

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 23 n. 3, nov. 2019

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA





UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Sílvia Marcia Ferreira Meletti 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. 3 (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) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v.23, n. 3, nov 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, Laudicena de Fátima Ribeiro,
Leonardo Cosme Formaio, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch, Ariella Kely Besing
Motter, Letícia Rodrigues e Silva .

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. ALVARO LUIZ TRAVASSOS DE AZEVEDO GONZAGA (PUC/SP)	DRA. MARIA PRISCILA SOARES BERRO (UNIR)
DR. ALVARO LUIZ TRAVASSOS DE AZEVEDO GONZAGA (PUC/SP)	DR. MÁRTIN PERIUS HAEBERLIN (PUC/ RS)
DR. CLAUDIO LADEIRA DE OLIVEIRA (UFSC)	DRA. PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN (MACKENZIE)
DRA. DAIANE MOURA DE AGUIAR (UAM)	DR. PATRYCK DE ARAUJO AYALA (UFMT)
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR)	DRA. REGINA CÉLIA MARTINEZ (FMU)
DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (UIT)	DR. RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS (UFSC)
DR. EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY (UNIVERSIDAD DE ATACAMA)	DR. THIAGO GONÇALVES PALUMA ROCHA (UFU/MG)
DR. JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR (IMESA)	DR. WILLIAM FERREIRA (PUC/SP)
DRA. JULIANE CARAVIERI MARTINS (UFU)	DR. WILSON ENGELMANN (UNISINOS)
DR. LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA (UNIMAR)	
DR. LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA (UFU)	

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
SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: RENT A JUDGE COMO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
ALTERNATIVE SOLUTION OF CONFLICTS: RENT A JUDGE AS ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS	
<i>Dirceu Pereira Siqueira e Douglas Santos Mazacasa</i>	
O PODER DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA ECONOMIA GLOBALIZADA: AMEAÇA REAL À LIBERDADE NA CONCEPÇÃO REPUBLICANA.....	25
THE POWER OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN GLOBALIZED ECONOMY: REAL THREAT TO FREEDOM IN REPUBLICAN'S DOCTRINE	
<i>Marcos Antônio Striquer Soares e Ruda Ryuiti Furukita Baptista</i>	
REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À MORADIA A PARTIR DO CASO LANCEIROS NEGROS: DA BARBÁRIE À CONCERTAÇÃO	45
REFLECTIONS ON THE RIGHT TO HOUSING FROM THE CASE NEGROOS: FROM BARBÁRIE TO CONCERTATION	
<i>Betânea de Moraes Alfonsin e Daniele Ferron D'avila</i>	
LIMITES E POSSIBILIDADES NA GESTÃO PÚBLICA: A NATUREZA JURÍDICA DE FUNDAÇÕES PÚBLICAS MUNICIPAIS	61
LIMITS AND POSSIBILITIES IN PUBLIC MANAGEMENT: THE LEGAL NATURE OF MUNICIPAL PUBLIC FOUNDATIONS	
<i>Ivanilson da Silva Marinho e Lina Maria Gonçalves e Elvio Quirino Pereira</i>	
A IRRESPONSABILIDADE LEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DA FRAUDE ENVOLVENDO VÍCIO DE VONTADE NA COMPOSIÇÃO DO QUADRO SOCIETÁRIO PERANTE AS JUNTAS COMERCIAIS	83
THE LACK OF LEGAL LIABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: THE CASE OF FRAUD INVOLVING VICE OF WILL ON THE COMPOSITION OF CORPORATE FRAMEWORK BEFORE THE COMMERCIAL BOARDS	
<i>João Lucas Arcanjo Carneiro e Renata Lima Albuquerque</i>	
A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE DE JULGADOS DO TJRJ ENTRE 2014 E 2016.....	107
THE SOCIAL FUNCTION OF BUSINESS CONTRACTS: ANALYSIS OF THE TJRJ JURISPRUDENCE FROM 2014 TO 2016	
<i>Natália de Moura Soares e Leonardo da Silva Sant'Anna</i>	
ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA: REFLEXÕES SOBRE VULNERABILIDADE E JUSTIÇA DO TRABALHO	125
ACCESS TO JUSTICE AND THE LABOR LAW REFORM: REFLECTIONS ON VULNERABILITY IN THE LABOR COURT	
<i>Ana Luisa Souza Correia de Melo Palmisciano e Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva</i>	
MEDIAÇÃO EM LUIS ALBERTO WARAT: HUMANIZAÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	146
MEDIATION IN LUIS ALBERTO WARAT: HUMANIZATION OF THE CONFLICTS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW	

