobrosa. **Responsabilidade dos administradores e sócios além da desconsideração da personalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.
- MAMEDE, Gladston Mamede; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e suas vantagens**. São Paulo: Atlas, 2017.
- MAMEDE, Gladston Mamede; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães Nunes. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- OLIVEIRA, Michele Cristina Souza Colla De. **As Holdins Familiares e o planejamento sucessório no Direito Brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Empresarial, Centro Universitário Salesiano São Paulo. São Paulo, 2013.
- PARENTONI, Leonardo. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.
- PASQUALINI, Alexandre. **A família no mundo contemporâneo e a transferência de riqueza**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A fraude à lei**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- PRADO, Roberta Nioac; COSTALUNGA, Karime; KIRSCHBAUM, Deborah. Sucessão Familiar e Planejamento Societário II. In: **Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório**. Coordenadores: Roberta Nioac Prado, Daniel Monteiro Peixoto e Eurico Marcos Diniz de Santi. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E PROCESSO de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SOUSA, Mara de Oliveira e. **DESCARACTERIZAÇÃO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL DA PESSOA JURÍDICA: desconsideração da personalidade societária inversa**. Dissertação de Mestrado. Faculdade Milton Campos. Nova Lima, 2011.
- TAVARES, Marcelo Moraes. **A desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução e no cumprimento de sentença**. Dissertação de Mestrado. Faculdade Milton Campos.

Nova Lima/MG, 2008.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento Sucessório: Pressupostos e Limites**. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Como citar: REZENDE, Elcio Nakur; OLIVEIRA, Marcelle Mariá Silva de. A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica das “holdings” familiares. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 110-126, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p110. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 05/11/2018.

Aprovado em: 22/04/2019.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

GENERAL LAW ON DATA PROTECTION AND ITS
REFLECTIONS ON WORK RELATIONS

Lara Castro Padilha Ramos*
Ana Virgínia Moreira Gomes**

*Mestrado e andamento em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Especialista em Direito em 2014 pelo Centro Universitário Christus NICHISTUS)
Graduada em Direito em 2005 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
E-mail: lara_castro_padilha@msn.com

**Doutora em Direito em 2000 pela Universidade de São Paulo (USP)
Mestrado em Faculty of Law em 2009 pela University of Toronto (UTORONTO)
Graduada em Direito em 1994 pela Universidade Federal do Paraná (UFC)
E-mail: avmgomes@gamail.com

Como citar: RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p127. ISSN: 2178-8189

Resumo: A Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, promulgada em 14 de agosto de 2018 que entrará em vigor em 20 de fevereiro de 2020, regulamenta a proteção de dados pessoais, garante o exercício dos direitos da personalidade, e estabelece limites ao direito de acesso às informações de terceiros e à utilização de tais dados com intenções discriminatórias, ilícitas ou ilegais. O objetivo deste trabalho é analisar a nova lei, considerando se as suas diretrizes asseguram a efetiva proteção de dados pessoais nas relações de trabalho. A análise inicia-se com o exame do princípio constitucional da privacidade e sua evolução normativa, seguida dos fundamentos, princípios, objetivos e regras da LGPD. A terceira seção analisa as repercussões jurídicas da nova norma para a proteção dos dados dos trabalhadores nas relações de trabalho. O método utilizado é descritivo-analítico e qualitativo, e a pesquisa realizada é bibliográfica, através de livros e artigos sobre o tema. O estudo sugere que a LGPD trouxe uma gama de obrigações para as empresas, que terão de se adaptar e adotar medidas técnicas, administrativas e de segurança com vistas à proteção dos dados pessoais e sensíveis obtidos em decorrência das relações de trabalho.

Palavras-Chave: Princípio da privacidade. Proteção de dados. LGPD. Direito do trabalho.

Abstract: Law No. 13,709, General Law for the Protection of Personal Data - LGPD, promulgated on August 14, 2018 and will come into force on February 20, 2020, regulates the protection of personal data, guarantees the exercise of personality rights, and establishes limits to the right of access to the information of

third parties and the use of such data with discriminatory, illegal or illegal intentions. The purpose of this paper is to analyze the new law, considering whether its guidelines ensure the effective protection of personal data at work. The analysis starts with the exam of the constitutional privacy principle and its normative evolution, following by the study of the LGPD principles, objectives and rules. The third section analyzes the legal repercussions of the new norm for the protection of workers' data at work. The method used is descriptive-analytical and qualitative, and the research is bibliographical, through books and articles on the subject. The study suggests that the LGPD has brought a range of obligations for companies, which will have to adapt and adopt technical, administrative and security measures for the protection of personal and sensitive data obtained through the labor relation.

Keyword: Principle of privacy. Protection of data. General Law of Protection of Personal Data. Labor law.

INTRODUÇÃO

O atual cenário do desenvolvimento tecnológico facilitou o acesso às informações pessoais, inclusive a dados sensíveis, tanto pelo poder público quanto por entes privados, justificando a necessidade do desenvolvimento de novas formas de proteção da vida privada. No Brasil, essa necessidade veio a ser suprida pela promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPDP, Lei nº 13.709, em 14 de agosto de 2018. A lei entrará em vigor em 20 de fevereiro de 2020. Todavia, é importante que desde já a doutrina analise e reflita acerca de suas repercussões nos diferentes campos do direito. A Lei nº 13.709/2018, ao regulamentar a proteção de dados pessoais, garante o exercício dos direitos da personalidade, estabelecendo limites ao direito de acesso às informações de terceiros e à utilização de tais dados com intenções discriminatórias, ilícitas ou ilegais. O objetivo deste trabalho é analisar a nova lei, considerando se as suas diretrizes asseguram a efetiva proteção de dados pessoais nas relações de trabalho.

É neste sentido que se encontram os problemas a serem estudados. Esta pesquisa considera como se desenvolveu o instituto da proteção de dados e qual sua correlação com o princípio constitucional da privacidade, quais os fundamentos, objetivos, princípios e principais normas da LGPDP; como ocorreu o desenvolvimento da proteção de dados nas relações de trabalho; quais os limites ao tratamento de dados nas relações de trabalho e quais as repercussões da LGPDP nas relações de trabalho.

Para tanto, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo analisou-se os conceitos de privacidade e proteção de dados e seu surgimento e evolução na Europa e no Brasil. No segundo capítulo, examinou-se qual a fundamentação, os objetivos e princípios que nortearam a LGPDP e suas principais normas. No terceiro capítulo, debruçou-se sobre o desenvolvimento da proteção de dados nas relações de trabalho, os limites impostos ao instituto e as possíveis repercussões nas relações de trabalho provenientes da entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018.

Fez-se uso da pesquisa descritiva-analítica e qualitativa sobre: a) o princípio constitucional da privacidade e a proteção de dados, bem como seu desenvolvimento no continente europeu e no Brasil; b) a LGPDP, seus fundamentos, objetivos, princípios e principais dispositivos e c) as possíveis repercussões da legislação nas relações de trabalho. Por fim, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, através de livros e artigos o tema e as perspectivas da aplicação da legislação nas relações de trabalho.

1 PROTEÇÃO DE DADOS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE

O direito à privacidade passa a ser construído teoricamente a partir das mudanças ocorridas na sociedade com a ascensão da burguesia no século XVIII. Tendo em vista a modernização do espaço urbano, diversas atividades passaram a ser exercidas de forma particular pela população - fato que motivou o início das reflexões acerca da noção de privacidade.

O estudo do direito à privacidade tem como marco doutrinário inicial o artigo *the right to privacy* de Brandeis e Warren publicado na Harvard Law Review. A partir do relato da divulgação não autorizada na mídia de fatos acerca do casamento da filha de Warren, os autores tratam da privacidade não somente em relação à vida privada, mas como forma de proteção da personalidade e segurança de uma pessoa, que teria o direito de estar só (BRANDEIS; WARREN, 1980, p. 193).

A princípio, a privacidade tem como principal característica o individualismo exacerbado, condicionado ao isolamento social do indivíduo. A partir da segunda metade do século XIX, com o apogeu do liberalismo jurídico clássico, a privacidade apresenta seu caráter social ao colaborar com a criação de limites a serem obedecidos pela sociedade a fim de respeitar a vida privada de cada indivíduo, tornando-se pré-requisito de outras liberdades fundamentais (DONEDA, 2006, p. 16).

Marcel Leonardi (2012, p. 79) menciona que doutrina e jurisprudência já produziram diferentes conceitos sobre privacidade, os quais podem ser enquadrados em quatro categorias, resumidas a seguir: o direito de ser deixado só; o resguardo contra interferências alheias; o segredo ou sigilo e o controle sobre informações e dados pessoais. Entretanto, o autor conclui pela necessidade de haver um conceito plural de privacidade do modo mais amplo possível, ante sua caracterização como direito fundamental e direito da personalidade, podendo a proteção de dados ser considerada uma faceta do direito à privacidade sob a perspectiva de direito da personalidade humana.

Paralelo à consolidação do direito à privacidade como direito fundamental, ao longo do tempo do século passado e no início deste, as informações pessoais passaram a se tornar fonte de vantagens para quem as detém, sejam tais vantagens pessoais ou econômicas. O armazenamento e uso adequado dessas informações conferem maior poder de uns sobre os outros (COSTA; GOMES, 2017, p. 220).

Esse é o contexto da sociedade da informação, que, segundo Manuel Castells (1999, p. 21), é uma sociedade na qual a tecnologia é considerada indispensável em todos os ramos sociais, inclusive para o desenvolvimento da própria informação e construção do conhecimento pelos indivíduos, tendo como base ideal os valores de liberdade e comunicação. Forma-se uma nova estrutura social, de uma sociedade em rede. O crescimento do fluxo de informações aumentou o dinamismo da sociedade e, rapidamente, a captação de informações, dados pessoais, tornou-se estratégia interessante tanto para o Estado quanto para os entes privados com o objetivo de conhecer de forma aprofundada seus indivíduos e consumidores ou trabalhadores, respectivamente.

O interesse do Estado em adquirir informações está diretamente relacionado ao princípio da eficiência e do controle social, utilizando-se de pesquisas e censos para obtenção de maior conhecimento sobre a população e consequente aumento de seu poder de controle sobre os indivíduos. Já a importância da coleta de dados para os entes privados se evidencia a partir do desenvolvimento de tecnologias que diminuem o custo da coleta e tratamento de dados, transformando tais informações em utilidade para as empresas das mais diversas áreas de atuação, em especial às com fins comerciais e, na atualidade, com importante enfoque nas relações de

trabalho (DONEDA, 2006, p. 8).

Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – DUDH em seu artigo 12¹ assegura o direito de todos terem sua vida privada resguardada sem interferências ou ataques de terceiros. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, ratificado pelo Brasil mediante Decreto 592 de 06 de julho de 1992, em seu artigo 17², garante o direito à privacidade. Em âmbito nacional, o direito à privacidade é espécie do gênero dos direitos da personalidade, regulados pelo Código Civil Brasileiro – CCB, precisamente em seu artigo 21³ que trata da vida privada, e resguardados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5^o, inciso X⁴, que garante o direito à vida privada como direito fundamental.

O conceito de intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade. Já o conceito de vida privada abrange a intimidade, envolvendo todos os relacionamentos de uma pessoa, não só pessoais, mas também comerciais, trabalhistas, financeiras, dentre outras. Por privacidade entende-se o direito à manutenção de informações pessoais e da própria vida pessoal, definição das informações que podem ou não podem ser expostas. Pode ser também entendida como o controle de sua própria exposição e disponibilidade de informações acerca de si mesmo. A utilização do termo privacidade foi selecionada nesse artigo devido ao fato de ser gênero, abordando de forma ampla as espécies intimidade e vida privada (DONEDA, 2008, p.1).

A evolução do significado de privacidade na sociedade reflete no modo como o direito à privacidade deixa de se estruturar entre pessoa, informação e segredo para se estruturar entre pessoa, informação, circulação e controle. Com o advento do avanço tecnológico, o fluxo de informações e dados pessoais disponibilizados para terceiros é enorme e, a partir da perspectiva de proteção à vida privada e aos direitos de personalidade, o enfoque da privacidade como um direito egoísta e de individualismo exacerbado foi esfacelando-se (DONEDA, 2006, p. 14).

A utilização de dados pessoais coletados por instrumentos tecnológicos apresenta riscos aos seus proprietários, uma vez que possibilita a utilização indevida por parte de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas. Por esse motivo, normas sobre a proteção de dados vêm sendo adotadas em países com vistas à proteção da pessoa humana e seu direito à privacidade; por exemplo, na Alemanha, Espanha, Portugal, dentre outros na Europa e nos Estados Unidos (DONEDA, 2006, p. 15).

Entende-se por proteção de dados ou autodeterminação informativa a autonomia de cada indivíduo para utilizar seus próprios dados como desejar, em conjunto com uma série de garantias estabelecidas para se evitar que esses dados sejam utilizados de forma discriminatória

1 Artigo 12 – “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

2 Artigo 17 – “Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”.

3 Artigo 21 – “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

4 Artigo 5^o, X – “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

de modo a causar danos de quaisquer espécies aos indivíduos ou à coletividade. A Convenção 108 do Conselho da Europa conceitua a proteção de dados como quaisquer informações relativas a um indivíduo que possa ser identificado. O direito à proteção de dados é expressão da liberdade e dignidade e relaciona-se com a proteção da própria personalidade. A proteção de dados se destina a regular a utilização da informação pessoal durante sua submissão em quaisquer redes, pois é necessário encontrar equilíbrio entre a preservação da privacidade e os instrumentos tecnológicos e sua ampliação a cada inovação.

No âmbito dessa proteção, certas categorias de dados especiais, como os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins comerciais, pois o indivíduo não deve ser transformado em objeto sob vigilância constante (RODOTÁ, 2008, p. 19). São considerados dados sensíveis informações pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, bem como dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural, a fim de controlar e manipular seus cidadãos ou clientes e trabalhadores, respectivamente.

Com o objetivo de limitar o uso de dados pessoais por terceiros e garantir o controle e a proteção dos dados por parte de seu titular, princípios gerais basilares sobre proteção de dados foram estabelecidos. Dentre esses, listam-se os princípios da finalidade, da transparência ou publicidade, da adequação, do livre acesso, da necessidade e da qualidade de dados.

O princípio da finalidade determina que a coleta de dados ocorra somente quando seu uso e finalidade forem específicos, legítimos e explícitos. O princípio da transparência ou publicidade expõe a obrigatoriedade do fornecimento de informações claras e precisas aos titulares dos dados pessoais. Já o princípio da adequação dispõe sobre a imprescindibilidade de adequação e relevância no tratamento de dados de acordo com as expectativas do titular.

A garantia de consulta descomplicada e gratuita é premissa do princípio do livre acesso. O princípio da necessidade está diretamente relacionado à limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades. Por fim, a qualidade dos dados os mantém sempre atualizados e claros em consonância com o princípio da finalidade dos dados, facilitando sua detecção.

Alicerçado nos princípios basilares de proteção de dados, o tratamento autônomo da proteção de dados tem se desenvolvido doutrinária e jurisprudencialmente por quatro décadas, iniciando-se na década de 60 (BRASIL, 2010, p. 40). Durante esse período diferentes gerações de normas foram adaptadas de um enfoque restrito para um mais geral com técnicas mais específicas aplicáveis às tecnologias adotadas para o tratamento de dados. As leis de proteção de dados foram desenvolvidas em decorrência da necessidade dos países em delinear qual o limite das informações pessoais que podem ser públicas e que devem permanecer privadas.

A Europa é considerada pioneira quando se trata da proteção de dados e sua regulamentação. A Alemanha foi o primeiro país europeu a formular uma lei sobre proteção de dados – a *Datenschutzgesetz*, Lei de Proteção de Dados -, em 1970, o que, posteriormente, impulsionou

a proteção do tema em âmbito nacional, intitulada de *Bundesdatenschutzgesetz*, Lei Federal de Proteção de Dados, no ano de 1979. Em 1983, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o direito à autodeterminação informativa (FORTES, 2016, p. 154).

Após 23 anos da publicação da primeira legislação acerca da proteção de dados, em 1993, o continente europeu organiza-se em um bloco econômico, político e social denominado União Europeia – UE. A UE possui instrumentos legais para efetivar o cumprimento de suas decisões, diretivas e regulamentos por parte dos Estados-membros signatários. Nesse contexto, foi aprovada a Diretiva 95/46/CE sobre a proteção de dados, em 24 de outubro de 1995, com objetivo de se obter tratamento equivalente sobre a temática dentre os Estados-membros da UE.⁵

A Diretiva 95/46/CE trata sobre o conceito de dados pessoais, que alcançam não somente informações textuais, como também fotografias, imagens audiovisuais e registros de sons relacionados a certa pessoa. No conceito de proteção, inclui-se que essa seja feita também para pessoas póstumas. A diretiva estabelece princípios sobre a proteção de dados pessoais como lealdade, licitude e transparência, limitação à finalidade, adequação, exatidão, necessidade e duração da retenção de dados e segurança; disciplina sobre o consentimento e as hipóteses de vedação, como regra geral, ao tratamento de dados sensíveis, os que revelam origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical e dados relativos à saúde e vida sexual; discorre sobre os direitos do titular de dados e a proibição da transferência internacional de dados.

Em 2016, foi aprovado o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados 679, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, reformulando a legislação de proteção de dados do continente europeu, de forma a revogar a Diretiva 95/46/CE.⁶ A reforma foi proposta com base no caráter geral e vinculante que os regulamentos apresentam para todos os seus elementos, objetivos e meios, com o propósito de uniformizar os meios de aplicação das regras estabelecidas, além de ajustar a legislação às mudanças de conjuntura na sociedade ocasionadas pelo acesso à informação na atualidade.

A base do Regulamento 679 continua praticamente idêntica à base da diretiva 95/46/CE com manutenção de boa parte do texto da diretiva. O novo regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais das pessoas físicas, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, e por meios automatizados ou não automatizados de dados pessoais contidos ou destinados no contexto das atividades de um estabelecimento. A inovação ocorre em relação ao aumento da restrição de tratamento de dados, tornando-se mais recorrente a necessidade de consentimento e à restrição sobre o consentimento de menores de 16 anos de idade, que deverá ser feito pelos responsáveis do menor.

No Brasil, o texto constitucional prevê a hipótese de proteção da privacidade e dados

5 Os Estados-membros devem buscar alcançar o objetivo estabelecido na Diretiva, mas possuem discricionariedade para determinar quais meios serão utilizados na investida de seu cumprimento. Ressalta-se que a diretiva deve ser internalizada na legislação nacional dos países signatários dentro do prazo determinado em seu texto.

6 O Regulamento vincula tanto os objetivos estabelecidos quanto o meio que deve ser utilizados para alcançar sua finalidade.

pessoais em seu artigo 5º, inciso LXXII⁷, através do habeas data, que é o remédio constitucional utilizado para assegurar ao impetrante conhecimento de quais dados pessoais encontram-se à disposição de órgãos públicos ou para a ratificação desses dados. Danilo Doneda (2006, p. 104) afirma, porém, que a ação constitucional não possui instrumentos suficientes para torná-la eficaz de modo a garantir a proteção de dados pessoais.

A Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011 é a primeira legislação acerca do tratamento de dados e da internet e regulamentou o inciso XXXIII do artigo 5º⁸ da Constituição, assegurando o direito fundamental de acesso às informações produzidas e armazenadas por órgãos públicos de todas as esferas.

Foram introduzidas, por meio da Lei de Acesso à Informação, garantias de direito à informação sobre dados institucionais dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal; dados gerais para o acompanhamento de programas e ações de órgãos e entidades; inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos controles interno e externo; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; procedimentos licitatórios; formas de solicitação de informações⁹.

Destaca-se a regra geral de obrigatoriedade de consentimento para acesso ou divulgação de dados com exceção de casos como: cumprimento de ordem judicial, direitos humanos, e pesquisas científicas que sejam de cunho relevante à sociedade com interesse público ou geral, casos nos quais o interesse público deve sobrepor-se ao interesse privado. Para complementar a Lei de Acesso à Informação, em 2012, foi promulgada a Lei nº 12.373 que versa sobre crimes cibernéticos, destacando-se o crime de invasão de dispositivo informático, tipificado no artigo 154-A do Código Penal, que reforça a preocupação do legislador com a proteção de dados pessoais.

Em 2014, após debates entre o governo e sociedade sobre a necessidade de regulação mais específica e atualizada sobre a matéria, a Lei nº 12.965, denominada de Marco Civil da Internet, foi promulgada, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país. Segundo Vinícius Borges Fortes (2016, p. 120), o marco civil representa o maior avanço normativo brasileiro relacionado ao uso da internet, reconhecendo direitos aos cidadãos dentro do contexto da internet.

Os pilares do Marco Civil da Internet são a neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão. A Lei nº 12.965/2014 versa sobre os direitos dos usuários da internet com ênfase na proteção da privacidade e vida privada, conforme artigo 7º, inciso I¹⁰, e na proteção de dados pessoais, em seu artigo 3º, inciso III¹¹. Por não ser uma legislação específica sobre proteção

7 Artigo 5º, LXXII - “Conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

8 Artigo 5º, XXXIII - “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

9 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

10 Artigo 7º - “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

11 Artigo 3º - “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei”.

de dados, muitos conceitos não foram demarcados. Dessa forma, o Decreto 8.771/2015 surgiu para regulamentar o Marco Civil da Internet e tutelar sobre a proteção e tratamento de dados, mas apresentou-se silente em relação ao conceito de dados pessoais.

Dada a insuficiência do sistema normativo, em 2018, a partir das diretrizes europeias sobre regulamentação de proteção de dados, o Brasil publicou a LGPDP, Lei nº 13.709, que altera o Marco Civil da Internet e trata sobre a proteção de dados de forma específica.

2 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A LGPDP, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, é a legislação brasileira que determina como os dados pessoais dos cidadãos podem ser coletados e tratados e quais punições, decorrentes de eventuais transgressões, devem ser aplicadas. A lei de proteção de dados cria um vínculo jurídico entre o indivíduo e seus dados, justificado pela identidade da informação, isto é, dos dados com a pessoa.

A partir da vulnerabilidade de dados pessoais disponibilizados, mormente os expostos na internet, o governo brasileiro optou por criar legislação específica sobre a proteção de dados pessoais. A LGPDP adveio do Projeto de Lei 53/2018, que se baseou nas diretrizes do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia, e, após aprovação nas duas casas legislativas, foi sancionado pelo Presidente da República em exercício, Michel Temer. A lei passará a ter eficácia em 15 de fevereiro de 2020 em todo território nacional, ou seja, determinou-se período de 18 meses para adaptação do governo, empresas e sociedade.

A LGPDP dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Baseia-se na livre iniciativa, no desenvolvimento econômico e tecnológico do país, em consonância com a dignidade e o exercício da cidadania.

Dentre os princípios da LGPDP, destacam-se o da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas. Segundo o princípio da finalidade, os dados somente devem ser utilizados para as finalidades específicas para as quais foram coletados e informados aos seus titulares. O princípio da adequação trata da compatibilização do uso dos dados com a finalidade informada. A limitação do uso do dado ao mínimo necessário para se atingir a finalidade desejada reflete o princípio da necessidade.

O livre acesso relaciona-se com as garantias, aos titulares dos dados, de informações facilitadas, que devem ser disponibilizadas de forma gratuita, caso haja requerimento por parte do titular. A qualidade de dados garante exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados. Já o princípio da transparência deve ser aplicado no intuito de oferecer dados claros e precisos sobre a realização do tratamento e agentes de tratamento. O princípio da segurança visa à proteção dos dados de acesso pessoais não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda,

alteração, comunicação ou difusão de dados.

O princípio da prevenção decorre da adoção de medidas com o objetivo de precaver a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais. O princípio da não discriminação impossibilita que os dados sejam usados para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Por fim, a responsabilização e prestação de contas devem ocorrer fundamentadas na demonstração da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento das normas de proteção de dados por parte do agente.

De acordo com o artigo 17, a lei cita como seu destinatário “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”. Dentre os direitos que o titular dos dados pessoais possui, destaca-se o direito de acesso, que garante a obtenção de todos os dados pessoais que estão sendo tratados, mediante requisição aos controladores e, em consequência, os direitos de retificação e atualização, haja vista a obrigação dos agentes de os manter sempre corretos e atualizados.

Ademais, citam-se, ainda, como direitos do titular de dados o direito de confirmação da existência de tratamento; de anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na lei; de portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto; de eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; de informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; de informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e de revogação do consentimento, a ser realizada de forma gratuita¹².

O artigo 5º da legislação define dado pessoal como qualquer informação que identifique precisamente ou torne identificável uma pessoa natural, assim como nomes, domicílio, números de telefone, infrações administrativas e penais, dentre outras. A determinação da característica da pessoalidade de um dado advém da possibilidade de se identificar uma pessoa concretamente, diferenciando-o do restante da coletividade. Por sua vez, como já ressaltado, dado pessoal sensível é aquele que versa sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, estado de saúde ou vida sexual de uma pessoa natural.

Por tratamento entende-se toda operação, automatizada ou não, realizada com dados pessoais, tais como a coleta, utilização, acesso, transmissão, processamento, arquivamento, armazenamento ou transferência. Qualquer operação de tratamento de dados pessoais realizada no território nacional, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, cujos titulares estejam localizados no Brasil, ou que tenha por finalidade a oferta de produtos ou serviços no Brasil, estão sujeitos à LGPD, que passa a exigir o consentimento expresso do usuário para esta operação¹³ (BRASIL, 2018).

O artigo 4º da lei lista exceções à aplicação ao tratamento de dados pessoais, quais sejam

12 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

13 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

as hipóteses de tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos e os realizados exclusivamente para fins jornalístico, artístico ou acadêmico; de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais e de dados em trânsito, ou seja, aqueles que não tem como destino agentes de tratamento no Brasil¹⁴.

O consentimento deve ocorrer por manifestação livre e inequívoca do titular, por escrito, expressando sua concordância com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, não sendo admitidas autorizações genéricas, sendo vedado o tratamento, caso a autorização tenha sido obtida mediante vício de consentimento.

Denota-se a criação de agentes de tratamento de dados pessoais, denominados controlador e operador, que podem ser uma pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado. Exercem a função de manter o registro das operações de tratamento de dados que realizarem, sendo função do controlador, especificamente, decidir sobre o tratamento de dados pessoais, enquanto a função exercida pelo operador é a realização do tratamento por ordem do controlador.

Conforme o artigo 46, os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Qualquer incidente deve ser comunicado à autoridade nacional, órgão da administração pública indireta responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da lei, e à vítima, titular dos dados, em prazo razoável e com descrição minuciosa dos dados afetados e indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas, bem como as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

A criação da autoridade nacional foi vetada pelo Poder Executivo, pois implicaria em inconstitucionalidade do processo legislativo por trazer vício de iniciativa, uma vez que a iniciativa pertence ao Presidente da República, que já sinalizou concordância com a criação do órgão, e que enviará um projeto de lei para essa finalidade.

Outro aspecto relevante é o fluxo de dados para outros países, a chamada transferência internacional de dados, que somente será permitida para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais compatível com a lei brasileira ou mediante oferecimento de garantias do regime de proteção de dados local.

As empresas ficam responsáveis por, através de seus agentes de tratamento, elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais, com descrição dos tipos de dados coletados, o fundamento da coleta e a metodologia utilizada para a coleta e garantia da segurança das informações, no que resulta na importância da contratação e consultoria de empresas especializadas em segurança da informação confiáveis.

Isto posto, percebe-se importante papel a ser exercido pelas empresas em relação à proteção de dados pessoais. A seguir, serão apontadas possíveis repercussões normativas provenientes da LGPDP nas relações de trabalho.

14 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

3 REPERCUSSÕES NORMATIVAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A relação entre trabalho e tecnologia tem início com a evolução de ferramentas utilizadas para o mercado agrícola e a transferência da força humana para as máquinas com o advento da Revolução Industrial. O objetivo da inserção da tecnologia no mercado de trabalho foi o de aumentar a produtividade, facilitar e melhorar as condições de trabalho humano, bem como promover, em teoria, maior disponibilidade de tempo livre para os trabalhadores (GOOS, 2018, p. 2). Na atualidade, vivencia-se a revolução informacional, modelo de desenvolvimento que privilegia o uso da tecnologia (CASTELL, 1999, p. 21).

As relações de trabalho e as formas de trabalho vêm se adaptaram às mudanças tecnológicas e sua constante evolução no mercado. O progresso tecnológico e o acesso mais rápido a informações tiveram papel relevante e benéfico, pois possibilitaram o uso de instrumentos tecnológicos pelo trabalhador, facilitadores da execução das atividades laborais, tornando o trabalho mais ágil e menos dispendioso em relação ao tempo, gerando maior produtividade e lucratividade para as empresas. Em contrapartida, essas ferramentas tecnológicas permitiram ao empregador um maior controle e vigilância sobre os empregados, afetando o modo como o poder diretivo pode ser exercido (COSTA; GOMES, 2017, p. 223).

Segundo Maurício Godinho Delgado (2002, p. 608), o poder empregatício é o poder exercido pelo empregador sobre seus empregados e divide-se em poder diretivo, regulamentar, disciplinar e fiscalizatório. O poder diretivo é o poder exercido pelo empregador a fim de organizar sua empresa em relação às atividades, funções e cargos a serem desenvolvidos. O regulamentar caracteriza-se pelos meios formais e informais utilizados para concretizar o poder diretivo. Já o poder disciplinar permite punição aos trabalhadores que violem normas de contrato de trabalho e, por último, o poder fiscalizatório é aquele que permite ao empregador verificar e acompanhar as atividades de seus empregados.

O poder fiscalizatório do empregador, em razão do progresso da informática, passou a contar com novos instrumentos para o seu exercício, que o tornam mais constante e evidente. Incluem-se no monitoramento eletrônico, por exemplo, o monitoramento de e-mails e vídeos, o rastreamento de computadores e localização dos trabalhadores, uso do telefone, os sítios navegados pelos empregados. A partir de uma base de dados conhecida como “big data”, é desenvolvido um sistema que analisa grande quantidade de dados para revelar padrões ocultos que podem auxiliar na tomada de decisões empresariais futuras e imediatas (STEFANO, 2018, p. 15). A partir do uso da “big data”, iniciou-se a utilização de processo ou método de gestão de recursos humanos para capturar estimativas de desempenho no trabalho denominada “people analytics”.¹⁵

Segundo Jorge Luiz Souto Maior (2006, p. 92), apesar de, sob a ótica da filosofia moderna, o trabalho dignificar o homem; contraditoriamente, a utilização da tecnologia no ambiente de trabalho pode retirar a dignidade humana, impondo restrições aos direitos de personalidade do

15 Para um levantamento da literatura sobre o tema, ver Giacumo; Breman (2016).

empregado na medida em que a tal tipo de fiscalização no trabalho pode interferir e desrespeitar sua intimidade e privacidade. A obtenção de informações importantes acerca da vida dos indivíduos passou a ser facilmente adquirida. O controle de e-mails, informações disponibilizadas em redes sociais e a utilização de aplicativos de conversas *online*, que facilitam a comunicação constante entre as pessoas, são benéficos em termos gerais, mas maléficos para as relações de trabalho caso utilizados sem ponderação por parte dos empregadores, circunstância que pode acentuar o desequilíbrio entre as partes nas relações de trabalho.

Empregadores, movidos pela revalorização do caráter pessoal nas relações de trabalho, valem-se de tratamento de dados pessoais de candidatos a postos de trabalho e de trabalhadores que servem de critérios para decisões sobre contratação, manutenção da relação laboral, promoções ou desligamento da empresa. Em certas situações, o trabalhador ou candidato é invadido em sua privacidade, sendo avaliado por características pessoais que não se referem à qualificação necessária para a função a ser exercida. Até mesmo sem o conhecimento do trabalhador, o levantamento dos dados pessoais pode levar à violação de direitos fundamentais do trabalhador. Citam-se como exemplos de excessivos levantamentos de dados pessoais a aplicação de testes genéticos, exames toxicológicos, questionamentos sobre orientação sexual e opinião política em casos de seleção de empregados. Além do levantamento para uso da própria empresa, os dados do empregado podem ser vendidos pela empresa, o que constitui outro exemplo de invasão de privacidade.

Valerio de Stefano (2018) cita que regras e negociações coletivas acerca do tema são essenciais para estancar casos abusivos, tais quais, recrutamentos a partir da utilização de dados pessoais, aplicados, mormente, nas contratações nas quais o trabalho requer relação de confiança mais intensa entre empregador e empregado. A contratação de trabalhadores domésticos na função de cuidar de crianças, por exemplo, que envolva a captação de dados pessoais e análise de personalidade por programas que conseguem determinar, a partir das informações coletadas, os riscos (probabilidade de envolvimento com drogas, linguagem e utilização de mídias inapropriadas, dentre outras) que o trabalhador pode oferecer à criança.

A aplicação da LGPD é essencial para resgatar o equilíbrio na relação de trabalho entre empregador e empregado a partir da necessidade de autorização para coleta de dados por parte do trabalhador e da imposição de limites ao tratamento de dados no âmbito das relações laborais que garantam o respeito aos direitos fundamentais à privacidade, proteção de dados, liberdade e dignidade humana dos trabalhadores. Outrossim, devem ser aplicados os princípios do Direito do Trabalho e considerado o Repertório de Recomendações Práticas da Organização Internacional do Trabalho¹⁶ (OIT, 2019), que trata sobre a proteção de dados dos trabalhadores.

O Repertório de Recomendações e Práticas de Proteção de Dados dos Trabalhadores fora implementado em 1997 pela Organização Internacional do Trabalho com o propósito de fornecer orientação sobre a proteção de dados pessoais do trabalhador, estabelecendo preceitos

16 Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf

como o processamento de dados de forma legal e justa e somente quando relevante para o emprego do trabalhador; utilizado apenas para o propósito inicialmente determinado e, em caso de processamento para fins diversos do inicialmente estabelecido, garantir sua compatibilidade com a finalidade original, bem como evitar interpretações errôneas; a não utilização de dados coletados para controlar o comportamento dos trabalhadores; não vinculação dos dados coletados com o desempenho do trabalhador; informação aos trabalhadores sobre quaisquer processos de coleta de dados a seu respeito; a não utilização de dados como justificativa para quaisquer tipos de preconceito e discriminação; a não renúncia dos trabalhadores aos seus direitos e a necessidade de uma cláusula de confidencialidade por parte de quem manipula e coleta tais dados (OIT, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em 14 de agosto de 2018, entrará em vigor em 15 de fevereiro de 2020, fazendo-se necessária a análise dos possíveis impactos que causará nas relações de trabalho como em processos seletivos, prática de armazenamento de currículos, repasse de dados a terceiros, sindicatos e ao poder público, bem como o tratamento de dados a ser realizado por ele. Do sistema da LGPD, deduz-se inicialmente duas regras gerais a serem aplicadas nas relações de trabalho: primeiro, a regra de proteção aos dados sensíveis do trabalhador; segundo, a regra do consentimento, conforme a qual o empregador deve informar ao trabalhador a realização de levantamento de dados, assim como as consequências do consentimento e fornecimento de tais informações.

No que concerne à proteção aos dados sensíveis, a regra geral é a de que o trabalhador não terá realizado o tratamento de seus dados especialmente protegidos, isto é, os dados sensíveis. Somente em casos nos quais há o conhecimento de tais dados constitui informação essencial para a realização da atividade. Por exemplo, casos de trabalhos nos quais se enquadrem em atividade de risco, sendo necessário o conhecimento do quadro clínico de saúde do trabalhador, como cumprimento de norma de segurança laboral, para verificar se esse apresenta condições de exercer o a atividade mediante condições adversas. Deve-se demonstrar, portanto, interesse legítimo para acesso aos dados sensíveis, justificando a renúncia pontual do empregado em relação à proteção de seus dados.

A segunda regra trata da necessidade de o empregador informar ao trabalhador ou candidato ao emprego se coletas de dados serão feitas, bem como informar as consequências do consentimento e fornecimento de tais informações. Tendo em vista a extrema importância do direito ao consentimento, limites a esse também são aplicáveis. Devido à hipossuficiência do trabalhador ou mesmo candidato nas relações de trabalho, nem sempre seu consentimento será espontâneo. Neste sentido, existem limites gerais às regras de consentimento que partem da consideração realista da situação ao observar-se os desníveis existentes entre empregado ou candidato e empregador, que podem, porventura, inibir sua liberdade de escolha (FONS, 2005, p. 39). As hipóteses de dispensa de consentimento devem ser previamente estabelecidas entre empregador e empregado, uma vez que algumas situações dispensam a exigibilidade de consentimento do empregado como, por exemplo, a coleta de dados essenciais à continuidade da relação de trabalho ou para o cumprimento do contrato (FONS, 2005, p. 40).

A seguir serão examinadas hipóteses específicas de utilização de dados dos trabalhadores pela empresa que potencialmente incompatíveis com o sistema estabelecido pela LGPD.

A responsabilidade das empresas, no Direito do Trabalho, existe antes mesmo de consolidação de vínculo empregatício, ou seja, já na fase pré-contratual, durante o processo seletivo. Um dos princípios basilares da LGPD é o da não discriminação, não podendo uma pessoa ser prejudicada a partir de informações constadas em seus dados pessoais. Portanto, em processos seletivos, devem ser evitados anúncios que exijam requisitos conceituados pela legislação, especialmente, como dados sensíveis, por exemplo, estipular qual o gênero da pessoa, estado civil, religião, opção sexual, de forma injustificada. No mesmo sentido, já dispunha a Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

A discriminação em processo seletivo com base em dados pessoais ofende os direitos humanos do candidato, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição; direitos constitucionais como inviolabilidade à vida, à liberdade e à igualdade, bem como à intimidade e à vida privada, respectivamente no artigo 5º, caput e inciso X da Constituição ; o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, expresso em seu artigo 3º, inciso IV, de promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Também ofende o direito social ao trabalho, artigo 6º da Constituição; além de direitos trabalhistas que vedem a discriminação como a proibição de critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil e discriminação de salários, contidos no artigo 7º da Constituição. A escolha de critérios para seleção de candidatos a um posto de trabalho, especialmente em relação aos dados pessoais solicitados aos candidatos, deve se pautar por essas normas. O setor de recursos humanos das empresas deve ter treinamento adequado para desenvolver critérios e práticas não discriminatórias.

Outra repercussão que pode vir à tona a partir da vigência da LGPD é a prática de armazenamento de currículos em banco de dados, pelas empresas, a serem utilizados em seleções posteriores. As empresas terão de solicitar o consentimento dos candidatos para que possam mantê-los e utilizar-se dessa prática tão comum com vistas à segurança das informações pessoais contidas nos bancos de dados. Outrossim, dados relativos a qualificações profissionais podem ser utilizados com o escopo de beneficiar, proporcionar vantagens ao trabalhador, devendo ser pautados no princípio da finalidade, ou seja, a finalidade do tratamento de dados deve ser legítima e restrita ao assunto laboral determinado no caso concreto.