Caroline Isabela Capelesso Ceni e Janete Rosa Martins

**A INSUSTENTABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES:
PLURALISMO E LAICIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....162**
THE UNSUSTAINABILITY OF THE GENERAL CLAUSE OF BONI MORES: PLURALISM AND
LAICITY IN CONTEMPORARY SOCIETY

Fábio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara e Daniel de Pádua Andrade

**DIREITO PÓS-NACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A PROTEÇÃO DOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS FRENTE À CRISE DOS ESTADOS NACIONAIS176**
POSTNATIONAL LAW: A STUDY ON THE PROTECTION OF LEGAL AFFAIRS IN THE FACE
OF THE CRISIS OF THE NATIONAL STATES

Elve Miguel Cenci e Luiz Gustavo Campana Martins

**AS TEORIAS JURÍDICAS NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLITICO-JURÍDICO
DAS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO192**
THE LEGAL THEORIES IN THE REALIZATION OF THE POLITICAL-LEGAL COMMAND OF
THE CONSTITUTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE STATE CONCEPTS

Alana Tiosso

DA LIBERDADE DOS ANTIGOS COMPARADA À DOS MODERNOS197
THE FREEDOM OF THE ANCIENTS COMPARED TO THE MODERN ONES

Suzane de França Ribeiro

EDITORIAL

Caro Leitor, saudações!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com muita satisfação divulga o Número 3 de seu 23º Volume de Edição, compartilhando-o com toda a comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional.

Fruto de nosso constante esforço e dedicação com a qualidade do editorial da Scientia Iuris, 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.

Ressaltamos que o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis/CAPES continuam sendo rigorosamente cumpridos, de forma a manter os critérios de qualidade de uma revista científica de relevância como a nossa.

O presente Volume, composto por uma pluralidade de assuntos, conta com duas resenhas: “Às teorias jurídicas na realização do comando político-jurídico das constituições sob a perspectiva das concepções de Estado” de autoria de Alana Tiosso e “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos” de Suzane de França Ribeiro, e mais dez artigos, que refletem em diversas áreas do direito, tais como: a) Solução alternativa de conflitos: rent a judge como acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais; b) O poder das empresas transnacionais na economia globalizada: ameaça real à liberdade na concepção republicana; c) Lições dos lanceiros negros: Direito à moradia é direito humano; d) Limites e possibilidades na gestão pública: a natureza jurídica de fundações públicas municipais; e) A irresponsabilidade legal da administração pública: o caso da fraude envolvendo vício de vontade na composição do quadro societário perante as juntas comerciais; f) A função social dos contratos empresariais: análise de julgados do TJRJ entre 2014 e 2016; g) Acesso à justiça diante da reforma trabalhista: reflexões sobre vulnerabilidade e justiça do trabalho; h) Mediação em Luis Alberto Warat: humanização dos conflitos no estado democrático de direito; i) A insustentabilidade da cláusula geral de bons costumes: pluralismo e laicidade na sociedade contemporânea; e j) Direito pós-nacional um estudo sobre a proteção dos negócios jurídicos frente à crise dos estados nacionais. Isto posto, considerando a relevância dos temas abordados, espera-se contribuir com o

leitor ao permitir engrandecer o seu conhecimento diante da profundidade dada à relevantes temas contemporâneos envolvendo o Direito Negocial. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, levantando questionamentos e não dogmas, discussões em lugar do silêncio, a fim de auxiliar o desenvolvimento do conhecimento. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS: *RENT A JUDGE*
COMO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

ALTERNATIVE SOLUTION OF CONFLICTS: RENT A JUDGE AS
ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL
RIGHTS

Dirceu Pereira Siqueira*
Douglas Santos Mazacasa**

* Pós-Doutorado em Direito em 2014 pela Universidade de Coimbra (UC)
Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos em 2013 pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)
Mestre em Direito em 2008 pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)
Especialista em Direito em 2006 pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP)
Graduado em Direito em 1997 pelo Centro Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP)
E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

** Mestre em Ciências Jurídicas em 2018 pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (CESUMAR)
Especialista em Direito e Processo Civil Contemporâneo em 2019 pela Faculdade (ANEAS)
Especialista em Direito Previdenciário em 2017 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduado em Direito em 2014 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)
E-mail: dmezacasa@gmail.com

Como citar: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MAZACASA, Douglas Santos. Solução alternativa de conflitos: Rent a Judge como acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 10-24, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p10. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente artigo visa analisar a técnica alternativa de solução de conflitos denominada de *Rent a Judge*, originada na Califórnia, nos Estados Unidos e fundada por três advogados que trabalhavam em uma causa complexa indenizatório contra um consultório médico. A técnica inovou o sistema de solução de conflitos norte-americano, o que trouxe mais agilidade e economia processual para as resoluções das lides. O artigo, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, após a sua introdução, inicia-se com capítulo demonstrando como o acesso à justiça se tornou um direito fundamental e como se instalou no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, trata de formas de solução alternativa de conflitos no Brasil, expondo suas características, vantagens e verificando como o ordenamento jurídico apropria-se dessas técnicas. No último capítulo, é analisado o método norte-americano denominado *Rent a Judge*, desde elementos históricos até suas especificidades e, demonstrando sua forma pacificadora de solução de litígios internos como instrumento de acesso à justiça que efetiva direitos fundamentais.

Palavras-chave: Solução de conflitos. Acesso à justiça. Direitos fundamentais.

Abstract: This article aims at analyzing the alternative technique of conflict resolution little known in Brazil, the so - called Rent a Judge, which originated in California in the United States and was founded by three lawyers working in a complex case

against a medical practice. The technique innovated the North American conflict resolution system bringing more agility and procedural economy to the resolutions of the lids. The article, through its methodology of bibliographic and documentary research, after its introduction, begins with a chapter demonstrating how access to justice became a fundamental right and how it was installed in the Brazilian legal system. It then presents three models of alternative forms of conflict resolution in Brazil, exposing their characteristics and advantages and, verifying in what way, the legal order appropriates these techniques. In the last chapter, the American method denoted Rent a Judge, from its inception to its specificities, will be analyzed, demonstrating its pacifying way of solving internal disputes as an instrument of access to justice and enforcer of fundamental rights.

Keywords: Conflict resolution. Access to justice. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

As relações humanas passam a existir com as contínuas ações comunicativas que conectam os indivíduos e seus grupos sociais. Essa união se concretiza pela compatibilidade de ideias, gostos e interesses pessoais. Segundo Weber (2002) duas ou mais pessoas estão sempre empenhadas numa conduta onde cada qual leva em consideração o comportamento da outra de uma maneira significativa, estando, portanto, orientada nestes termos. A relação social consiste, assim, inteiramente na expectativa de que os indivíduos comportar-se-ão de uma maneira expressivamente determinável. Dessa forma, sempre que um indivíduo realizar uma ação na qual não satisfaça a vontade ou o pensamento alheio, o conflito é instaurado, desfazendo assim, toda relação comunicativa existente entre eles.

O ordenamento jurídico sempre lidou com a resolução de conflitos de interesse entre os humanos. A partir da criação dos direitos, a justiça passa a ser o meio que pelo qual as pessoas se socorrem quando possuem um direito lesionado ou que o esteja sob ameaça. Após as conquistas dos direitos fundamentais e sua criação ao longo da história, o dever de proporcionar esse acesso ao direito da justiça é delegado ao Estado, oriundos do surgimento dos direitos de segunda geração, também denominados os “direitos sociais, econômicos e culturais”, no início do século XX.