No caso de empresas que oferecem serviços de plano de saúde, seguro de vida, dentre outros aos seus empregados, os contratos de trabalho deverão conter cláusulas específicas sobre a proteção de dados pessoais, pois as empresas não poderão repassar dados de seus empregados a terceiros sem autorização, tornando-se necessária, inclusive, revisão dos contratos entre as empresas e essas prestadoras de serviço a fim de atualizarem os contratos em consonância com a

LGPDP.

O envio de informações sobre empregados para sindicatos também irá requerer cautela, devendo-se verificar se há previsão em lei ou norma coletiva ou consentimento do empregado desde que seja demonstrada finalidade, necessidade e adequação específicas para que a transmissão de dados ocorra.

Em relação ao tratamento de dados pelo poder público, a LGPDP o permite desde que atendida a finalidade pública na persecução do interesse público. Tânia Gonçalves e Marcello Varella (2018, p. 519) ressaltam a antinomia existente, nos casos que envolvam o tratamento de dados pelo poder público, do princípio constitucional da publicidade, pautado pelo acesso à informação, e do princípio constitucional da privacidade, que abrange a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Como ambos são princípios constitucionais não há hierarquia entre os mesmos, e, ainda que a regra geral seja a prevalência do interesse público sobre o privado, deve-se haver solução sobre qual princípio deve prevalecer tão somente a partir da análise do caso concreto. Vieira (2002, p. 28) cita que só será justificável o interesse particular se sobrepujar sobre o público se não houver outra forma na qual o interesse em questão possa ser realizado.

Por fim, quanto à transmissão de dados de empresas para órgãos públicos, necessários para a execução de políticas públicas, como, por exemplo, envio de dados para declaração de Imposto de Renda – IR, recolhimento de valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, para o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED ou Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, não há necessidade de consentimento do empregado, pois são hipóteses previstas em lei.

CONCLUSÃO

A proteção de dados constitui uma forma de regular a utilização da informação pessoal durante seu tratamento, após o colhimento de tais dados, por meios eletrônicos ou não, para o poder público ou para esferas privadas, independentemente da utilização à qual sejam destinadas tais informações. A proteção de dados, além de fornecer proteção aos direitos constitucionais da liberdade, igualdade e vida privada, é uma forma indireta de proteção da pessoa e de sua dignidade.

A partir da percepção da necessidade de proteção das informações, normas foram elaboradas na tentativa de controlar tamanha difusão de dados, com potenciais efeitos negativos e discriminatórios. O continente europeu foi o pioneiro sobre a temática e regulamentação da matéria, destacando-se a Diretiva Europeia 95/46/CE que dispôs sobre os princípios para proteção de dados, quais sejam o princípio da finalidade, da transparência ou publicidade, da adequação, do livre acesso, da necessidade e da qualidade de dados.

No Brasil, a proteção de dados somente foi regulada em 2011 a partir da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, assegurando o direito fundamental de acesso às informações

produzidas e armazenadas por órgãos públicos de todas as esferas. Para complementar a Lei de Acesso à Informação, em 2012, foi promulgada a Lei nº 12.373, que versa sobre crimes cibernéticos, destacando-se o crime de invasão de dispositivo informático, tipificado no artigo 154-A do Código Penal, que reforça a preocupação do legislador com a proteção de dados pessoais.

Em 2014, após debates entre o governo e sociedade sobre a necessidade de regulação mais específica e atualizada sobre a matéria, a Lei nº 12.965, denominada de Marco Civil da Internet, é promulgada, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país. Por não ser uma legislação específica sobre proteção de dados, importantes conceitos não foram demarcados. Dessa forma, o Decreto 8.771/2015 veio para regulamentar o Marco Civil da Internet e tutelar sobre a proteção e tratamento de dados, mas apresentou-se silente em relação ao conceito de dados pessoais.

A necessidade de legislação específica sobre o tema tornou-se imperativa e, em 2018, a partir das diretrizes europeias sobre regulamentação de proteção de dados, o Brasil publicou a LGPD, Lei nº 13.709, que altera o Marco Civil da Internet e trata sobre a proteção de dados de forma específica.

O progresso tecnológico e o acesso mais rápido a informações tiveram papel relevante no desenvolvimento das atividades laborais, pois possibilitaram o uso de instrumentos tecnológicos pelo trabalhador, facilitadores da execução das atividades laborais, tornando o trabalho mais ágil por meio de tarefas que antes só podiam ser realizadas manualmente e com grande dispêndio de tempo, gerando maior produtividade e lucratividade para as empresas.

Em contrapartida, as relações de trabalho tornaram-se mais frábil do ponto de vista da exposição dos empregados a partir da captação de informações pelos empregadores, por meios eletrônicos, principalmente, uma vez que tais dados podem ser utilizados de forma estratégica para fins mercantis desde o conhecimento de características pessoais de empregados e candidatos a contratação, até suas atividades cotidianas, crenças religiosas e orientação sexual. Todos os dados podem ser operados para estimular contratação, manutenção da relação laboral ou desligamento de empresas.

A LGPD trouxe uma gama de obrigações para as empresas, que terão de se adaptar e adotar medidas técnicas, administrativas e de segurança com vistas à proteção dos dados pessoais e sensíveis obtidos em decorrência das relações de trabalho. Dessa forma, é necessário planejamento para verificar se os contratos realizados entre empregadores, empresas e empregados, bem como entre empresas e prestadores de serviços, como empresas de planos de saúde, seguro de vida, dentre outros, estão em consonância com as exigências estabelecidas pela LGPD; avaliar se os colaboradores também possuem noção de responsabilidade sobre as informações para evitar vazamentos de dados; buscar consultoria especializada em segurança da informação a fim de evitar penalidades administrativas ou ações de responsabilização civil por eventuais danos causados.

REFERÊNCIAS

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente**

de Trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. São Paulo: LTr, 2002.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 06 novembro 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 novembro 2018.

_____. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.** Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm. Acesso em: 16 novembro 2018.

_____. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia / Escola Nacional de Defesa do Consumidor;** elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 06 novembro 2018.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 16 de novembro de 2018.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 16 novembro 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade da informação: economia, sociedade e cultura - v. 1.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação nas relações de trabalho em virtude da coleta de dados sensíveis. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 214-236, jul. 2017.

DACHERI, Emanueli; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O impacto da tecnologia nas relações de trabalho: uma análise à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores. **Revista de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.** São Paulo. v. 3, n. 2, p. 66-87, jul/dez. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em 18 dezembro 2018.

FONS, Daniel Martínez. Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo. In: **Derecho social y nuevas tecnologías**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GIACUMO, Lisa A.; BREMAN, Jeroen. “Emerging evidence on the use of big data and analytics in workplace learning: a systematic literature review.” **Quarterly Review of Distance Education**, vol. 17, no. 4, 2016, p. 21+. Academic OneFile, http://link.galegroup.com/apps/doc/A493448340/AONE?u=utoronto_main&sid=AONE&xid=19cffbd8. Accessed 13 Dec. 2018.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado; VARELLA, Marcello D. Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 14, n. 2, p. 513-536, maio/ago. 2018.

GOOS, Maarten. 2018. “The Impact of Technological Progress on Labour Markets: Policy Challenges.” **Oxford Review of Economic Policy** 34 (3): 362-375. doi:10.1093/oxrep/gry002. http://resolver.scholarsportal.info/resolve/0266903x/v34i0003/362_tiotpolmpc.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador**. São Paulo: Ltr, 2010.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 92, jan./jun. 2006.

STEFANO, Valerio de. Collective bargaining of platform workers: domestic work leads the way. **Regulating for globalization**. 10 dezembro 2018. Disponível em: <<http://regulatingforglobalization.com/2018/12/10/collective-bargaining-of-platform-workers-domestic-work-leads-the-way/>>. Acesso em: 19 dezembro 2018.

_____. Valerio de. “**Negotiating the algorithm**”: Automation, artificial intelligence and labour

protection. Geneva: International Labour Organization, 2018.

Oficina Internacional del Trabajo. **Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

PORTUGAL, Comissão Nacional de Proteção de Dados. **Convenção 108**. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 06 novembro 2018.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Como citar: RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p127. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 29/01/2019.

Aprovado em: 04/07/2019.

A INFLUÊNCIA DO CONTEXTO ECONÔMICO NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: NA VIDA A GENTE PEDE O QUANTO QUER E RECEBE O QUANTO PODE.

THE INFLUENCE OF THE ECONOMIC CONTEXT ON JUDICIAL INTERPRETATION: IN LIFE WE ASK FOR AS MUCH AS WE WANT AND RECEIVE AS MUCH AS WE CAN.

Alessandra Cavalcante Scherma Schurig*
Júlio César de Sá Rocha**

*Mestra em Direito em 2019 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Especialista em Direito em 2013 pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL)
Especialista em Direito do Estado em 2017 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Graduada em Direito em 2009 pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL)
E-mail: alessandra.schurig@hotmail.com

** Pós-Doutor em 2012 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Doutor em Direito em 2001 pela Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Mestre em Direito em 1997 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Especialista em Direito Administrativo em 1995 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Graduação em Direito em 1992 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
E-mail: juliorochaufba@gmail.com

Como citar: SCHURIG, Alessandra Cavalcante Scherma. ROCHA, Júlio César de Sá. A influência do contexto econômico na interpretação judicial: na vida a gente pede o quanto quer e recebe o quanto pode. WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 147-165, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p147. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a dialética existente entre sistemas econômico, social e jurídico permitindo a rejeição de uma visão metafísica em favor de uma contextualização do direito em bases historicistas e contextuais, repensando o papel do Poder Judiciário diante da complexidade ambiental enfrentada pela hermenêutica judicial que deverá manter a juridicidade da compreensão e das respostas ao mesmo tempo que considera as racionalidades advindas dos demais sistemas.

Palavras-chaves: Economia; Direito; Interpretação; Sistemas.

Abstract: This article aims to analyze a dialectic between economic, social and legal systems, allowing the rejection of metaphysical in favor of a contextualization of judicial system on historical and contextual bases, rethinking the role of judicial power face off environmental complexity faced by judicial hermeneutics that should maintain the juridicity of comprehension and responses while considering the rationalities arising from other systems

Key words: Economy, Law, Interpretation, Systems.

INTRODUÇÃO

Discorrer sobre a visão mais fundamental, inicial e simples sobre o que é um direito é uma via necessária para a abordagem posterior e mais complexa de temas hermenêuticos. Muitas vezes será a definição adotada do que é um direito que acaba por pautar todo o caminho argumentativo. Ou seja, será a base que irá traçar a hermenêutica posterior.

Assim, pode-se dizer que ao partir da definição de um direito como algo absoluto e ideal, isso trará como consequência a ideia de que ele deve ser defendido sob toda e qualquer circunstância. Por outro lado, se a concepção sobre o direito é de algo a ser realizado, a consequência é a observação do contexto e das circunstâncias para sua realização.

É possível definir que a hermenêutica judicial brasileira se pauta por uma visão metafísica ao responder sobre o que é um direito. Deste modo, parte-se da visão de direitos absolutos e imanescentes que devem ser protegidos a qualquer custo e sob qualquer hipótese.

Doutrinadores que estudam a influência da metafísica na hermenêutica judicial e atentam para a intersecção entre sistemas, como Kaufmann (KAUFMANN, 2010) e Carneiro (CARNEIRO W. A., 2009) apontam que esse modo de visão sobre o direito no Brasil vem da brevidade do nosso período constitucional democrático que gerou a ausência de uma tradição hermenêutica democrática-liberal, somada à importação açodada de teorias.

A presente pesquisa desenvolveu-se visando demonstrar as raízes sociais e não metafísicas do sistema judicial normativo, permitindo que a partir do traçar de uma origem seja feita uma reflexão sobre o estado presente e o futuro da hermenêutica judicial.

Considera-se imprescindível que a visão metafísica sobre hermenêutica judicial seja questionada a favor de métodos contextuais ponderativos sobre a intersecção entre sistemas que ao mesmo tempo considerem a necessidade de manutenção da autonomia do sistema jurídico.

Antes de chegar no Brasil, parte-se da análise do sistema polinésio, em razão de ser um sistema social simplificado que permitiu que ficasse evidenciada a intersecção entre sistemas sociais, o que permitiu a rejeição da base metafísica para o sistema normativo.

A partir dessa base, mostrou-se a tensão entre os sistemas econômico e jurídico, a partir dos trabalhos de Faria (FARIA, 2010), Mascareño. (MASCAREÑO, 2011) e Carneiro. (CARNEIRO W. D., 2018).

Por fim, analisou-se decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal referente à ADIN 5486, na qual mostrou-se a dificuldade no trato judicial de temas econômicos relevantes, bem como demonstrar a falta de colegialidade na decisão, com ministros votando de forma isolada e com pouco rigor argumentativo, confirmando a impressão sobre a falta de debate e discussão dos temas julgados, tese já levantada por Pretzel (PRETZEL, 2014).

Enfim, ao partir do pressuposto de que um direito é algo a ser protegido que impõe obrigações, pode-se defender a visão de que um direito é o resultado do que uma sociedade diz sobre o que deve ser feito, fornecendo o ângulo absoluto que fornece a estabilidade (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 143), o que é uma visão contextual e historicista sobre os direitos.

Quem dará estabilidade à defesa do direito será uma sociedade determinada que decidiu assuntos e temas relevantes que devem defendidos. Desse modo, a justiça passa a não ser uma questão metafísica, mas uma questão mais próxima à visão de Rawls que percebe a justiça como a manutenção e proteção das instituições mais importantes de uma sociedade. (RAWLS, 2010, p. 18).

Analisar direitos sob essa perspectiva implica buscar um fundamento mais próximo a uma visão procedimental de justiça e direito do que uma discussão sobre fundamentos metafísicos que guiem o dever ser. Enfim, é se voltar para o campo da eficiência, da realização e da efetividade de direitos.

É o que observa o Ministro Barroso quando do julgamento da ADIN 5486 ocasião na qual desabafa que na vida, a gente pede o quanto quer, mas recebe o quanto pode.

Para entender importância dessa breve frase proferida pelo Ministro é preciso enxergar a intersecção existente entre sistemas e observar cuidadosamente a rede de influências recíprocas entre os sistemas sociais, algo que já foi feito com cuidado pela antropologia, demonstrando que não é preciso apelar para a metafísica nessa questão.

1 A SIMBIOSE ENTRE DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE VISTO ATRAVÉS DO KULA POLINÉSIO.

Visando explicar como ocorre a dialeticidade entre os campos e como ocorre essa influência contínua e para isso é interessante perfazer observações de base empírica e discorrer sobre os estudos de Malinowski, antropólogo funcionalista que atuou na London School of Economics e construiu uma importante tese analisando os costumes de uma tribo da Papua-Nova Guiné.

Por haver uma complexidade menor no arranjo social, é um bom ponto de partida, inclusive por mostrar essa influência em um estágio pré-capitalista, o que permite compreender que o processo de troca de mercadorias é algo extremamente relevante para a espécie humana como forma de satisfação de necessidades, mas não se resume a isso.

Outra conclusão interessante que pode ser extraída desse trabalho é de que direito e sua relação dialética com a sociedade e funções econômicas é algo que vai muito além de qualquer definição de manifestação social ocidental greco romana, “porque em toda parte há regras, em toda parte é segundo regras que se resolvem pendências, se regulam os comportamentos, se organiza a vida em grupo”. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 89)

Malinowski tinha interesse em analisar a dialeticidade do processo econômico com a sociedade em questão e acabou por perceber como algo que podia em primeira análise ser tomado como um simples sistema comercial, o Kula, em verdade moldava os mais variados aspectos da vida daquela sociedade polinésia.

O antropólogo observou que este sistema comercial, o Kula, era um fenômeno econômico de considerável importância teórica que detinha um significado extremo na vida tribal dos nativos que vivem dentro do seu circuito. Ao mesmo tempo, Malinowski percebeu que a importância

do sistema de trocas era totalmente reconhecida pelos nativos, cujas idéias, ambições, desejos e vaidades estão diretamente relacionados com o Kula (MALINOWSKI, 1976, p. 18)

O Kula sustenta-se na tradição e em costumes nativos baseados numa parceria permanente entre os indivíduos, implicando em confiança mútua, formando um sistema de trocas de artigos não vitais em grande escala. Trocam-se colares e braceletes de valor cerimonial. (MALINOWSKI, 1976, p. 91)

Até mesmo o aspecto mental dos nativos era modificado com o Kula, através da posse dos símbolos de riqueza, em uma demonstração de status social. Os objetos trocados detinham valor simbólico, representavam, como diz Malinowski, *riqueza condensada*, (MALINOWSKI, 1976, p. 390) tal qual o dinheiro para uma sociedade moderna.

Ora, se o dinheiro serve para circular, o mesmo ocorria com cada peça do Kula, denominadas *vaygu'a*. E cada objeto trocado era um meio de trazer renome social e distinção porque “um dos aspectos mais importantes e incomuns do Kula é a existência do *vaygu'a kula*, os objetos sempre trocáveis e de circulação incessante, que devem seu valor e seu caráter a esta própria circulação”. (MALINOWSKI, 1976, p. 390)

Destaque-se essa importância da circulação de mercadoria: é o processo de circulação de mercadoria o que gerava o valor da mercadoria, que em si, não tinha valor próprio, pois era apenas uma concha facilmente encontrada na região. Ainda outro aspecto que pode ser observado nessas sociedades polinésias e na sociedade moderna é o fato do valor do objeto ser também o resultado dos sentimentos do ato de troca, o que envolve a dimensão de status social. Cada ato de troca pode conferir dignidade e distinção aos envolvidos.

Ressalte-se que conforme destaca Malinowski, a ciência moderna já derrubou o mito do selvagem que vive no seio da natureza satisfazendo suas vontades. Em verdade, as sociedades nativas tinham um forte entrelaçado de deveres, funções, privilégios associados a uma organização tribal, familiar e comunitária complexa. (MALINOWSKI, 1976, p. 41).

Nessas comunidades que praticavam o Kula existiam líderes, trabalho em conjunto no sistema de trocas e lavoura e uma importante organização de cerimônias sociais e religiosas, com uma distribuição de assuntos importantes entre todos os membros. (MALINOWSKI, 1976, p. 63).

A riqueza da análise do sistema Kula permitiu que Malinowski percebesse, por exemplo, que até mesmo na pesca, se um dos pescadores respeita os horários definidos e locais de pesca é porque espera que o outro respeite do mesmo modo e isso era a base de uma harmonia social que poderia ser quebrada se o pescador não cumprir as regras, porque *uma vez no Kula, sempre no Kula*. (MALINOWSKI, 1976, p. 89).

E assim, paulatinamente, Malinowski demonstrou que o Kula não se tratava apenas de uma modalidade sub-reptícia e precária de troca. O Kula estava enraizado como uma importantíssima tradição e todas as suas transações eram públicas, com cerimônias organizadas e pré-estabelecidas, tendo um status fixo permanente, envolvendo a união de milhares de indivíduos. (MALINOWSKI, 1976, p. 91)

O Kula sujeitava-se a limites e regras rigorosos que não podiam ser descumpridos. A

forma de troca, quem pode participar, as parcerias e relações que se formam, tudo era definido de forma organizada.

Até mesmo o lapso de tempo entre as transações era definido previamente e a relação de equivalência entre o que se recebeu e o que foi recebido, tudo como uma expressão de ordem, “como a configuração das obrigações que torna impossível ao indivíduo negligenciar sua responsabilidade sem sofrer por isso posteriormente.” (MALINOWSKI, 1976, p. 66). Ou seja, todo o regramento do Kula era pré-estabelecido e sancionatório. Era preciso que as regras fossem seguidas, caso contrário gerava-se uma punição que deveria ser cumprida.