O ordenamento jurídico brasileiro também abarcou o acesso à justiça como um direito fundamental a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Em seu preâmbulo, ela demonstra a intenção do legislador, quando em sua criação, sob o preceito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Além do mais, ela explicita o poder do Estado na resolução de conflito por meio do inciso XXXV do artigo 5º, referenciando que o Estado poderá ser acionado em caso de lesão ao direito ou em ameaça deste.

Contudo, em tempos contemporâneos, o Estado, que se emerge por meio do Poder Judiciário, vem sofrendo com o alto número de processos levados à sua apreciação. Segundo dados no Conselho Nacional de Justiça (2017), realizado pelo Relatório da Justiça em Números, em 2017, o poder judiciário brasileiro encerrou o ano com quase 80,0 milhões de processos em tramitação, um crescimento de 4,5% em relação a 2016. Mostra, ainda, que o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário que, por conta da sua quantidade exacerbada de processos, vem prestando serviços judiciários de baixa qualidade. Segundo o relatório, o tempo médio que o processo pode durar até a sua fase de execução é de 8 anos e 11 meses, para os casos de juízo comum e 6 anos e 9 meses para os juizados especiais. Os dados ainda mostram que 12% das disputas são resolvidas por acordo.

Na tentativa de reduzir esses números e na espera de restringir os processos que chegam até o poder judiciário, foram sendo criados, ao longo do tempo, meios alternativos para solucionar os conflitos de interesses entre as partes. Um mecanismo inserido recentemente se deu com a

reforma do Código de Processo Civil, onde este inseriu a audiência de mediação aos processos, antes mesmo da realização de contestação, no intuito de tentar solucionar as demandas, antes de chegar à apreciação do magistrado. Outros mecanismos também estão em vigor no Brasil, como a Conciliação, Câmaras de Arbitragem, métodos como o da Constelação Familiar, entre outros.

Baseado na tentativa de solucionar os conflitos de maneira rápida, econômica e eficaz, o presente trabalho visa analisar um instrumento alternativo de solução de conflitos, o chamado “*Rent a Judge*”. Com seu surgimento na Califórnia, nos Estados Unidos, em 1976, o método foi descoberto por três grandes advogados à época, Hillel Chodos, James H. Craig e Seth M. Hufstедler, onde figuraram como adversários em um processo complexo indenizatório de um consultório médico. O método do *Rent a Judge* caracterizado pela sua agilidade e economia de gastos com o processo, foi tão eficaz que, atualmente, estão sendo criadas juntas de conciliação especializadas no método da pesquisa. Sendo assim, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, o estudo visa examinar o método de *Rent a Judge* como instrumento de acesso à justiça e de efetivação dos direitos fundamentais.

1 A INSERÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao se tratar de direitos fundamentais, é muito importante destacar o período de seu surgimento advindo da ordem internacional e, como este ingressou no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se que os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos, surgiram com o fim da 2ª Guerra Mundial, período esse demarcado pelo acometimento de muitas atrocidades e conflitos sangrentos (SARKIN, 2007). Contudo, essa proteção é produto de milhares de lutas por indivíduos preocupados com a justiça e o bem-estar humano.

Inicia-se, então, com a diversidade religiosa mundial, onde todas as principais religiões do mundo procuraram de um jeito ou de outro, falar sobre a questão da responsabilidade humana para com o próximo (LAUREN, 2003). O Catolicismo, Budismo, Islamismo e Judaísmo, não falavam de um direito propriamente dito, mas sim, abordavam deveres e responsabilidades morais em relação ao ser humano. Os fundamentos subjacentes à esses deveres, como a igualdade, dignidade humana e sacralidade da vida, forneceram uma base para o conceito dos direitos humanos (SHELTON, 2007).