Pontue-se que essa visão permite que se defenda que a justiça não é o cerne metafísico do direito, um ideal para qual o direito converge e sim apenas a consequência da aplicação do direito, que é um sistema de ordenamento social que deseja prevenir conflitos e sancionar condutas desviantes. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 45).

Portanto, uma sociedade define o que é relevante e importante e a partir desse momento, será preciso que haja efetividade na defesa dessas questões. O que é relevante deve ser defendido e deve ser cumprido, sob risco de desconfigurar o sistema social. Se isso era verdade para o Kula, é também verdade para as sociedades contemporâneas.

É possível extrair visões interessantes do trabalho de Malinowski que mostra o entrelaçamento entre uma sociedade, seu sistema econômico e seu sistema jurídico mostrando que há uma dialeticidade constante entre as áreas e essa visão pode ser aplicada para outras sociedades.

Em sociedades em processo de desenvolvimento econômico e social, como a brasileira que enfrentou diversos processos de quebras e transições no campo normativo e no campo econômico, há uma simbiose que no mais das vezes é camuflada por uma visão metafísica na qual repousa a ideia de que os direitos elencados na Constituição Federal sejam realizados e efetivados em qualquer circunstância e sob qualquer contexto.

2 A TENSÃO ENTRE O SISTEMA ECONÔMICO E O SISTEMA JURÍDICO.

Há uma delicadeza na relação entre sistemas econômico e jurídico que deve ser observada com cuidado, ainda mais em razão da incerteza e dos riscos da contemporaneidade que luta com o ajuste da economia perante expectativas normativas. (MASCAREÑO, 2011).

Nesse sentido, é importante destacar que em especial na passagem do século XX para o XXI ocorreram uma série de mudanças tecnológicas que impactaram o direito. Com a limitação da crença no poder dos Estados, ocorre uma expansão do setor privado que busca cada vez mais a auto regulação.

Dentre os diversos fenômenos no campo econômico que ocorreram, destacam-se, conforme Faria, “as novas formas de configuração de poder decorrentes do aumento do intercâmbio comercial em mercados inter cruzados; a internacionalização do sistema financeiro; e o surgimento de novos produtos “descolados” do sistema produtivo e “derivados” dos tradicionais títulos e ações” (FARIA, 2010, p. 18).

Há uma rejeição de uma visão moral tradicional e os conceitos de moral e ética vem

passando por transformações, buscando inclusive lidarem com estruturas semânticas mais maleáveis que possam lidar com a contingência de sentido. (MASCAREÑO, 2011).

Uma dessas estruturas semânticas maleáveis são justamente o campo dos direitos fundamentais que a partir dessa luz podem ser tomados como estruturas tendentes a funcionarem como eclusas, refletindo o entorno do sistema jurídico, sintetizando racionalidade prática dos demais sistemas, a evolução de expectativas normativas e a reprodução interna da complexidade do entorno do sistema jurídico. (CARNEIRO W. D., 2018).

Ver direitos fundamentais como estruturas maleáveis que permitam o olhar do direito para o entorno enquanto ainda garantem a juridicidade da compreensão é uma ideia distante de uma interpretação judicial dogmática e canhestra que se pautar por conceitos essencialistas, representacionistas e arcaicos.

De fato, o sistema jurídico, assaltado continuamente com a complexidade crescente de seu entorno, vem se negando a lidar com questões que são essenciais e resta clara a necessidade do campo jurídico lidar com essas questões e garantir a juridicidade da compreensão, ofertando respostas jurídicas para problemas sociais altamente complexos.

Nesse passo, com o aumento de fenômenos econômicos, a alta complexidade desses fatores e das sociedades pós-modernas, vem ocorrendo um progressivo esvaziamento do poder do Estado como única fonte produtora do direito.

Há um enfraquecimento do ideal de Estado justamente porque se questiona qual o papel desse mesmo Estado. Seria redistribuir renda? Seria exercer o papel de monopólio da coerção do direito? Seria integrar a comunidade? Quanto mais há trocas comunicacionais mais se questiona o papel que deve ser assumido pelo sistema jurídico.

E com esse enfraquecimento, exsurge a força do sistema econômico e financeiro frente a todas as demais facetas da sociedade, inclusive com o predomínio do sistema financeiro internacional sobre qualquer tentativa local de normatização. É o chamado “policentrismo decisório” (FARIA, 2010, p. 37) que dilui a autoridade em diversas entidades e comandos, ocasionando uma diferenciação do papel estatal, colocados entre esse poder financeiro que não pode ser ignorado e as demandas internas que muitas vezes replicam as demandas desse poder.

Colocado frente a isso, os Estados tomam medidas de esvaziamento do direito. Primeiramente com a legislação simbólica. Pressionado com o esvaziamento do poder, as demandas internas e as exigências de desenvolvimento econômico, o Estado passa a tratar o direito como um fim em si mesmo, descolado da realidade na qual deveria beber sua fonte.

Essa legislação simbólica acarreta o problema da aplicação, que se torna impossível, violando a autonomia e a segurança do Poder Judiciário. Ou seja, a crise no direito positivo acarreta a utilização exacerbada de conceitos indeterminados no direito e essa indeterminação legal parece, em primeiro momento, melhor do que precisão porque a lei escrita não consegue abarcar toda a complexidade dos fenômenos sociais. Mas a situação não é assim, tão superficial.

Isso porque essa indeterminação, essa imprecisão de conceitos passando a ser o comum mostra que o direito começa a ter seu conteúdo determinado muitas vezes no momento da

aplicação, através de um processo de atribuição de conteúdo altamente diversificado.

Nesse processo cabe ao julgador dizer que está aberto para as esferas não jurídicas e olhar para o que está fora do direito. Sua grande tarefa, seu desafio, é reproduzir em conceitos jurídicos tudo que é externo ao direito.

Ocorre que essa tarefa de interpretação representa um deslocamento de uma delicada certeza que se acreditava existir no direito positivo para um papel cada vez mais relevante ofertado ao intérprete. É quase um deslocamento do centro do direito para a decisão judicial, como se não existisse direito antes da aplicação. Desse mesmo intérprete é exigido que se atenha aos procedimentos de interpretação jurídica, é imposto o dever de manter-se dentro das margens de enxergar o fato e interpretar o fato segundo regras do direito. E desse intérprete também se exigem soluções para as crises que perpassam todos os setores sociais e ele passa a lidar com fatos que transbordam as margens jurídicas.

Paulatinamente, o intérprete percebe: é impossível ignorar o campo econômico. Mas como evitar ser engolido por ele? Essa é a tarefa que angustia os intérpretes e aplicadores do direito na contemporaneidade. Eles sabem que ignorar a economia torna o direito uma ficção. Eles vêem que princípios como “proibição de retrocesso” são questionados.

Já alertava Calmon de Passos, “enquanto textos, as decisões são inócuas. Sua eficácia e efetividade ocorrem com a execução do julgado”. (PASSOS, 2013, p. 211). E assim surgiu a chamada *jurisprudência da crise*. Uma jurisprudência que reflete a atual situação econômica mundial de dificuldades e incertezas.

Por ter ignorado tempo demais o aspecto econômico, o direito passou a ser impactado diuturnamente com a economia e engolido por esta, negando sua própria autonomia com “a dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.” (CANOTILHO, 2015) *são todos fatores que impactam inegavelmente o sistema jurídico*.

Carneiro aponta que o sistema quando se depara com complexidade em demasia, busca resolver através de antigos modelos hermenêuticos silogísticos ou modelos argumentativos com vocação dogmática, sem sucesso. (CARNEIRO W. D., 2018).

Mas o sistema econômico segue influenciando o direito e *não há mais escapatória, ou se lida ou se perece*. Se a economia é a ciência pela qual o homem estuda como suprir suas necessidades infinitas com recursos escassos, e o direito é o modo pelo qual o homem busca a justiça, e se os dois campos estão entrelaçados no mundo e por isso no intérprete, e vice e versa, como poderia ser possível considerar a possibilidade de ignorar a economia no processo de compreensão do direito?

As necessidades de uma comunidade são infindáveis, os recursos são escassos e sendo assim, para que o direito se mantenha coerente com a racionalidade jurídica e ao mesmo tempo considere o aspecto econômico, o intérprete deve considerar que o direito tem um custo e isso vai implicar em uma escolha que pode ou não ser feita por esse intérprete. E essa escolha precisa

ser realizada do modo mais claro possível, para que possa ser compreendido que escolher algo significa também deixar de escolher.

E esse processo de escolha não é vergonhoso, não é imoral. É um processo natural, terreno e que deve ser desenvolvido abertamente sem que seja preciso apelar para conceitos absolutos, metafísicos.

Em regra, o papel de realizar escolhas e desenhar o orçamento cabe ao Poder Legislativo, que seria em nosso sistema democrático o órgão por excelência desenhado para a questão, ampla tribuna democrática que permite discussão e acesso aos temas orçamentários e uma visão e discussão dos trade offs realizados.

Contudo, situações ocorrem e se multiplicam nas quais o Poder Judiciário é instado a definir se os atos dos demais poderes padecem de vícios de ilegalidade que os maculem de forma grave. E assim o Poder Judiciário paulatinamente tem sido obrigado a manifestar-se sobre diversas questões definidas como “extra-jurídicas”.

E quando ocorrem essas situações nas quais o Poder Judiciário é instado a decidir sobre as questões orçamentárias, como deve ocorrer sua atuação? Se é certo que as situações são extra-jurídicas, seria possível o uso de argumentos extra-jurídicos sobre o tema? Poderia o Poder Judiciário organizar e incrementar o orçamento público, ditar políticas públicas e o rumo do governo, tudo com vistas ao ideal constitucional?

3. CONSIDERAÇÕES E ANÁLISE DO ACÓRDÃO DA ADIN 5486 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Todas as reflexões sobre direito e sistema econômico podem ser vistas através de um exemplo prático: a ADIn 5.486 proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho- ANAMATRA. A ADIN 5468 gerou a seguinte tese de controle concentrado:

Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal

É um caso atual e relevante para que se possa tratar da tensão entre o direito e a realidade econômica, além da possibilidade de verificar como o direito lida quando o campo econômico entra em choque com o ideário jurídico, além de verificar a impossibilidade de uma *ratio decidendi* que possa ser atribuída ao colegiado.

Preliminarmente já se deve considerar que as ministras Rosa Weber e Carmem Lucia e o ministro Toffoli acompanharam o relator pela improcedência e não teceram maiores considerações, fazendo apenas observações pontuais ao longo do julgamento, o que não permite uma análise profunda do seus posicionamentos.

Em regra, pode-se inferir que ao seguir o relator, seguiram também suas razões de decidir, mas de fato, como ressalta Pretzel, é mais complicado compreender se a decisão apoiada no voto do relator (ou redator para o acórdão) é resultado de um consenso não declarado ou, ao contrário, equivale apenas a uma decisão monocrática tomada no âmbito do plenário (PRETZEL, 2014, p. 13).

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio não adentrou no mérito por considerar a ANAMATRA ilegítima para opor ação de controle concentrado e sua decisão apoiou-se em precedentes anteriores que também debatiam a legitimidade da ANAMATRA para ações constitucionais de controle concentrado nas quais se exige a pertinência temática.

Portanto, a análise das razões de decidir no presente trabalho foi feita através dos votos dos demais ministros, tanto os que votaram pela procedência como os que votaram pela improcedência, esta última escolha de uma minoria formada por dois ministros, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Partindo do início, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 definiu que cabe precipuamente ao Poder Legislativo definir as questões orçamentárias, inclusive proibindo medidas provisórias ou a delegação de matérias orçamentárias. E por outro lado, assegurou a autonomia ao Poder Judiciário para elaborar sua proposta orçamentária.

Essa autonomia orçamentária e financeira assegurada ao Poder Judiciário assegura a este poder elaborar e apresentar suas propostas orçamentárias, posteriormente encaminhadas ao Poder Executivo, segundo ditames constitucionais precisos.

Ressalte-se, conforme relembra o Ministro Luiz Barroso que “o Poder Judiciário tem a prerrogativa de formular o seu próprio orçamento não significa que tem o direito de receber tudo o que pediu. Na vida a gente pede o quanto quer e recebe o quanto pode”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 82).

Em 2015, o Poder Judiciário encaminhou sua proposta orçamentária ao Executivo, e ao fim o Poder Legislativo modificou a proposta enviada. Isso ocasionou o manejo da ação constitucional ADIN 5468, oposta pela ANAMATRA, com a alegação de ocorrência de ofensa à cláusula pétrea que define a separação de poderes, por conta de suposta intervenção do Poder Legislativo na proposta orçamentária formulada pelo Judiciário em 2016. Impugnou-se valores que passaram a ser atribuídos à Justiça do Trabalho, tendo sido proposta a ADIN para avaliar se a deliberação efetuada pelo Poder Legislativo federal e implementada na LOA/2016 foi, ou não, ilegítima.

Alegou-se que teria ocorrido um desvio de finalidade haja vista o relatório da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional deter uma assim chamada “motivação ideológica enviesada” porque o deputado relator manifestou, segundo a ANAMATRA pontuou na exordial “seu desejo de retaliação ao regular exercício da jurisdição trabalhista, uma vez que esse juízo político-orçamentário não se fundaria na realidade financeira da União e buscaria fim reprovável, isto é, a redução da capacidade judicial para tratar a litigância trabalhista”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 71)

A ANAMATRA considerou que a motivação do relator gerou um prejuízo irreparável e

um desvio de finalidade, vulnerador da autonomia do Poder Judiciário e diante desse quadro, a exordial da ADIN tinha por pedidos a suspensão da eficácia do orçamento da Justiça do Trabalho contida no Anexo IV da Lei Orçamentária Anual de 2016, com os cortes que foram realizados e conseqüentemente a execução de 100% da proposta orçamentária original. Alternativamente, requeria que o corte no orçamento da Justiça do Trabalho fosse o mesmo no mesmo percentual dos cortes aplicados aos demais órgãos do Poder Judiciário da União, de 15% e não de 29% no custeio e de 40% no investimento e não 90% como foi definido após a alteração pelo Poder Legislativo.

Eis a situação colocada para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e isso posto, passa-se para qual será o modo de realização do julgamento. Quais os parâmetros que poderão ser utilizados? Deve haver o uso de uma racionalidade jurídica pura, deve-se utilizar a racionalidade jurídica temperada pela economia ou uma racionalidade apenas econômica?

Esse julgamento é representativo desse desafio que já foi inúmeras vezes enfrentado pelo direito: como manter o paradigma da racionalidade jurídica frente às pressões econômicas. Nesse sentido, o próprio caso em si já representa uma mudança na jurisprudência. Explica-se: a jurisprudência sobre a possibilidade do Poder Judiciário decidir questões orçamentária sofreu severas mutações ao longo dos anos, com idas e vindas.

Conforme destacado pelo ministro relator, Luis Fux, essa não é uma matéria já consolidada, é uma propensão, tão somente: “Preliminarmente, destaco que a possibilidade do “controle material” de espécies legislativas orçamentárias corresponde a uma tendência recentemente intensificada na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (STF).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 14)

Essa nova tendência, com a admissibilidade da ocorrência de controle abstrato de leis orçamentárias iniciou-se no julgamento da Medida Cautelar na ADIn 4.048-MC/DF com relatoria do Min. Gilmar Mendes. Depois, houve o julgamento da medida cautelar na ADIn 3.949/DF, sob a relatoria do mesmo ministro.

Assim, paulatinamente, foi sendo gestada nova jurisprudência que superava a anterior que defendia posicionamento oposto, conforme pode ser observado na ADIn nº 2.484-MC com a defesa de que a lei de diretrizes orçamentárias que tenha objeto determinado e destinatários certos, sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, e não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado.

Como visto, esse precedente foi sendo superado até que se chega à presente ADIN 5468, onde se defende abertamente a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias, mesmo confrontado o caráter concreto dessa espécie normativa.

Houve uma mudança significativa de postura: O Poder Judiciário antes preferia ater-se a outras questões e deixar que o orçamento fosse decidido pelo Poder Legislativo, mas hoje acredita que pode decidir sobre questões orçamentárias. Mas seria o Poder Judiciário o mais bem posicionado para decidir questões orçamentárias?

Como questiona Sunstein, “porque os juízes deveriam, focados estritamente nos casos trazidos a eles, ter o poder de decidir que o dinheiro dos contribuintes deve ser gasto (...)?”

(SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, p. 26). É uma questão relevante.

Via de regra, acredita-se que o Poder Legislativo é quem tem as ferramentas necessárias para decidir sobre questões orçamentárias e a própria Constituição Federal tratou do tema dessa maneira.

Contudo, em virtude dos fatos explicados em tópico anterior, é o Poder Judiciário que vem sendo chamado para dar um choque de realidade nas pretensões orçamentárias formuladas pelo Legislativo. Mas isso é uma afronta à separação de Poderes ou algo inexorável frente à complexidade das situações enfrentadas?

Pode-se pensar que o caminho do meio seria o mais razoável. Ou seja, nem o Poder Judiciário se negaria a resolver questões que lhe são propostas, nem adentraria em profundidade em questões de elaboração orçamentária. Isso significa a escolha de uma postura de interpretação, dentre duas posturas possíveis, a minimalista ou maximalista:

Nesse sentido, o esgotamento dos fundamentos estará vinculado à concepção que a corte tem sobre o seu papel ao julgar os casos: deve ela se ater aos aspectos suficientes para o deslinde da questão ou deve ela se manifestar também sobre outros problemas, construindo uma doutrina constitucional que aponte para a sociedade respostas futuras? Trata-se de uma discussão em torno da postura minimalista ou maximalista de um tribunal. (PRETZEL, 2014, p. 13).

E nesse sentido, um início de solução pode ser apontado quando Sunstein elabora o que ele chama de “acordos teorizados de modo incompleto” (*Incompletely theorized agreements*) o que significa adotar uma postura pela qual o intérprete judicial não vai se recorrer a altos níveis de abstração e fará apenas o necessário para que o problema seja resolvido. Porque pode haver concordância no resultado e discordância em altos níveis de abstração. (SUNSTEIN, 1995, pp. 13, tradução nossa). Seria a adoção da postura minimalista na interpretação judicial.

Perceba-se que o orçamento foi colocado pela Constituição como uma questão precipuamente de decisão sob a tutela do Poder Legislativo porque este representa uma arena de debate público necessária para que se decidam as questões orçamentárias. Conforme ressalta o ministro Barroso:

Na maior parte das democracias do mundo, o momento da elaboração do orçamento é o momento do grande debate público, em que você vai definir quanto vai para a educação, quanto vai para a saúde, quanto vai para fazer estrada, quanto vai para o Poder Judiciário, quanto vai para a publicidade institucional. Este é um não debate no Brasil. A gente discute extensamente a judicialização, que é a ponta final, mas a gente discute pouco o momento politicamente mais grave, que é momento em que se fazem as grandes escolhas de um país, às vezes as escolhas trágicas e às vezes as grandes definições ideológicas de onde se vai colocar o dinheiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 82).

Seguindo o debate sobre os custos do direito, considerando os trade offs existentes, considerando a necessidade do direito não ser apenas linguagem, mas ter uma esfera de efetividade, qual seria o cenário de realidade econômica nesse julgamento?