Importante ressaltar também, as raízes filosóficas dessa proteção. A filosofia grega desenvolveu a ideia da lei natural, incluindo o respeito igual por todos os cidadãos, a igualdade perante a lei, a igualdade no poder político, o sufrágio e a igualdade dos direitos civis. Segundo Shelton (2007) John Locke, em 1690, referia-se que toda pessoa individual no estado da natureza possui certos direitos naturais antes da existência de qualquer governo organizado. As pessoas nascem em um estado de igualdade perfeita e gozam de todos os direitos igualmente. Dessa maneira, tanto a sociedade quanto o Governo, são formados no intuito de preservar esses direitos e não para os render. Foi nesse momento que o conceito de direito natural passa a se entrelaçar com o conceito de direito divino, baseado nos postulados estoicos de Lei Natural e Igualdade Universal

de todos os seres humanos perante Deus, pensamento esse, expressado por São Tomás de Aquino (ANNONI, 2008).

Dessa forma, constata-se que a proteção da pessoa humana se inicia muito antes da 2ª Guerra Mundial, com a criação da ONU, em 1945, e da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. Contudo, tais direitos somente começaram a ser positivados a partir desses períodos, onde passam a surgir a criação dos direitos humanos, que com o passar dos anos, constatou-se uma crescente evolução na abertura do rol desses direitos, estando eles, atualmente, divididos em gerações.

É necessário demonstrar os conceitos e lembrar a sua dinâmica estrutural dividida em gerações. Os direitos humanos são os direitos essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana. São considerados fundamentais uma vez que, sem eles, a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente na vida (DALLARI, 1998). Nas palavras de Moraes (2006), esses direitos formam um conjunto institucionalizado de direitos e garantias aptos a garantir o respeito, a dignidade do ser humano e a proteção contra o arbítrio do Estado, assegurando condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O posicionamento dos autores Almeida e Apolinário (2009) refere-se como uma conquista histórica:

No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo, os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais.

Ainda, de acordo com Macklem (2015), pesquisador da *University of Toronto*, este cita Karel Vasak dizendo que os direitos humanos passaram a existir em diferentes “ondas” no decorrer da história, onde a primeira acompanhou a Revolução Francesa, dando origem à geração de direitos civis e políticos, a segunda, após a Revolução Russa de 1917, originando-se os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ganhando reconhecimento universal e, a terceira, acompanhando a emancipação dos colonizados e de povos dominados no meio do século XX, originando-se os direitos difusos e coletivos.

Ao destacar as três primeiras gerações do direito e, ao compreender seu papel histórico, destaca-se que o acesso à justiça não pode ser entendido sem a sua correlação com o conceito de papel do Estado, em particular, o Estado de Direito (ANNONI, 2008). A autora ainda explica que “o direito de acesso implica o reconhecimento por parte do Estado de alguns direitos do cidadão, incluindo nesse rol, o direito de acesso às instituições públicas, denominado, direito de petição.” (ANNONI, 2008, p. 81). O direito de petição foi uma grande conquista frente à arbitrariedade do Estado situado entre os séculos XVIII e XIX. Tal matéria está enquadrada no rol dos direitos de primeira geração, que são os direitos e garantias de caráter individual. Os direitos civis ou de liberdades individuais, são aqueles direitos dos cidadãos que garantem uma integridade física e

moral, que possam assegurar a personalidade de cada um, conforme os dizeres de Sampaio (2010, p. 242):

[...] bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um [...] O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo.

Com as conquistas dessas liberdades individuais e, com o afastamento dessa relação – Estado e Indivíduo – o acesso à justiça ficou extremamente restrito, pois, somente tinha ao direito de petição as pessoas que podiam suportar os seus valores onerosos e aguardar a sua lentidão. “O direito de acesso à justiça conquistado na primeira geração dos direitos fundamentais era o direito de acesso formal, mas não efetivo. Corresponhia à igualdade formal, mas não à igualdade material.” (ANNONI, 2008, p. 99).