A realidade que motivou o PLOA de 2016 era crítica. Como consequência da crise econômica enfrentada no Brasil desde meados de 2014, havia queda acentuada no PIB e, por conseguinte, a queda na arrecadação:

O próprio Poder Executivo, no Ofício interministerial 093/2015/MF/MPOG, de 27/10/2015, no qual propôs alteração do PLN nº 5/2015, que trata da redução da meta de resultado primário constante da LDO 2015, reviu a estimativa de queda do PIB para 1,0%. Informações complementares relativas às projeções oficiais das principais variáveis ficaram disponíveis em 15 de setembro e foram atualizadas pelo Poder Executivo em 20 de novembro, por meio do Ofício nº 230/2015-MP, indicando queda de 1,9% do PIB, parâmetro que foi adotado no Relatório da Receita. Cumpre lembrar que o PLOA 2016 foi encaminhado inicialmente com um déficit de R\$ 30,5 bilhões. Posteriormente, o Poder Executivo propôs reduções de despesas num montante de R\$ 26,9 bilhões. Por sua vez, as avaliações realizadas pelo Comitê de Receitas, com base na revisão dos parâmetros econômicos, apontaram um acréscimo líquido de receitas de R\$ 39,5 bilhões para 2016 (CÂMARA FEDERAL, 2016, p. 34).

A queda no PIB trazia como uma de suas consequências uma diminuição na arrecadação que implica em menor disponibilidade de receita para ser distribuída. Menos recursos implica em escolhas mais duras, em trade offs que nem sempre são visualizados, mas que precisam ser vistos e debatidos.

O ideal, conforme dito, era que o debate se processasse no momento de elaboração do orçamento, de forma clara e com participação popular, mas ao chegar uma ação que analise a legalidade desse debate e da formação das normas orçamentárias, como deve agir o Poder Judiciário? Uma tentativa de minimalismo pode ser encontrada no voto do ministro Edson Fachin que buscou analisar o caminho da proposta orçamentária segundo os ditames constitucionais:

Nos estritos limites interpretativos da normatividade constitucional, extrai-se que o Poder Executivo só pode tomar iniciativas unilaterais em relação à proposta orçamentária dos Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária nas seguintes hipóteses: (i) não encaminhamento tempestivo da proposta; ou (ii) desacordo com os limites conjuntamente estipulados na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Após o envio do projeto de lei, compete ao Parlamento apreciá-lo na forma do regimento comum e das duas casas legislativas, sendo a condução inicial do processo orçamentário levado a efeito por uma Comissão Mista de caráter permanente, a CMO, a qual na prática é a principal instância deliberativa e decisória acerca do conteúdo do orçamento público, uma vez ser incumbida de emitir parecer sobre projetos de leis orçamentárias, concentrar o processo de votação das emendas e acompanhar a execução orçamentária. Por fim, impende ao Plenário do Congresso Nacional votar a proposta de LOA e respectivo parecer emitido pela Comissão Mista, como etapa derradeira do processo legislativo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 66)

E o ministro Fachin ainda alerta:

Na qualidade de lei ordinária, compete ao Chefe do Poder Executivo promulgá-la, após a sanção ou vetos cabíveis. A partir disso, instaura-se a fase de execução do ciclo orçamentário. Desse expediente argumentativo, conclui-se que o Poder Constituinte atribuiu ao Congresso Nacional a qualidade de locus político para a formação democrática de decisões acerca do orçamento público. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 66)

Por conseguinte, a Constituição define que os limites da atuação do Poder Judiciário são estritos ao analisar decisões orçamentárias e o ministro reforça seu argumento citando inclusive Sunstein que afirma que “as decisões sobre quais direitos e de que forma cabem proteger e acerca de quanta riqueza social deve se investir deveriam estar sujeitas à crítica e ao debate público constantes em processos de deliberação democrática”. (SUNSTEIN, 1999, pp. 248, tradução nossa)

Desse modo, o ministro Fachin seguiu o caminho de verificar a legalidade estrita da proposta e decidiu pela improcedência da ação, pelo argumento principal de que não teria ocorrido vulneração da autonomia do Poder Judiciário, que elaborou sua proposta livremente.

Por seu turno, também decidindo pela improcedência da ação, o ministro Barroso argumentou que apesar de considerar que o pleito da ANAMATRA seria correto, não seria uma questão jurídica e se expressa afirmando que, “a queixa é legítima, mas acho que é uma queixa de natureza política e não uma queixa judicializável.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 84), acreditando que não caberia ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre o tema, porque não era uma situação grave nem excepcional que justificasse a intervenção em uma função que é precipuamente do Poder Legislativo.

O ministro Barroso decidiu por argumentar fundamentando-se, tal qual o ministro Fachin, somente em critérios jurídicos, analisando o caminho da proposta orçamentária, o cumprimento dos requisitos de validade exigidos pela Constituição, a ocorrência ou não de desvio de finalidade, julgando ao fim a ação improcedente.

Já o ministro Luiz Fux assume uma postura mais incisiva e chama atenção para a interdependência dos direitos com o contexto econômico:

Dito de outro modo, como regra geral, não há falar em direito adquirido a orçamento. Essa afirmação, embora pareça categórica, há de ser ainda mais enfatizada em matéria de rubricas orçamentárias destinadas à manutenção do aparato administrativo do Estado. Isso ocorre porque a própria estabilização de um orçamento fixo, além de estar “descolada” do cenário macroeconômico do país, acaba por incentivar um regime de menor produtividade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 90)

O ministro Fux alerta para o cenário de crise, mostrando que escolhas ou trade offs estavam sendo feitos: “o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) contou com redução de cerca de 60% (de R\$ 4 bilhões, para R\$1,6 bilhão). (...) Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), houve uma redução de quase 70% (de R\$ 14bilhões para R\$ 4,3

bilhões)”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 24)

Outros ministros que assumem uma postura considerada mais clara sobre o contexto econômico são os ministros Lewandowski e Celso de Mello, mas indo para uma direção completamente distinta do ministro Fux. Veja-se que o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto aduz que o corte realizado no orçamento da Justiça do Trabalho foi drástico:

É inegável que o corte drástico – diga-se «drástico» e absolutamente desproporcional em relação a outros ramos da judicatura – prejudica, sim, a prestação do serviço essencial à população que os magistrados do trabalho prestam exatamente à cidadania, que é a jurisdição. As instituições, como regra, o próprio Estado, são ficções jurídicas que integram. Essas instituições são pessoas, e essas pessoas se congregam, evidentemente, em associações que representam os seus interesses. Neste caso, os seus interesses estão claramente afetados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 56)

E para o ministro Lewandowski, a crise econômica não seria um motivo para cortes no orçamento e sim para que se mantivesse a integridade da proposta enviada:

Portanto, neste momento de crise econômica, sobretudo em se tratando de um incremento na taxa de desemprego que afeta os mais humildes, nós impomos um corte no orçamento da Justiça do Trabalho desta envergadura, sobretudo considerando os argumentos que foram veiculados pelo Relator do Orçamento, dirigidos, especialmente, esses argumentos, para a Justiça do Trabalho, parece que, em princípio, há algo que, não diria inconstitucional, mas, pelo menos, algo que não é salutar, considerado o quadro. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 94)

Já para o ministro Celso de Mello, o Congresso Nacional havia incorrido em desvio de finalidade e postura abusiva que deveria ser corrigida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017, p. 111).

Essas observações deixam evidente algo importante, especialmente visando o combate de meios de interpretação dogmáticos: um único fato pode receber interpretações dissonantes. Não há encaixe, não há silogismo. A hermenêutica judicial é altamente complexa e intrincada.

No caso analisado, o argumento da crise econômica ora era usado para que a ação fosse julgada improcedente, pois justificaria os cortes feitos, ou ao contrário, era usado para amparar o julgamento de procedência da ação, por conta da possibilidade do corte orçamentário efetuado na Justiça do Trabalho ter o potencial de inviabilizar o funcionamento regular desse ramo do Poder Judiciário.

Em alguns votos vê-se um raciocínio em essência, jurídico e minimalista. Em outros votos fica mais patente o uso de argumentos “extrajurídicos” ou de um tipo de racionalidade externa ao direito que tocam em ponto sensível. Esses argumentos estranhos ao campo jurídico exercem uma incontestável força gravitacional e são no mais das vezes imbuídos de uma racionalidade externa aos paradigmas de racionalidade e especificação do direito e por isso entram na esfera jurídica

através de interpretações que podem ser dissonantes.

Além dessas divergências interpretativas provarem a dificuldade em se achar as razões de decidir que possam ser atribuídas ao colegiado pela falta de debate entre os ministros, essa variabilidade na interpretação de um mesmo fato denota também esse obstáculo interno ao próprio direito.

O sistema jurídico busca estabilidade e integridade, mas tem que lidar com o fenômeno de aplicação do direito a casos concretos, momento em que essa dificuldade fica evidente, ainda mais diante da complexidade social que arrisca submergir o sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Se o direito positivo está sofrendo uma crise de legitimidade que passou a alimentar a concentração de poderes nas mãos dos intérpretes e aplicadores das decisões judiciais, caberá a estes destacar o papel do direito e saber as consequências de sua aplicação.

Cabe, sobretudo, o respeito à Constituição como lei fundamental. Mas o respeito à Constituição deve ocorrer através de uma visão não metafísica que observe direitos fundamentais e normas constitucionais como meios que permitem a mobilidade do intérprete entre racionalidades distintas e ao mesmo tempo, garantem a juridicidade da resposta, permitindo ao mesmo tempo, a atualização do sistema jurídico que passa a compreender e ser sensível em relação as expectativas dos demais sistemas.

Nesse sentido, é preciso também considerar que a economia sempre está presente no processo de interpretação, seja explícita, seja implicitamente, pois a saída do paradigma metafísico pautado em dualismos como sujeito/objeto e a crença no ponto arquimediano possibilita a percepção de que o fenômeno de compreensão do mundo pelo intérprete é complexo e por isso caberá ao intérprete contemporizar os campos jurídico e econômico e garantir a autonomia do direito.

Se há uma abertura demasiada para questões sociais prementes, o direito perde sua racionalidade própria e se transforma em sociologia. Se por outro lado foca no paradigma da escassez e desconsidera o aspecto jurídico, o intérprete se pauta apenas pelo aspecto econômico, mas se a busca é apenas pela logicidade jurídica, sem ater-se aos demais aspectos, haverá alienação, através de uma espécie de fetichismo jurídico, tornando o direito somente retórica sem efetividade, palavras sem existência real porque até mesmo a liberdade não é nada se faltam os recursos para defendê-la. É então preciso a busca de um equilíbrio, não obstante a dificuldade dessa busca.

Considerar o processo de influências recíprocas entre sistemas implica em compreender que o direito não é estático, nem deve ser idealizado e substancializado em um processo hermenêutico que renegue qualquer circunstância exterior, sobremaneira o contexto econômico, relevante para que o direito encontre sua necessária efetividade.

Segue-se desse quadro que é preciso questionar e compreender como essa rede de influências é formada e como se mantém o padrão de racionalidade específico de cada área, de modo a impedir que o direito tome os procedimentos específicos do campo econômico e desse modo abandone a sua racionalidade particular.

Enfim, a influência da economia no campo jurídico é profunda em razão da própria importância do sistema econômico e o espraiamento de seus juízos de valor para toda a sociedade, mas é preciso analisar cuidadosamente essa influência recíproca e observar as formas de manutenção de equilíbrio e simbiose entre essas duas áreas distintas, com clareza e cautela.

Essa é uma questão complexa, mas é preciso começar a se perceber a economia não como inimiga do direito. É preciso começar a entender o raciocínio econômico de forma mais prática e simples, sem que toda interpretação judicial que considere aspectos econômicos sofra a pecha de utilitarista.

Enfim, é preciso sair do absolutismo e do essencialismo na questão da interpretação judicial e passar a considerar a efetividade e a interdependência de contextos, sob pena de excesso de legislação simbólica que acabe por trazer uma ficção constitucional tão profunda que traga consigo a descrença e o desvalor da Constituição.

Por conseguinte, hoje o que se enfrenta é muitas vezes um raciocínio de base metafísica e cunho essencialista para o direito, com grandes pensamentos sobre direitos fundamentais, proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana como valor imanente e por outro lado, há um pesado impacto do sistema econômico no sistema jurídico com aumento da complexidade na interação entre ambos os sistemas, gerada dentre outros fatores, também pelas mudanças tecnológicas que questionam diuturnamente o modelo estatal de produção e domínio do direito, causando uma corrosão no papel do Estado e uma pluralidade de fontes e meios de interpretação. Com a crise do direito positivo, há cada vez mais predomínio do campo simbólico do direito, causando perda de efetividade e erosão constitucional.

Esse excesso de legislação simbólica pode levar à ideia de que seria preciso que o campo jurídico se pautasse pelos ideais do campo econômico. Contudo, esse é apenas o modo mais açodado de lidar com a questão. Isso porque assumir a racionalidade econômica sem qualquer filtro no campo jurídico seria uma postura que apenas causaria maior instabilidade.

E qual seria a solução? Um início seria realizar um processo de interpretação mais claro, com razões de decidir francamente expostas para permitir a compreensão do processo de raciocínio do julgador. Outro caminho seria tomar os direitos fundamentais como eclusas que permitem a interpretação do entorno do sistema jurídico e garantem que a resposta seja dada pelo direito.

Contudo, há que se percorrer um longo caminho até que essa visão seja alcançada e a análise do julgamento da ADIN 5468 debatendo suposto desvio de finalidade do Poder Legislativo deixou evidente a dificuldade, em uma questão de controvérsia extrema, dado o momento econômico e político do país que passa por uma crise econômica que foi ignorada tanto que as alterações orçamentárias foram vistas sob o prisma de um viés ideológico contrário à Justiça do Trabalho e motivaram uma ação constitucional.

No julgamento foi possível perceber como os fatos econômicos são interpretados e considerados pelos ministros e ficou evidente a dificuldade em encontrar uma razão de decidir do colegiado. Além disso, muitos ministros adotaram uma espécie de substituição do raciocínio jurídico pelo econômico e essa não é a solução.

A solução passa por fortalecer a argumentação e os julgamentos através de processos claros, com a exposição de argumentos que busquem se manter nas margens da racionalidade jurídica. Não se pode tentar tomar a racionalidade econômica e centrar-se no paradigma de necessidades infinitas e recursos escassos. Cabe ao intérprete compreender e reinterpretar a seara econômica dentro do sistema jurídico, da forma mais aberta e clara possível.

Mas por ignorar por tanto tempo o campo econômico, por conta da volatilidade permanente das instituições e das relações sociais, os intérpretes do direito por vezes não conseguem fazer essa reentrada dos fatos econômicos no sistema jurídico de forma clara e acabam por abdicar da racionalidade própria do direito.

Não podendo mais ser desconsiderado o campo econômico, dado a gravidade da situação atual, em especial no Brasil, com diminuição debilitante da receita orçamentaria, esse passa a ser o grande desafio do intérprete face à situação atual: manter a racionalidade jurídica na aplicação do direito face a um mundo em constante transformação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. (2011). **Teoria da Argumentação**. Rio de Janeiro: Forense.
- ALEXY, R. (2011). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros.
- ASSIER-ANDRIEU, L. (2000). **O Direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes.
- CÂMARA FEDERAL. (09 de fevereiro de 2016). PLOA. Brasília, DF, Brasil. Acesso em 07 de 09 de 2018, disponível em p://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6C2D4A80BB3E0C009644443F78BC7FE9.proposicoesWeb1?codteor=1423589&filename=Tramitacao-PLN+7/2015+CN
- CANOTILHO. (11 de 04 de 2015). **A proibição de retrocesso** . Acesso em 12 de 07 de 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>,
- CARNEIRO, W. A. (2009). **HERMENÊUTICA JURÍDICA HETERORREFLEXIVA**. São Leopoldo: Unisinos.
- CARNEIRO, W. D. (2018). **Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da Constiuição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global**. . *Revista de direito Mackenzie*, 130-165.
- DWORKIN, R. (1999). **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- FARIA, J. E. (2010). **Direito e conjuntura**. Rio de Janeiro: Saraiva.
- HEGEL, G. (2012). **Fenomenologia do Espírito**. São Paulo: Vozes.
- HUME, D. (2001). **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: UNESP.

- HUNT, E. (2012). **História do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier.
- KAUFMANN, R. O. (2010). *Direitos humanos, direito constitucional neopragmatismo*. BRASÍLIA: UNB.
- LARENZ, K. (1991). **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- MALINOWSKI, B. (1976). **Argonautas do pacífico ocidental: Um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanesia**. São Paulo: Abril Cultural.
- MARCUSE, H. (2004). **Razão e revolução: Hegel e o advento da teoria social**. São Paulo: Paz e Terra S/A.
- MASCAREÑO, A. (2011). **The Ethics of the Financial Crisis En P. Kjaer, G. Teubner y A. Febrajjo (Eds.): Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing.
- OITAVEN, D. (2016). **A hermenêutica da esgrima e dos direitos humanos**. Salvador: Jus podium.
- PASSOS, J. C. (2013). **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: Jus Podium.
- PORTELA, B. B. (25 de 10 de 2017). **Previdência: Portugal criou jurisprudência de crise**. São Paulo, SP, Brasil. Acesso em 07 de 12 de 2018, disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/previdencia-portugal-criou-jurisprudencia-de-crise-25102017
- POSNER, R. (2007). **Economic analysis of law**. New York: Aspen Publishers.
- POSNER, R. (2010). **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense.
- POSNER, R. (2010). **How Judges Think**. Cambridge, Massachusetts: HARVARD UNIVERSITY PRESS.
- PRETZEL, G. K. (2014). **PROCESSO DECISÓRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: APROFUNDANDO A METÁFORA DAS ONZE ILHAS**. São Paulo: Revista de Estudos Empíricos em Direito.
- RAWLS, J. (2010). **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes.
- SUNSTEIN, C. (1995). **Incompletely Theorized Agreements**. *Harvard Law Review*, Vol. 108, No. 7, 222-250.
- SUNSTEIN, C. (1999). **The Cost of Rights**. New York: WW Norton & Company.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (02 de agosto de 2017). **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 5468, REQUERENTE: ANAMATRA. RELATOR MINISTRO**

LUIZ FUX. Acesso em 02 de 10 de 2018, disponível em STF: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4920998>

TEUBNER, G. (1989). **O direito como sistema autopoietico**. LISBOA: FUNDAÇÃO CALOUSTE LISBOA.

VELJANOVSKI, C. (1990). **A economia do direito e da lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal.

VOLTARIRE. (1995). **Cândido ou o otimismo**. São Paulo: Nova Fronteira.

Como citar: SCHURIG, Alessandra Cavalcante Scherma. ROCHA, Júlio César de Sá. A influência do contexto econômico na interpretação judicial: na vida a gente pede o quanto quer e recebe o quanto pode. WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 147-165, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p147. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 10/04/2019.

Aprovado em: 15/07/2019.

CONTRATUALISMO X INSTITUCIONALISMO: A BUSCA POR UM CAMINHO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO

CONTRATUALISM X INSTITUTIONALISM: THE SEARCH FOR A WAY FOR THE SCIENCE OF LABOR LAW

Saulo Nunes de Carvalho Almeida*

Como citar: ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Contratualismo x institucionalismo: a busca por um caminho para a ciência do direito do trabalho. WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 166-182, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p166. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O Direito do Trabalho brasileiro encontra-se em uma encruzilhada. A Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), que justificou o desenvolvimento desse estudo, não apenas alterou um vasto plexo de direitos e garantias trabalhistas. A mesma norma reacendeu, como nunca, o debate acerca de um direito trabalhista mais flexível, com maior espaço para autonomia contratual e uma proporcional retirada do modelo de intervencionismo estatal, correspondendo, esse embate, ao objeto de estudo desenvolvido. Para o presente ensaio, o procedimento metodológico empregado foi eminentemente descritivo e exploratório, norteado por uma pesquisa qualitativa, composta pela análise de fontes bibliográficas e documentais. No quesito problematização, o enfoque correspondeu a necessária análise do atual contexto experimentado pelo Direito do Trabalho pátrio, em que juslaboralistas tem argumentado que esse ramo científico está se afastando de seus pressupostos constitucionais de valorização do trabalho humano e promoção da justiça social, especialmente após a vigência da Lei nº13.467/2017. Por fim, concluiu-se que a substituição do modelo juslaboral intervencionista por uma modelo eminentemente contratualista, considerando o contexto experimentado pelo sindicalismo brasileiro, poderá resultar na mitigação de direitos trabalhistas fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do Trabalho Contratual; Limites do Intervencionismo; Futuro do Direito do Trabalho.

* Pós-Doutor em Direito em 2019 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Doutor em Direito Constitucional nas Relações Privadas em 2015 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas em 2012 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Especialista em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário em 2010 pela Faculdade Ateneu (FATE)
Graduado em Direito em 2009 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Abstract: Brazilian Labor Law is at a crossroads. Law 13,467 / 2017 (“Labor Reform”), which justified the development of this study, has not only altered a broad range of labor rights and guarantees. The same norm rekindled, as never before, the debate about a more flexible labor law, with more room for contractual autonomy and a proportional withdrawal from the model of state interventionism. For the present essay, the methodological procedure used was eminently descriptive and exploratory, guided by a qualitative research, composed by the analysis of bibliographic and documentary sources. In the question of problematization, the focus will be the necessary analysis of the current context experienced by the Labor Law, where juslaboralists have argued that this branch of science is moving away from its constitutional presuppositions of valuing human work and promoting social justice, especially after validity of Law nº 13467/2017. Finally, it was concluded that the substitution of the interventionist labor model by an eminently contractualist model, considering the context experienced by Brazilian trade unionism, could result in the mitigation of fundamental labor rights.

Keywords: Contract Labor Law; Limits of Interventionism; Future of Labor Law.

INTRODUÇÃO

Em face da atual crise do ramo científico intitulado Direito do Trabalho, bem como a emergência de doutrinas defensoras da construção de um novo modelo socioeconômico, pautado em feições humanistas e solidárias, presencia-se um debate crescente acerca da necessária concepção de um sistema justralhista mais adequado do que aquele instituído com a vigência da Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), capaz de melhor enfrentar distintas e complexas questões humanas da contemporaneidade.

Como se sabe, a reforma trabalhista fortaleceu o direcionamento do Direito do Trabalho brasileiro rumo a um modelo dotado de feições eminentemente contratualista. Sob o argumento de reconhecimento da liberdade econômica, foi concedido vasto espaço para acordos e convenções coletivas de trabalho, que agora poderão “flexibilizar” um vasto plexo de direitos que, até então, experimentavam natureza jurídica inalienável, conforme pode ser observado no teor do novo artigo 611-A da CLT.

Manifestando-se de forma antagônica aos valores resultantes dessa normatização, a resposta de significativa maioria dos pesquisadores, juristas e demais intelectuais que integram o juslaboralismo pátrio tem sido o de criticar a sistemática de fortalecimento da sobreposição da negociação sobre a lei, ao mesmo passo em que se argumenta em prol de um modelo com feições mais intervencionista de direito laboral, capaz de assegurar as garantias trabalhistas natureza jurídica de direitos fundamentais inalienáveis.

Nesse contexto, será utilizado como problematização central para o presente ensaio, aquilo que aparenta se tornar um infundável debate: qual seria a melhor alternativa para o sistema jurídico brasileiro, um modelo juslaboral com feições contratualista ou institucionalista?

Seguindo o objetivo principal proposto, qual seja, enfrentar a problematização acerca dos rumos futuros a serem traçados pelo Direito do Trabalho brasileiro, optou-se, para o desenvolvimento desse artigo, pela adoção do procedimento metodológico descritivo e exploratório, desenvolvido por uma pesquisa qualitativa e exemplificativa, composta, em essência, pelo estudo crítico de fontes de pesquisas documentais e bibliográficas.

Por fim, para conferir melhor lógica ao ensaio, adequado esclarecer o trajeto o qual o estudo irá adotar. Como opção teórico-metodológico, a exposição sistemática da matéria ocorrerá na forma de três seções. Na primeira parte, as ideologias de sistemas jurídicos trabalhistas contratualistas e intervencionistas são apresentadas e criticamente analisadas. Na segunda seção, a cientificidade do pós-positivismo jurídico é posta sob análise, ao mesmo passo que se examina questões atreladas à difusão do neoconstitucionalismo. No tópico final, é discutido o necessário processo de gradualismo normativo do Direito do Trabalho, o processo de flexibilização normativa experimentada nos últimos governos e seus desafios na contemporaneidade.

1 ACEPÇÕES INTRODUTÓRIAS DA DICOTOMIA CONTRATUALISTA E INTERVENCIONISTA NO DIREITO DO TRABALHO

Inicialmente, essa dicotomia doutrinária acerca de modelos contratualistas e intervencionistas, quando estudada à luz de análise minuciosa dos sistemas jurídicos contemporâneos, tem revelado certas inadequações. A realidade é que em um panorama global, hodiernamente o Direito do Trabalho aparenta adotar um modelo que pode ser considerado como “misto”, preenchido por fontes produzidas pelo Estado bem como pelos agentes integrantes da relação. Isso significa que, na atualidade, a conceituação de um modelo jurídico como contratual ou negociado é feito por uma análise do grau de normatização existente e do espaço reservado ao preenchimento dos direitos/obrigações pela vontade dos particulares.

Modelos “protecionistas-intervencionistas” ainda preservam certo grau de autonomia privada, bem como modelos “liberalistas-contratualistas” toleram certo grau de normatização estatal. Ao contrário do que tais “rótulos” podem levar a entender, a realidade é que a complexidade das relações socioeconômicas contemporâneas impossibilitam a manutenção de “pureza” em qualquer dos modelos¹, ou seja, não há qualquer sistema justralhista democrático integralmente regido por normas estatais ou contratos privados².

Após esses necessários esclarecimentos acerca da imprecisão presente nessa dicotomia, retoma-se a questão central.

O debate ora proposto, e suas tensões, é inspirado na busca pelo melhor caminho para a construção de um novo Direito do Trabalho, mais adequado as características presentes no sistema de Estado e econômico da contemporaneidade:

De modo singelo, o contratualismo é o regime de relações de trabalho marcado por três elementos: manifestação livre de vontade convergentes, expressão de interesses comuns e consensuais, alto grau de cooperação; já o institucionalismo seria marcado pelo reconhecimento, por um terceiro interessado – o Estado, de símbolos de pertencimento e de destino comum dos membros de uma sociedade, fixando de modo compulsório o conteúdo das relações sociais de produção. (MENDES, 2007, p.50)

Para os defensores do arquétipo contratualista, há uma severa falha no acompanhamento da legislação trabalhista frente à velocidade de rotação do capital globalizado, o que faz com que as fontes jurídicas estatais tendam a atuar como espécie de bloqueio ao aceleração e desenvolvimento econômico do país:

Argumenta-se que a legislação trabalhista, em especial a CLT, não permite às empresas flexibilizar as condições de trabalho, de forma abrangente e necessária para a sua própria sobrevivência, tendo em vista o atual capitalismo, caracterizado

¹ Ao comentar esse dualismo e a visão reducionista daqueles que entendem que a adoção de um modelo (institucionalista ou liberalista) deve significar o abandono de seu “oposto” Tereza Aparecida Asta Gemignani (2010, p.34) relembra que: “Preservando a multiplicidade de enfoques abriu caminho para a construção de alternativas criativas e atreladas à multiplicidade cultural, que se constitui no traço mais característico de nossa nação, não aceitando o beco sem saída e a visão reducionista, que limitam o debate sobre o futuro institucional do Brasil a um singelo braço de ferro entre o socialismo e o liberalismo, por reconhecer que a realidade da vida é muito mais complexa do que esse dualismo.”

² As tendências equivocadas da ciência do direito às dicotomias manifestam-se, até os dias atuais, na clássica divisão entre direito público e direito privado.

pela acirrada concorrência, cujo alcance chega a superar os limites internos ou nacionais. Nesse enfoque, assevera-se que a rigidez e o protecionismo das normas que disciplinam as relações jurídicas entre empregadores e empregados acabam gerando certo efeito inverno, no sentido de acarretarem dificuldades econômicas às empresas, o que, no entender de certa corrente de pensamento, teria como consequência a cessação de contratos de trabalho, gerando, assim, o desemprego. (GARCIA, 2013, p.51).

Nesse contexto, o contratualismo moderno parte das premissas que a organização social e os princípios básicos a serem seguidos pelos membros de uma sociedade devem ser dirigidos por acordos, contratos celebrados conforme a vontade de indivíduos livres e autônomos³. Na sua feição hodierna, defende-se as ideias de flexibilização do trabalho, em oposição a intervenção estatal e o seu “conservadorismo” que mitiga o espectro da negociação, vistos como obstáculos ao desenvolvimento do capitalismo, motivo o qual se defende que empregadores deveriam ter a liberdade plena para organizar o trabalho. Nesse contexto, “poder absoluto dos empregadores sobre o trabalho é disfarçado como flexibilidade do trabalho, significa que trabalhador não tem nenhum direito, o capital possui todos os direitos. O significado operacional de flexibilidade do trabalho é rigidez capitalista ao estabelecer unilateralmente e impor as regras de contratação empregatícia” PETRAS (1996, p. 135).

Nesse cenário emergem fenômenos como os da flexibilização e desregulamentação das relações de trabalho. Medidas apresentadas como a “solução final” que possibilitará a sobrevivência das empresas nacionais frente a dinâmica da realidade econômica global, recaindo sobre o Direito do Trabalho a obrigação de amoldação ou simples extinção⁴: “Em momentos, por exemplo, de dificuldade financeira, reduzir ou mesmo excluir determinados direitos(...). Seria necessário desregulamentar certos aspectos (...) na relação de emprego, prevista na CLT, os quais passariam a ser regidos por normas decorrentes da negociação coletiva de trabalho.” GARCIA (2013, p.52).

2 PERQUIRIÇÕES ACERCA DA CRISE DA LEGALIDADE E O PÓS-POSITIVISMO RELUTANTE

O pós-positivismo manifesta-se como uma nova forma de compreender a interação entre Direito e sociedade, afastando-se das premissas do direito natural e do direito positivo⁵, emergindo como uma espécie de teoria mista, um híbrido confeccionado pela adoção de concepções oriundas

³ Obviamente, os aspectos acima mencionados correspondem apenas a uma sintetização teórica dos pontos nucleares integrantes das correntes jurídico-econômica ora em estudo. Não significa tratar-se de uma conceituação capaz de rotular políticas públicas ou sistemas jurídicos como contratualistas ou institucionalistas, até porque, na maioria dos casos, essa polarização é inexistente, podendo ser identificado, na realidade, medidas portadoras de ambas as naturezas, porém, em intensidades distintas.

⁴ Para Ana Virgínia Moreira Gomes (2001, p.98): “O anúncio do ‘fim’ do Direito do Trabalho relaciona-se então diretamente com a ideia de que este seria o Direito de um Estado que não mais funciona.”

⁵ Celso Barros (2010, p.162) apresenta síntese simplista, porém, adequada referente a escola do Direito Natural: “Enquanto o Direito Natural tomava conceitos gerais, abstratos para estabelecer as normas disciplinadoras da conduta humana, o Positivismo jurídico colocou-se no extremo oposto e foi encontrar a única explicação do direito na ordem dos fenômenos sociais. O mundo da razão onde se elaboravam os fundamentos do Direito Natural fora substituído pelo mundo da experiência de onde sairia o direito positivo”.

de pensamentos tanto juspositivistas como jusnaturalistas, não havendo uma abrupta ruptura com nenhuma das correntes jusfilosóficas. Aqui, se reconhece o papel da Lei, todavia, atesta-se, também, a importância de uma observância dos princípios norteadores de uma sociedade democrática. Busca-se, assim, importar componentes e ideologias de ambas escolas, moldando-as em uma estrutura única que alicerçara esse novo sistema jurídico.

Luís Roberto Barroso⁶ (2001, p. 17-19) relembra que o desenvolvimento da cientificidade do positivismo jurídico ocorreu estruturado na ambiciosa atitude de redução do Direito ao conjunto normativo em vigor. Uma fase marcada pelo fetichismo dos juristas à lei, que culminaria com o afastamento do Direito de ideais morais. Para o constitucionalista, essa busca de uma máxima objetividade e neutralidade⁷ da ciência jurídica o distanciou da causa da humanidade:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. (...). O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio de processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. (...). Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.

Com a difusão do neoconstitucionalismo⁸, e a passagem da Constituição de uma carta política desvalorizada para o patamar de norma suprema de um ordenamento jurídico, possibilitou-se o desenvolvimento de maiores espaços para discussões morais capazes de afetar a hegemonia da lei, evidenciando que a vinculação conceitual entre Direito e valorações morais se encontra presente desde a concepção do Direito, como manifestação dos valores de uma sociedade, motivo pelo qual não deveria ser combatido e sim abraçado.

Ana Paula de Barcellos (2006, p. 32-35) argumenta que esse estado do constitucionalismo contemporâneo reconhecido como neoconstitucionalismo é dotado de alguns elementos particulares que justificam a ascensão da ciência constitucional, podendo ser estudados em dois distintos grupos: os elementos metodológico-formais e os elementos materiais:

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *In* **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Vol. I. Salvador, set/2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/diálogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2014.

⁷ Sobre a visão da ciência do Direito pelo prisma do positivismo jurídico, Norberto Bobbio (1995, p. 135) esclarece: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato (...). A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”.

⁸ De acordo com Max Moller (2011) o neoconstitucionalismo tem como características: rigidez constitucional, garantia jurisdicional da Constituição, força vinculante da Constituição, sobreinterpretação da Constituição, aplicação direta das normas constitucionais, interpretação conforme a lei, influência da Constituição sobre as relações políticas.

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende boa parte a compreensão dos sistemas jurídico-ocidentais contemporâneos. São elas: (i) normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição”. (...). Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobre tudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Essa breve análise evidencia que um dos desafios do positivismo jurídico em sua vertente tradicional repousava no fato de que a norma jurídica não possuía sua carga coativa vinculada ao alcance de determinados *standards* morais (incontáveis são os exemplos de leis criticadas por apresentarem conteúdo injusto ou imoral)⁹, ou seja, a validade de uma norma jurídica e a sua imperatividade eram características dissociadas de questões referentes à justiça, pois “a circunstância de ser uma norma jurídica justa ou injusta, é uma investigação exclusivamente ética e qualquer que seja a conclusão, continuará ela a ser norma jurídica e, portanto, direito.” COELHO (2008, p. 223).

A moderna dogmática jurídica defende a superação desse cenário presente em teorias reducionistas, reconhecendo que uma coisa é a norma positivada, outra o próprio Direito. A ciência do Direito vai além do legalismo estrito de seus enunciados normativos, sua validade deve encontrar respaldo no sistema de valores fundamentais reconhecidos pela sociedade em determinado momento histórico, formando um conjunto de fontes jurídicas a serem adotadas e respeitadas: “o neoconstitucionalismo acentua o novo caráter adquirido na atualidade pela teoria (...) têm proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não-positivistas. (...) distingue-se da abordagem positivista do Direito (...) eminentemente descritiva e preocupada em identificar de modo avalorativo (ou normativamente inerte) o que é o Direito.”¹⁰

O pós-positivismo, extraído das bases desse constitucionalismo moderno, não corresponde a uma teoria idealista, edificado sobre concepções metafísicas e abstratas de busca pela moralidade. Em síntese, a teoria jurídica do pós-positivismo constitui um novo modelo de pensamento que tenta aproximar o direito da perspectiva moral e política, quando da resolução de conflitos sociais,

⁹ Corroborando com a problemática de redução do Direito e da Justiça à lei, Paulo Magalhães da Costa Coelho (2008, p. 223) assim se pronuncia: “Situações existem – e não são raras assim – em que determinada norma jurídica, produzida formalmente dentro dos cânones da Ciência Jurídica, que consagrará tamanha iniquidade e injustiça, negando, por exemplo ao homem, o direito a uma existência digna não só no plano material, como ainda, no ético”.

¹⁰ SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. In **XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA – Manaus**. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 01 ago. 2018, p. 3346.

sem que haja um abandono do sistema normativo. Sua trilha argumentativa é delineada sobre a conjectura de que a teoria do Direito deve experimentar maior conexão conceitual com elementos dotados de conteúdos morais, efetivando valores de humanidade, justiça, equidade, razoabilidade, legitimidade, todos constitucionalmente estabelecidos¹¹.

A dogmática moderna oriunda do pós-positivismo reconhece o pluralismo e a dialética como características inerentes ao sistema jurídico, reaproximando o Direito da filosofia, em especial no que se refere tanto a uma maior incorporação constitucional de princípios inspirados na dignidade da pessoa humana, como na releitura aplicada a esses mesmos princípios.

Essa alteração de paradigma oriunda do pós-positivismo começa a conquistar espaço no cenário jurídico atual, possibilitando aos princípios constitucionais alcançarem uma nova dimensão de importância. Começam a ganhar força própria como regras jurídicas, alcançando um novo *status*, centralizado no reconhecimento da sua carga valorativa, evidenciados pela sua função normativa.

Para a moderna hermenêutica constitucional, os princípios deixam de ser vistos apenas pelo prisma abstrato, valores de incidência limitada, dando espaço a teorias que defendem o Direito como um sistema aberto, possibilitando a aplicação de comandos principiológicos de forma direta e imediata.

Essa normatividade concedida aos princípios constitucionais, acompanhada da permeabilidade da Constituição a dispositivos externos aos enunciados positivados, representa um novo momento do direito constitucional brasileiro, mais adequado à consecução dos ideais de direitos fundamentais e justiça social, afastando-se das vicissitudes da inflexibilidade que a ciência do Direito assumia em um modelo de positivismo legalista.

O pensamento pós-positivista busca ir além do mero ato de subsunção da norma ao fato (método positivista), evitando limitações generalizadas em que a solução de problemas jurídicos ocorria apenas como base nos textos normativos positivados. Uma teoria capaz de acarretar em resultados socialmente indesejados, em especial quando da análise de *hard cases*. Esses, principalmente, não podem ser resolvidos por aplicações mecanicistas da lei, cabendo ao jurista adotar um processo hermenêutico norteado pelas demais fontes do direito, em especial os princípios constitucionais que regem seu sistema legal.

Não se quer, com isso, afirmar que os modelos jurídico-positivistas tenham sido estruturados com uma absoluta separação entre direito e moral. Esse, certamente, não é o caso. Todavia, o que o pós-positivismo argumenta é que uma coisa é o reconhecimento da moral como elemento existencial, outra coisa é o conteúdo concedido ao seu núcleo, ou seja, a depender do modelo jurídico em questão, a moral experimentará uma variação de relevância quando do embate com normas jurídico-positivadas.

11 ¹¹ Rafael Marcílio Xerez (2014, p. 129) explica: “A compreensão da constituição como fundamento de validade das demais normas integrantes do ordenamento jurídico, não apenas sob um aspecto formal, mas também sob uma dimensão material, a qual abrange a aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais com os valores protegidos em âmbito constitucional, revela-se, portanto, incompatível com as teorias jusnaturalista e juspositivista. Esta concepção demanda a criação de uma terceira via teórica acerca do fundamento do direito, a qual vem sendo denominada, genericamente, de neopositivismo”.

Como crítica maior ao conceito complexo do pensamento pós-positivista, a doutrina científica juspositivista apresenta o fato de se tratar de uma teoria capaz de aumentar o grau de indeterminação da ciência do Direito. Sob a justificativa de aproximar o direito da ética, seria permitido aos operadores um perigoso desapego de conteúdos mínimos do positivismo, mitigando a objetividade do Direito e dando espaço para decisões judiciais fundamentadas¹² em interpretações ético-jurídica pessoais. Uma imperfeição que não ocorreria no cenário de neutralidade presente no positivismo jurídico, motivo o qual “o positivista entende que o magistrado aplicador do direito conforme suas convicções pessoais compromete a segurança jurídica, argumentando que juízes com posições diferentes poderiam decidir de forma distinta casos similares. Que ao judiciário não seria atribuída legitimidade de criar um novo direito, ainda que ‘melhor’ e mais conexo à realidade social”. (DAURTE; MARQUES, 2014, p.3596).