Esse panorama de acesso restrito à justiça somente foi modificado com as conquistas da segunda geração, quando foram alcançados os direitos de igualdade *latu sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais e, também, os direitos da coletividade, introduzido no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram da obra de ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Esses direitos foram localizados na esfera dos direitos pragmáticos, pois, não eram compostos pelas garantias processuais que protegiam os direitos de primeira geração (MAZZUOLI, 2014). A ascensão desses direitos implicou em uma exigência maior por parte da sociedade, que almejava uma atuação positiva do Estado e uma reforma das instituições jurídico-políticas que garantissem a sua real efetivação (ANNONI, 2008).

Segundo os autores Cappelleitt e Garth (1988), o acesso a uma ordem jurídica justa, além de ser um direito fundamental reconhecido, também é o ponto central da moderna processualística e, ainda concluem ao afirmarem que:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos [...]. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismo para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direito de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

A partir de então, o acesso à justiça passou a ser considerado um direito fundamental aos direitos humanos. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico deve respeitar esse direito, tido como um direito social fundamental a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Com a sua promulgação, esta trouxe estampada em seu inciso III do artigo 1º, como seu princípio

fundamental, a dignidade da pessoa humana. Comumente chamada de Constituição Cidadã, a Carta trouxe consigo um novo olhar para a ordem interna brasileira. Conforme ditames do seu preâmbulo, o legislador mostra que a sua criação foi produzida no intuito de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988). Conforme também previu seu artigo 5º, a Constituição foi destinada à proteção dos direitos do homem, igualando todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Constituição consagra o acesso à justiça como um direito fundamental por meio de seu artigo 5º, inciso XXXV referindo que toda lesão ou ameaça de lesão ao direito, o Poder Judiciário poderá ser acionado para apreciação e proteção, por meio do direito de ação. Dessa maneira, o Estado concede ao indivíduo o seu acesso à justiça, podendo, ainda, exercê-lo de forma gratuita, se dele comprovadamente necessitar, nos termos da lei 1.060/1950.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E SUAS VANTAGENS

Na tentativa de evitar a morosidade do poder judiciário, os meios alternativos de solução de conflitos são oriundos da necessidade dos conflitantes resolverem seus litígios de forma mais rápida e eficaz. O conflito de interesse, segundo Silva (2008), seria algo inerente ao ser humano, em razão dele constituir um “ser social”; porém, conflitos de interesses sem solução transformam-se em tormentos para as pessoas e para as instituições democráticas, como é o caso do Poder Judiciário. Sabe-se que a sociedade e seu sistema jurídico devem proporcionar a seus membros os modos de solução de conflitos, haja vista ser um direito previsto em lei, devendo o sistema judicial estar ao alcance de todos em condição de igualdade (ÁLVAREZ, 1996).

No Brasil, embora ainda prevaleça o anseio de ingresso com demandas nas vias judiciais, cuja tônica seja direcionada à obtenção das decisões pelo magistrado como forma tradicional de solucionar os conflitos existentes entre as partes, já se percebe, há alguns anos, o desenvolvimento progressivo de um movimento que caminha em direção oposta à essa cultura jurídica (PANTOJA; ALMEIDA, 2016). Oposto a esse meio tradicional de solução de conflitos, estão os meios alternativos, que funcionam como método facilitador de resolução, evitando a morosidade do judiciário brasileiro.

Esse movimento iniciou-se no Brasil com a criação da lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, atualmente, regido pela Lei nº 9.099/1995 na Justiça Estadual e Lei nº 10.259/2001, no âmbito Federal, onde definiu os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, como critérios orientadores do processo buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (BRASIL, 1995). No intuito da rápida solução do conflito e da desburocratização processual, a lei definiu as causas que seriam julgadas por esses juizados administrados pelo poder judiciário privilegiando sempre os acordos entre as partes litigantes. Somente algum tempo depois, intensificou-se a edição de normas regulando a utilização dos

métodos alternativos de solução de conflitos. A partir desse contexto normativo, foram sendo criados novas práticas para resolver os conflitos, a exemplo das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do trabalho, a técnica da Constelação no direito de família, entre outras.