Como segundo argumento apresentado pelos juspositivistas contra as bases teóricas do pós-positivismo, questiona-se o fato de se tratar de um modelo capaz de afetar o próprio Estado de Direito, por ofender a separação de poderes do Estado, acarretando em uma ingerência indevida do Poder Judiciário. Alega-se que na busca por uma máxima efetividade de princípios constitucionais, seria permitido que juízes realizem julgamentos pautados em convicções pessoais, substituindo, de maneira ilegítima, o Poder Legislativo¹³.

Argumentos válidos, mas, até certo ponto, já refutados, pelo fato de que já não mais se questiona que a presença de certo grau de imprecisão na ciência do Direito não é capaz de retirar seu *status* de ciência, reconhecendo-se que não se trata de uma ciência exata e sim dialética, sendo dominado por incertezas, em especial frente aos distintos métodos de interpretação a serem adotados, bem como pelo fato de nosso sistema relativizar, em inúmeras situações, a teoria da separação de poderes.

Nesse desiderato, a concepção do fenótipo pós-positivista da ciência jurídica se distancia da matriz juspositivista tanto pela sua natureza teórica (doutrina ética do direito), como pela forma com que incidirá nas relações sociais, solucionando situações concretas pautadas em fundamentos ético-jurídicos, delineando uma ordem principiológica com aptidão para acarretar em direitos e obrigações que não estejam estritamente positivados no sistema normativo, mas que necessitam de plena efetivação pelo Estado e até mesmo por particulares.

Chamamos essa nova concepção de pós-positivismo relutante porque - apesar dos inúmeros avanços quanto ao reconhecimento de teorias destinadas a superar as amarras do espírito positivista em busca de um efetivo alcance dos valores supremos consagrados pela Constituição –

12¹² Afinal, conforme estabelece Max Moller (2011, p.37): “a constituição tem força vinculante quando suas normas são diretamente aplicadas; (...) A aplicabilidade direta das normas constitucionais constitui um passo adiante em relação ao controle de constitucionalidade. A partir dessa qualidade, é possível utilizar a norma constitucional não apenas para orientar e limitar o conteúdo das leis, mas também para fundamentar pretensões diretamente em uma norma constitucional.”

13¹³ Nesse sentido, adequado adicionar que para Norberto Bobbio (1995, p. 226): “A afirmação do dever absoluto de obedecer à lei encontra sua explicação histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou a fonte única do direito, mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade; e, como a valoração de um comportamento se funda numa norma, podemos acrescentar: o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem”.

ainda percebe-se elevado grau de receio (e mesmo rejeição¹⁴) por parte dos operadores do direito em libertar-se do paradigma jusfilosófico do normativismo em sua vertente tradicional, evadindo-se de teses que advogam pelo reconhecimento do direito como sistema aberto e a sua adequação as necessidades sociais, sempre sob a mesma justificativa de segurança jurídica e preservação da separação de poderes.

O *boom* doutrinário do pós-positivismo, oriundo de um berço que remete-se ao período pós-guerra, foi acompanhado do desenvolvimento vertiginoso de pesquisas inéditas nos variados campos do direito. Todavia, ao contrário do que se acreditava inicialmente, esse fato não acarretou no seu amplo reconhecimento jurisprudencial, ainda existindo relutância significativa em relação a fundamentação das lides com base em princípios, costumes ou valores integrantes do paradigma do pós-positivismo constitucional. Esses são constantemente superados por uma aplicação mecanicista da norma positivada, independentemente de quão inadequada ou injusta tais normas aparentem ser¹⁵.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p.12) reconhece que as normas de um sistema jurídico representam parâmetros a serem seguidos por um intérprete, construindo assim um núcleo de certeza que trará certo grau de previsibilidade para as relações sociais. Todavia, também defende que cabe ao aplicador do Direito a adequação da norma jurídica ao momento histórico e social a qual está sendo aplicada. Também é o entendimento de Ivan Lira de Carvalho (1993, p.53), enfatizando que o “texto frio e latente, espelha tão só o instante da sua confecção ou do seu incorporamento ao conjunto normativo. Cabe ao interprete vivificá-la e dar-lhe a destinação adequada às exigências sócio-culturais”.

Nesse sentido, não é contraditório ou mesmo paradoxal reconhecer que, mesmo se existisse uma adequada regulação normativa, considerando a capacidade metamórfica e dinâmica da sociedade, esta última sempre estará um passo a frente da realidade normativa positivada¹⁶, o que demonstra ser essencial evitar equívocos de restrição da ciência do Direito apenas ao campo jurídico da norma estatal. A adequação do Direito a atualidade social necessita de ideologias positivistas e naturalistas, e a única teoria que conseguiu, eficazmente, conciliar harmonicamente importantes elementos integrantes de ambas as escolas, corresponde ao paradigma constitucional do pós-positivismo jurídico.

3 GRADUALISMO REGULADOR E OS AVANÇOS E RETROCESSOS NO PROCESSO DE NORMATIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

É irrefutável o argumento de que a própria Constituição brasileira foi a maior responsável em estabelecer a obrigatoriedade de um modelo de mercado que fomente a cooperação entre capital

14 ¹⁴ A título de exemplo, pode-se apontar o texto do jurista catalão Albert Calsamiglia, que apresenta severas críticas a teoria do pos-positivismo em seu artigo “*Postpositivismo*”, disponível em: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf, acesso em 15/07/2018.

15 ¹⁵ Tratam-se, conforme a doutrina de Norberto Bobbio, das chamadas lacunas ideológicas.

16 ¹⁶ Conforme advertiu o jurista francês Geroges Ripert: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o Direito”.

e trabalho¹⁷. Trata-se de um objetivo harmonioso e que apenas pode ser alcançado por meio de um sistema intervencionista, portador de um elevado grau de regulação a incidir tanto sobre o setor econômico como sobre as relações de trabalho, pois, conforme nos lembra Charles Handy (1999, p. 131): “Se deixadas por si, as coisas não funcionam necessariamente para melhor. O *laissez-faire* é desprovido de valor. Ninguém é responsável por ninguém. Isso é egoísmo inadequado e pode ser autodestrutivo. Precisamos de algo melhor. O capitalismo, como ideia, inclui o capital social bem como o capital econômico. Um deles, sem o outro, não vai funcionar por muito tempo.”

Nesse ponto, cabe um adendo. Obviamente que esse processo regulatório não pode ser encarado com leviandade, não devendo ser confundido com a simplicidade de produção de um número maior de leis. As heranças históricas de nosso sistema jurídico já nos transforma em uma nação portadora de elevado grau de regulação. Essa enxurrada normativa não necessariamente significou uma melhor tutela estatal dos direitos fundamentais.

Esse exagero de leis traz elevada dificuldade de acompanhamento quando de suas mudanças. Regras anacrônicas, múltiplas antinomias, continuam a se proliferar, amontoando-se a outras normas esvaziadas de qualquer eficácia social. O desdobramento desse problema de “empilhamento normativo” não é apenas teórico. Afinal, em um cenário onde os próprios especialistas do direito experimentam grande dificuldade para compreender as leis, o que se pode esperar do cidadão comum?

Todavia, o necessário aperfeiçoamento da função legislativa é um problema que não é monopolizado pelo Brasil e certamente desvia de nosso objeto central de reflexão¹⁸.

O processo de “gradualismo regulador”, ora defendido, deverá aflorar pautado em uma maior acuidade perante a complexidade da questão enfrentada, necessitando serem forjadas de forma harmônica aos ideais pós-positivistas, reconhecendo o dinamismo da sociedade contemporânea bem como festejando o Direito como um sistema aberto¹⁹, seguindo “uma nova tendência legislativa, em que a preocupação maior é com a harmonia das relações.” (CALMON,

17¹⁷ Art. 170, CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

18¹⁸ Para Eliana Calmon (2001, p. 45) a lógica da alocação de princípios ao Direito, e o abandono desses da mera função simbólica para uma função efetiva, trata-se de uma alteração do epicentro do Sistema Jurídico, resultado da compreensão de que a lógica de redução do direito a norma positivada havia deixado desguarnecido de proteção distintos conflitos, em especial aqueles oriundos de uma “nova onda de demandas” oriundos da “velocidade da vida”. Para a autora “as normas jurídicas vem perdendo, gradativamente, a capacidade de ordenar e moldar a sociedade. (...) O fenômeno atinge a todos, sejam países da *common law*, que adotam para o Judiciário o sistema de precedentes, como também nações que, como o Brasil, pautam-se no sistema da legalidade ou da segurança jurídica, a *civil law*.”

19¹⁹ Em sentido similar, porém apresentando uma problemática distinta, merece destaque a tese “regulatory renaissance” de PIORE e SCHANK (2008). O argumento dos autores é dividido em duas partes. A segunda, a qual nos filiamos, entende que um dos problemas experimentados a título de efetividade da normatização trabalhista em países da América Latina se refere não apenas ao teor da norma, mas principalmente, à fiscalização do Estado. Para os autores, o cenário experimentado por esses países é o de um Estado “incompetente ou até mesmo corrupto”. Argumentam que pouco adiantaria o desenvolvimento de normas regulatórias do trabalho em uma atmosfera em que a fiscalização trabalhista atua de forma inadequada. Realçando a aplicação desse argumento ao cenário Brasileiro, merece destaque o fato de que no ano de 2014, conforme dados do SINAIT (Sindicato Nacional dos Auditores do Trabalho), o Brasil experimentava um contingente de apenas 2.741 Auditores-Fiscais do Trabalho. Um número longe do ideal frente ao exponencial crescimento econômico do país. Inclusive, no ano de 2012, dados do IPEA demonstravam a necessidade de um aumento mínimo de 5.800 auditores para que eles conseguissem, de forma adequada, assegurar o cumprimento da normatização trabalhista. Essa insuficiência no número de AFT fez com que o SINAIT, no dia 19/05/2014, apresentasse denúncia oficial na OIT contra o governo brasileiro pelo descumprimento da Convenção Nº 81, art. 10, da OIT, que prevê que “o número de inspetores do trabalho será o suficiente para garantir o desempenho efetivo das funções do serviço de inspeção (...)”.

2001, p. 47).

A realidade é que não deveriam existir dúvidas quanto ao fato de que o ordenamento brasileiro em vigor adotou fortes traços de um modelo de institucionalismo, em que se repassou ao Estado a responsabilidade de limitar a autonomia individual dos membros da sociedade²⁰. No entanto, também torna-se evidente que esse grau de intervencionismo estatal na regulação de trabalho tem, desde 1964 (substituição da estabilidade decenal pelo regime do FGTS²¹), experimentado distintas regressões sociais, permitindo a inserção de elementos caracterizadores em modelos eminentemente contratualistas, marcados pela prevalência da livre vontade intrapartes, ou seja, da autoridade empresarial e do trabalhador.

Isso significa que, no âmbito do sistema de relações de trabalho pátrio, pode ser identificado a influência das matrizes do capitalismo de livre mercado, com a existência de uma ruptura com o modelo institucionalista “puro”, convergindo-se para a adoção de um “sistema híbrido”, dotado de muitos dos parâmetros característicos em ordenamentos contratualistas, permitindo maiores níveis de discricionariedade empresarial. Essa “ruptura institucional promovida em abril de 1964, além de lançar o Brasil num contínuo processo de concentração de poder, marca a ampliação da internacionalização da economia brasileira e sua definitiva inserção numa sociedade de consumo de massas” (MENDES, 2007. p. 52).

O grande problema oriundo da adoção desse modelo repousa na existência de uma notória inter-relação entre concentração de capital e poder com insegurança e precarização social. O avanço de um é, comumente, acompanhado pelo cerceamento do outro, mesmo que, em muitas das vezes, esse processo seja menos evidente, ocorrendo de modo não linear.

Desmistificando qualquer ilusão que desconhece a correlação entre retirada/concentração, estabilidade/instabilidade, em um sistema de acúmulo de capital, James Petras (1996, p.126) argumenta que há uma perspectiva global de competição capitalista decisivo para a manutenção do sistema, qual seja, o fato de que “as mudanças dos direitos trabalhistas e sociais, assim, estão incorporadas em um discurso centrado na produtividade e competitividade. Esta abordagem assume a primazia dos interesses capitalistas”. Continuando seu raciocínio, PETRAS (1996, p. 126) assinala que “No intuito de se tornarem mais competitivas, como exigência do mercado, as empresas procuram reduzir os custos da produção, por diversos meios, dentre os quais o rebaixamento dos salários, a extinção de vantagens obtidas pelos trabalhadores e de postos de trabalho, sem perspectivas de recuperação

Conforme alertado, sob a justificativa de aumento dos direitos de liberdade empresarial, desde a década de 1960 a organização do trabalho, no Brasil, vêm direcionando-se a adoção de um modelo de espírito contratualista, retirando-se, gradualmente, garantias institucionais estabelecido

²⁰ ²⁰ Essa necessidade regulação social pelo Estado demonstra-se necessário pelo evidencia de que o crescimento econômico sem parâmetros ou limites não significará o progresso social de uma nação. Antônio Rodrigues de Freitas Júnior (2011, p.21) nós lembra que “Não quer dizer que um ambiente econômico favorecido traga como subproduto, invariavelmente, expansão de direitos sociais, redução da desigualdade, nem mesmo automático alívio da pobreza. Vimos, por exemplo, como o crescimento econômico do primeiro período da Revolução Industrial trouxe poucos benefícios sociais e muita pobreza absoluta.”

²¹ ²¹ A criação do FGTS ocorreu por meio da Lei 5.107/66, responsável em iniciar o processo de supressão da estabilidade decenal estabelecida pelo artigo 492 da CLT.

nas relações de trabalho, ao mesmo tempo que são desenvolvidas novas espécies de contratos laborais, esses, dotados de uma natureza mais flexível para “supostamente” melhor se adequarem a modernidade²².

Em estudo específico acerca da flexibilização normativa dos institutos do Direito do Trabalho ocorrido nos governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e Luiz Inácio da Silva (Lula), Grijalbo Fernandes Coutinho (2009, p.73) identifica inúmeras políticas neoliberais que acarretaram na precarização das relações de trabalho. Para o pesquisador, no governo de FHC, pode-se identificar: contrato a tempo parcial (que, ferindo as máximas de isonomia, reduziria direitos trabalhistas como aviso prévio, FGTS e contribuições sociais), banco de horas (lei 9.601/98 passou a possibilitar a compensação de horas extraordinárias, desde que dentro do limite de cento e vinte dias; A MP 2.164-41 de 2001 continuaria o processo flexibilizante, aumentando o prazo de compensação para um ano), Não remuneração de até dez minutos diários de sobrejornada (MP 2.164-41, indo de encontro a expressa previsão constitucional que estabelece a obrigatoriedade de remuneração do trabalho extraordinário, independentemente de sua quantidade), Retirada da natureza salarial de inúmeras verbas trabalhistas historicamente reconhecidas como salário (Lei 10.243/2001), Suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional (MP 2.164-41, para o autor verdadeiro retrocesso por contrariar “a lógica do interesse, por parte do empregador, em prestar os melhores serviços aos seus clientes, arcando com o ônus respectivo.”), entre outras formas de flexibilização.

Adentrando o governo Lula, Grijalbo Fernandes Coutinho (2009, p.117) aponta: redução de direito dos trabalhadores pela Lei de Falência (Lei n. 11.101/2005, aprovado sobre “uma propaganda enganosa no sentido de que é melhor o empregado perder um pouco do seu crédito a colocar em risco o posto de trabalho. No final do processo, bem sabemos que a maior parte dos trabalhadores não consegue manter o emprego, além de ter o seu crédito reduzido.”), “desreconhecimento” do vínculo empregatício entre motorista de transporte de carga e empresa do setor (Lei n. 11.142/2007), autorização para contratação de trabalhadores rurais sem anotação na CTPS (MP n. 410 de 2007), concessão de crédito bancário mediante desconto na folha de pagamento do empregado (MP 10.820 de 2003, estabeleceu o chamado “crédito consignado” que contribuiria para o endividamento de muitos trabalhadores brasileiros. Para o autor, os benefícios dessa modalidade de flexibilização não foram colhidas pelo empregador, e sim pelos bancos “que passaram a ter uma clientela até então fora de seu alcance comercial direto, com garantia do recebimento de tais empréstimos mediante taxas de juros exorbitantes”) (COUTINHO, 2009, p.142), autorização para redução do intervalo intrajornada via negociação coletiva (Portaria n. 42 de 2007), apenas para citar algumas das medidas precarizantes.

Os exemplos acima evidenciam que o ideário neocontratualista tem experimentado certo grau de sucesso em estimular a disseminação de sua doutrina sobre os institutos do Direito do Trabalho brasileiro, ao mesmo tempo em que busca a substituição da intervenção do Estado pela

²² Defende-se uma ilusão de cooperação voluntária, estruturada na autonomia contratual das partes e na capacidade delas de produzirem maiores vantagens a cada um. Porém conforme nos lembra Timothy J. Gorringer (1997, p.61), sem a intervenção do Estado, não há uma divisão de benefício já que “a ideia de cooperação voluntária sempre foi uma ficção, pois os fortes tem os fracos à sua mercê”.

autonomia privada. Trata-se de uma afirmação que pode ter toda sua gênese história traçada com precisão (conforme relatado nos parágrafos anteriores) e que invariavelmente resultou em um modelo de Reforma Trabalhista, no ano de 2017, incapaz de surpreender estudiosos do direito trabalhista que já chamavam a atenção para esse problema de expansão de ideários ultraliberais no ramo científico do Direito do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi mediante a apresentação de uma premissa ludibriadora, centralizada no mito de que o fortalecimento que os sindicatos experimentaram nas últimas décadas, alcançando maiores níveis de organização e comprometimento, seriam o suficiente para superar a assimetria existente entre a relação capital e trabalho, que se justificou a necessidade de uma gradual diminuição do dirigismo estatal, deixando espaço para que os próprios interlocutores sociais definissem, mediante negociação, as regras que comporão as relações de trabalho, adequando-as as realidades de cada contexto laboral²³.

O argumento apresentado por essa corrente ultraliberal, para justificar a retirada da tutela estatal e o fortalecimento da autonomia contratual das partes, se trata de uma hipótese não evidenciada pela realidade brasileira.

É verdade que a estrutura sindical nacional tem experimentado avanços positivos nos últimos anos. Todavia, isso não significa que os sindicatos já detêm uma força e autonomia capaz de fazer frente com a classe empresarial que lhe opõe. Ainda há muito a se conquistar até que as entidades sindicais consigam demonstrar que o Estado pode passar a ocupar um papel coadjuvante no âmbito da regulação laboral²⁴. Não se trata de desvalorizar o direito coletivo do trabalho, nem mesmo de menosprezar a importância do diálogo social entre os atores envolvidos no mundo do trabalho, e sim de uma conscientização que, facilmente, pode ser comprovada, para isso basta observarmos o incremento de cláusulas em instrumentos coletivos destinados não ao progresso, e sim a regressividade social, mitigando direitos e garantias essenciais, anteriormente alcançados.

O modelo de sindicalismo atual ainda não se encontra preparado para assumir o palco principal da atividade tutelar dos direitos e garantias dos trabalhadores, que seria a realidade que justificaria a mudança de perspectiva mediante o início de um processo de diminuição do

23²³ Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013, p.52): “Salienta-se que o tempo necessário para qualquer mudança na legislação trabalhista, como de um dispositivo da CLT, torna praticamente impossível atender às necessidades e urgências inerentes ao mundo do trabalho atual, cuja dinâmica, além de superar as previsões que são feitas, é mais célere do que os atuais processos legislativos, normalmente formais e burocráticos. Como se não bastasse, as entidades sindicais, por meio de procedimentos mais rápidos e informais, de natureza negociada, estariam mais aptas a criar e adaptar as normas específicas para cada circunstância e setor da econômica, por meio da negociação coletiva de trabalho, procedimento democrático que disciplina as relações de trabalho e pacifica os conflitos trabalhistas.”

24²⁴ Reitera-se que reconhecemos a complexidade inerente a essa questão, bem como a problemática central desse argumento, qual seja, a manutenção do *status quo*, pois, ao se entender pelo despreparo das entidades sindicais contemporâneas, pode-se justificar a perpetuação do modelo corporativista em vigor entendendo, como adequado, o elevado grau de intervencionismo do Estado nos órgãos sindicais, impedindo que se possa alcançar a tão almejada liberdade sindical. Portanto, entre essas duas perspectivas polarizadas, manifesta-se um verdadeiro “dilema de Antígona”, questionando-se se melhor seria conceder um grau maior de liberdade para as entidades sindicais adequarem direitos e obrigações nas relações de trabalho ou, considerando o despreparo dessas entidades, mais seguro para a manutenção de direitos históricos dos trabalhadores, seria um maior preenchimento das fontes jurídicas por meio do Estado?

grau de intervencionismo do Estado acompanhado de proporcional fortalecimento de um modelo contratualista.

Pelo contrário.

Nesse atual contexto, a melhor saída para a realidade experimentada pelo Direito do Trabalho brasileiro, seria um retorno das teorias centralizadas em uma maior participação do Estado na regulação das relações laborais, resgatando a ideia de limitação das cláusulas contratuais em matéria de direitos sociais básicos, onde essas não mais prevaleceram sobre as normas oriundas do Estado quando estabelecer condições inferiores aos direitos sociais historicamente conquistados, não se podendo tolerar a retirada de direitos de trabalhadores sob a simples justificativa de necessidade de modernização empresarial que permitiriam uma maior competitividade da empresa brasileira em um mundo globalizado²⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BARROS, Celso. O direito como razão e como história. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. São Paulo, v. 1, out/2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *in* **Revista Diálogo Jurídico**. ano I, vol. 1, Salvador, set/2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 01/03/2019.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CALMON, Eliana. As Gerações dos Direitos e as Novas Tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 39, jul./set. 2001.

CARVALHO, Ivan Lira. A Interpretação da Norma Jurídica (Constitucional e Infraconstitucional). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 83, n. 693, p. 50-58, jul. 1993.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. A Ciência do Direito: Uma Ciência sem Valores? **Revista**

²⁵ Coadunando com esse posicionamento Dinaura Godinho Pimento Gomes (2007, p.20), que ao refletir acerca da dispensa da tutela de intervenção do Estado nas relações justas trabalhistas, aponta que: “Inegavelmente, tais exigências colidem com os princípios fundamentais a reger o Estado Democrático de Direito, eis que, sob sua égide, acima dos interesses voltados a aumentar a eficiência produtiva, mantendo-se o alto nível de competitividade, está a dignidade do trabalhador. Assim e bem ao contrário do que propugnam esses ideólogos do neoliberalismo, ao Estado cumpre cada vez mais intervir nas relações jurídicas, para garantir a realização dos direitos fundamentais de cada cidadão, principalmente através do trabalho, enquanto meio preponderante de assegurar o direito à vida com dignidade”. Para KAUFMANN (2006), torna-se absolutamente necessário a busca por propostas de reformulação da dogmática do Direito do Trabalho, recuperando a natureza expansionista dessa ciência jurídica, dotando-a de ferramentas normativas adequadas para a tutela do homem que encontra-se inserido nesse mar de flexíveis formas de prestação da mão de obra.

do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, n. 22, v. 06, , p. 199-230, set/2008.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula.** São Paulo: LTr, 2009.

DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Pós-positivismo e hermenêutica: o novo papel do juiz ante à interdisciplinaridade e a efetiva tutela dos direitos fundamentais. *In XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA – Manaus.* Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 01 ago. 2014.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. História Universal e Direito do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo, v. 144, out/2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 70 Anos da Consolidação das Leis do Trabalho e Reforma Trabalhista: O debate sobre a desregulamentação e a flexibilização. *In Revista de Direito do Trabalho.* São Paulo, v. 150, mar/2013.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direitos Fundamentais e sua Aplicação no Mundo do Trabalho – Questões Controversas.** São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesse econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, v. 58, jan/2007.

GORRINGE, Timothy J. **O Capital e o Reino: ética teleológica e ordem econômica.** São Paulo: Paulus, 1997.

HANDY, Charles. **Além do capitalismo.** São Paulo: Makron Books, 1999.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Por uma nova dogmática do direito do trabalho: implosão e perspectivas.** *In Revista de Direito do Trabalho.* São Paulo, v. 121, jan./2006.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e Mercado de Trabalho: Trajetória e Interação Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Economia. Campinas, 2007.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

PETRAS, James. **Brasil: a Retirada dos Direitos Sociais e Trabalhistas.** *Revista de Ciências Humanas.* Universidade de Santa Catarina. Florianópolis, n. 2, v. 14, jul/dez. 1996.

PIORE, Michael J. SCHRANK, Andrew. Toward Managed Flexibility: The Revival of Labour Inspection in the Latin World. *In International Labour Review.* Geneva, n. 01, v. 147, jan. 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. *In XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA – Manaus*. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 01 ago. 2014.

SOARES FILHO, João Batista. A Crise do Direito do Trabalho – Diagnóstico e Perspectivas de Superação. *Revista Científica*. São Paulo, n. 1, v. 2, jan./jun. 2007.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas. *In Revista de Processo*. São Paulo, v. 150, ago./2007.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Como citar: ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Contratualismo x institucionalismo: a busca por um caminho para a ciência do direito do trabalho. WTO-OSC/ds267 – Pland Cotton. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 166-182, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p166. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 19/04/2019.

Aprovado em: 23/07/2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A TEORIA DA JUSTIÇA THE THEORY OF JUSTICE

Leonardo Cosme Formaio¹

Como citar: FORMAIO, Leonardo Cosme Formaio. A teoria da justiça. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 183-186, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p183. ISSN: 2178-8189

Resumo: A resenha tem por finalidade apresentar, de forma ampla, a Teoria da Justiça formulada por John Rawls, consignadas em sua obra “Uma Teoria da Justiça”. Para tanto, abordada os dois primeiros subcapítulos da introdução da mencionada obra, quais sejam, “Uma Teoria De Justiça - Uma Resposta Ao Utilitarismo Clássico”, no qual é apresentado o contexto teórico no qual é formulada a teoria política do pensador norte-americano, à época demarcada pela predominância da teoria da justiça utilitarista, baseada, em síntese, na maximização da divisão dos bens os quais são escassos. Posteriormente, será tratado do contexto material social no qual fora formulada a teoria em estudo, disposta no subcapítulo “Os Pressuposto Para Uma Teoria da Justiça, pautadas na escassez dos recursos, na vontade infinita dos agentes sociais e nas suas características, como a racionalidade e a razoabilidade, as quais permitiriam a formulação de fins individuais e também sociais (universais).

Palavras-Chave: Teoria da Justiça. Oposição ao Utilitarismo. Distribuição justa.

Abstract: The purpose of the review is to present, broadly, the theory of justice formulated by John Rawls, which is contained in his work “A Theory of justice”. To this end, approached the first two sub-chapters of the introduction of the planned work, namely, “A Theory of justice-a response to the classic utilitarianism”, in which is presented the theoretical context in which the political theory of the Thinker is formulated American, at the time demarcated by the predominance of the theory of utilitarian justice, based, in summary, on the maximization of the division of goods which are scarce. Subsequently, it will be treated from the social material context in which the theory under study was formulated, prepared in the sub-chapter “The Presupposition for a theory of justice, guided by the scarcity of resources, the infinite will of the social agents and their characteristics, such as rationality and reasonableness, which would allow the formulation of individual and also social (universal) purposes.

Keyword: Theory of justice. Opposition to utilitarianism. Fair distribution.

Os séculos XIX e XX, estavam ligadas aos ideais das doutrinas utilitaristas, no que diz respeito às teorias políticas, na qual foi creditadas as respostas necessárias para a solução dos conflitos entre valores estimados em uma sociedade democrática, tais como a liberdade e a igualdade.

Em sua obra, John Rawls apresenta a sua tese, consistente em, “elaborar uma teoria

¹ Mestrado em andamento em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito em 2013 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Graduado em Direito em 2009 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral e, portanto, a todas as suas versões” (Rawls, 2002, p. 16-27), apresentando a o conceito apresentado por Henry Sidgwick, em sua obra *The Methods of Ethics*, consistente, em suma, de que a sociedade está ordenada de forma justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculando com base na satisfação de todos os indivíduos que a ele pertence (Rawls, 2002, p. 27).

Segundo a doutrina utilitarista, o critério de distribuição dos direitos, deveres, dentre outros bens almejados pelos cidadãos, atem-se na possibilidade de produzir a maximização da satisfação, beneficiários e de felicidade e prazer, admitindo a insatisfação e a infelicidade da minoria social.

Neste contexto, o mérito das instituições sociais está atrelado a uma administração eficiente na divisão dos anseios sociais, possuindo, com efeito, a mesma natureza decisória no âmbito empresarial, preocupada apenas com a maximização dos lucros de sua atividade.

Porém, tal critério de justiça colocaria em confrontação direta os Princípios Democráticos anteriormente mencionados: a liberdade e a igualdade.

Segundo John Rawls, o utilitarismo se torna atraente, pois possui um forte apelo intuitivo, visto que soa racional a maximização do bem eleito, neste caso, a maior satisfação e que portanto, este seria o fim a ser almejado por uma instituição social justa, que justificativas/argumentos morais se apresentam dispensáveis.

Diferentemente do utilitarismo, o pensador norte americano se posiciona de maneira contrária, atribuindo aos sistemas morais são criações de sociedade humanas, concebidos para resolver problemas que surgem quando as pessoas vivem juntas

Indo na contramão desta corrente teleológica, Rawls parte do pressuposto “de que a pluralidade das pessoas distintas, com sistemas separados de fins, constitui uma característica, constitui uma característica das sociedades humanas” (Rawls, 2002, p.29), concluindo que a perda de liberdade da minoria, em qualquer sociedade, não pode se justificar em benefício do bem-estar da maioria, pois a sociedade justa, conclui Rawls, não permitiria nenhuma concessão dos valores de justiça por ela abrangidos,

Assim, diante da violação da liberdade da minoria, em prol do maior saldo compartilhado pela maioria, ante da universalização da moralidade e homogeneização da natureza humana proporcionada pela corrente utilitarista, Rawls estabelece a sua Teoria da Justiça, a qual tem por escopo a distribuição equânime dos direitos e deveres sociais.

A sociedade, na dicção de Rawls, se trata de um “empreendimento cooperativo que visa o benefício mútuo” (Rawls, 2002, p. 05), formado por pessoas *mais ou* menos autossuficientes em relação a umas às outras, geridas por certas normas de conduta, por elas reconhecidas, permitindo aos seus cooperados/participantes uma vida melhor, proporcionada por esta associação.

Para a organização desta sociedade é preciso uma base principiológica, calçadas na busca pela Justiça Social, entendidos como “sendo um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos

da cooperação social” (Rawls, 2002, p. 05).

Para a formulação destes princípios gerenciadores, Rawls parte de alguns pressupostos sociais, apresentando as problemáticas que tais princípios deverão suportar: i) a escassez moderada de recursos; ii) o pluralismo social e iii) a racionalidade e razoabilidade dos membros da comunidade política.

Os bens disponíveis na natureza e na sociedade são evidentemente menores do que as exigências sociais; ao mesmo tempo que a sociedade é marcada pelos desejos infinitos dos indivíduos, de modo a instaurar-se conflitos, diante da escassez destes recursos. Deste modo, o empreendimento social é vivenciado por certos conflitos de interesses permanentes, proporcionados pela moderada oferta de bens e grande demanda e procura dos indivíduos.

Rawls parte deste pressuposto conflitante, ou seja, para se pensar em uma sociedade justa, deve-se partir deste contexto de escassez moderada dos recursos, de modo que qualquer teoria política de justiça deverá balancear a distribuição destes bens escassos, possibilitando uma boa vida dos cidadãos, agora em equilíbrio dada a distribuição equânime dos bens.

O pluralismo das formas de vida também é de suma relevância para a teoria política de Rawls, visto que o conceito de bem e dos demais valores não são comungados por todos os seres cooperados, não havendo mais um bem supremo e universal partilhado por todos, sem distinção, ou seja, as pessoas são distintas em seus anseios e valores.

Rawls pressupõe que os indivíduos sociais são racionais e razoáveis, sendo que esta primeira característica lhes permitiriam a propositura dos fins e metas das suas vidas e seus respectivos meios e a razoabilidade dos indivíduos lhes permitiria a formulação da concepção de bem individual passível de adoção pelos demais entes, evidenciando uma certa capacidade pública de deliberação para o estabelecimento de regras e princípios de justiça aplicáveis para si e também para o corpo social.

Deste modo, diante deste pano de fundo contextual, John Rawls elabora os seus Princípios de Justiça, os quais possuem o condão de regular a distribuição, pelas instituições, dos bens fundamentais (liberdade, igualdade de oportunidades, renda, riquezas, etc.), dentre seus cooperados.

A teoria política de John Rawls possui por mérito a boa tentativa de compatibilização dos dois valores supremos postulado por uma sociedade moderna democrática, o da igualdade e o da liberdade, os quais se apresentavam conflitantes na formulação do conceito de justiça utilitarista. O mérito de John Rawls reside na metodologia empregada na formulação dos princípios gerenciadores sociais, distribuindo de maneira equânime os direitos e deveres sociais, não admitindo possíveis prejuízos da minoria social em prol da maximização do bem estar e da felicidade da maioria, visto que para ele, a liberdade e a igualdade bens são inegociáveis.

Como citar: FORMAIO. Leonardo Cosme Formaió. A teoria da justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 183-186, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p183. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 22/07/2019

Aprovado em: 22/07/2019

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DO CONTRATO SOCIAL THE SOCIAL CONTRACT

Luiz Gustavo Campana Martins ¹

Como Citar: Martins, Luiz Gustavo Campana. Do Contrato Social. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 187-189, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p187. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Trata-se de uma resenha crítica da obra de Rousseau, *Do Contrato Social*. O contrato social garante o homem enquanto cidadão livre, funcionando como fim último, como a própria garantia da humanidade de cada um, valorizando o ser humano e os princípios republicanos. É um verdadeiro consenso em torno do bem-comum, tendo o povo por soberano, e a justiça por objetivo. Nessa linha, os indivíduos se submetem à autoridade da Vontade Geral justamente para garantir sua liberdade dentro da ideia de bem-comum. É esse o espírito que guia o contrato, sendo voltado, essencialmente, à defesa do interesse comum da sociedade.

Palavras-chave: Rousseau. Contrato Social. Vontade Geral.

Abstract: This is a critical review of Rousseau's *The Social Contract*. The social contract guarantees man as a free citizen, functioning as the ultimate goal, as the guarantee of the humanity of each one, valuing the human being and republican principles. It is a true consensus on the common good, the people being sovereign, and justice as the goal. In this line, individuals submit to the authority of the General Will precisely to ensure their freedom within the idea of the common good. This is the spirit that guides the contract, being essentially focused on the defense of the common interest of society.

Keywords: Rousseau. Social Contract. General Will.

Primeiramente, faz-se necessário apresentar o conceito de Estado de Natureza que seria, por assim dizer, uma criação hipotética da vida dos homens num estágio pré-civil, ou seja, antes da existência da sociedade civil – fundamental para entender o pensamento que vai levar ao contrato social.

Para Rousseau, o Estado de Natureza seria um estado de relativa harmonia e concórdia. Nele, os homens não viveriam sob nenhum comando ou governo, sendo guiados primordialmente pelos instintos naturais de autopreservação, regidos pelo princípio do amor de si. As características marcantes do ser humano nesse estado seriam a liberdade, a felicidade e a isolabilidade.

Com o tempo, os homens se aproximam para satisfazerem suas necessidades. Com isso, em determinado momento da história, um indivíduo cerca um pedaço de terra, delimita-o,

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) - Bolsista CAPES. Especialista em Filosofia Política e Jurídica em 2018 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) Graduado em Direito em 2013 pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL)

e diz aos outros que a ele pertence o referido pedaço, criando, segundo Rousseau, a propriedade privada. Esse é o marco do surgimento da Sociedade Civil, uma espécie de contrato que instituiu um estado de desgraça, pobreza e, principalmente, desigualdade.

O autor vai dizer que a partir desse momento criou-se um estado de guerra e violência entre homens, que passaram a disputar as propriedades a partir de então. É nesse contexto que Rousseau vai propor a instituição de um novo pacto social, um contrato que renove as bases da sociedade, remetendo ao povo a soberania do próprio Estado Civil, buscando restabelecer a liberdade e igualdade dos homens.

Dessa forma, a solução encontrada pelo autor é o contrato social, através do qual promove-se a “alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por tornar onerosa para os demais” (ROUSSEAU, 1973, livro I, cap. VI).

É importante destacar que as pessoas se filiam ao contrato em razão do seu próprio bem, de sua liberdade, e não por outros motivos, e, assim, o contrato exerce uma dupla proteção: a privada, de cada indivíduo com seus bens; e também a comunitária, que gira em torno do bem-comum, uma não estando em conflito com a outra, pois, durante a filiação ao contrato, espera-se que as pessoas atuem efetivamente como membros da ordem política, como cidadãos, defendendo ambas acepções de proteção.

O contrato garante os seres humanos enquanto cidadãos, garante a liberdade. Não é o meio, mas sim a própria garantia da humanidade de cada um, valorizando o ser humano e a república. Frisa-se também que a liberdade civil, longe de ser um direito absoluto, é limitada pela Vontade Geral.

Nessa linha, os indivíduos se submetem à autoridade da Vontade Geral justamente para garantir sua liberdade dentro da ideia de bem-comum. É esse o espírito que guia o contrato, sendo voltado, essencialmente, à defesa do interesse comum da sociedade. Esse interesse não representa, necessariamente, a vontade da maioria, nem sequer a vontade dos particulares, mas representa sim a busca por um estado de justiça, igualdade e liberdade. Por esse viés, tem-se que o interesse particular não deve se sobrepor ao coletivo, mas que também não pode deixar de ser atendido.

As ações afirmativas podem ser entendidas como uma manifestação da Vontade Geral em Rousseau, uma vez que incluem as minorias no espaço comum da sociedade. Afinal, uma sociedade que exclui não promove o bem-comum.

A noção de igualdade em Rousseau se dá na medida em que se exige a alienação total dos homens para estabelecerem o pacto, ou seja, cada um deve dar-se por inteiro, uma condição igual para todos, a fim de que o interesse particular não se sobreponha ao coletivo, mas que também não deixe de ser atendido.

Por derradeiro, entende-se que o contrato social garante o homem enquanto cidadão livre, funcionando como fim último, como a própria garantia da humanidade de cada

um, valorizando o ser humano e os princípios republicanos. Assim, o contrato é um verdadeiro consenso em torno do bem-comum, tendo o povo por soberano, e a justiça por objetivo.

Como Citar: Martins, Luiz Gustavo Campana. Do Contrato Social. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 187-189, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p187. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 02/04/2019.

Aprovado em: 17/07/2019.