Tem-se, mais comumente no nosso país, os institutos da arbitragem, mediação e conciliação que funcionam como facilitadores de transações entre as partes, quando em conflito. A arbitragem foi inserida pela Lei nº 9.307/96, composta pela intervenção de um árbitro que recebe poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial (CARMONA, 2004). Para Sales (2004, p. 41) a arbitragem é “um procedimento no qual as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências.” Ainda, Cachapuz (2000, p. 23) define a arbitragem como:

[...] técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. As pessoas que queiram utilizar este meio de solução de controvérsia devem ser capazes (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Na arbitragem, ao contrário da negociação e da mediação, as partes não possuem o poder de decisão, a qual deixa a cargo do árbitro, ou seja, ela é constituída pelo método no qual duas pessoas capazes estabelecem as regras de direito e de equidade, escolhem a pessoa que irá aplicar essas regras para dirimir conflitos que tenham entre si sobre direitos patrimoniais disponíveis (MARASCA, 2007), sem qualquer intervenção do poder Estatal. A vantagem da arbitragem é ressaltada quando ela se esbarra com a sobrecarga de processos dos tribunais e com as despesas excessivamente altas dos litígios, tornando-a uma solução do conflito muito mais benéfica e rápida (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Já a mediação “é o método consensual de solução de conflitos, que visa à facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, por si só, alcançar uma solução.” (MORGADO, 2005, p.10). Esse método baseia-se na intervenção de uma terceira parte (mediador) cujo objetivo seja proporcionar um acordo que ponha fim ao conflito, podendo apresentar-lhes propostas e sugestões de sua opinião (FRADE, 2003). Ao falar do papel do mediador, Marasca (2007) ainda explica que o diálogo é o principal fundamento para a aplicação desse método:

O mediador tem a função precípua de facilitar a comunicação entre as partes, conduzindo o diálogo entre elas, escutando atentamente e formulando perguntas. O diálogo é o fundamento desse método, em que o conhecimento é extraído do interior da mente pela própria pessoa, a partir de um questionamento bem conduzido, que a encaminhe à essência do que se quer saber. Assim, pela análise da atuação do mediador pode-se perceber que este cargo exige treinamento e conhecimentos específicos. É uma atividade que envolve importantes valores sociais e a intimidade dos indivíduos (MARASCA, 2007, p. 53).

A intervenção de um terceiro, de forma neutra e por meio do diálogo, faz-se por meio da apresentação às partes de uma recomendação ou proposta de acordo formulada pelo próprio mediador (FRADE, 2003). De acordo com o posicionamento de Serpa (1999), este considera que o Direito e a Lei são estruturas, onde a mediação visa conduzir o conflito à criação de uma estrutura própria por meio de uma elaboração de normas relevantes, e não apenas adequar a disputa a uma estrutura legal preestabelecida. Para ele, a mediação transcende o conflito. Sendo assim, o intuito da mediação é estabelecer um diálogo entre os conflitantes, emergindo no ordenamento jurídico como um dos mais importantes instrumentos de interesse para a resolução alternativa de conflitos.

No que tange à conciliação, essa pode ser entendida como um procedimento de solução de conflito no qual um terceiro, neutro e imparcial, auxilia as partes a negociar entre si (STIPANOWICH, 1998). Caracteriza-se por como um processo de informação com a intervenção do terceiro – conciliador – que atua como instrumento de ligação e comunicação entre os conflitantes cuja finalidade é conduzir as partes a um entendimento (LIMA, 2003). Nas palavras de José Luiz Bolzan Moraes, a conciliação se apresenta “como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter papel ativo” (MORAIS, 1999, p. 135). O autor ainda afirma que a conciliação constitui-se como forma de solucionar um conflito de maneira voluntária e, atribui ao terceiro sua função de forma oficiosa e desestruturada no intuito de guiar a discussão sem exercer um papel ativo (MORAIS, 1999).

Atualmente, a conciliação vem sendo exercida por força de lei e desempenhada, obrigatoriamente, por um servidor público que se adjudica do poder e autoridade conferidos legalmente ao seu cargo para facilitar a resolução do litígio (SALES, 2004). Nas palavras de Stipanowich (1998), o cargo de conciliador é exercido por um juiz estatal, residindo aí, a grande diferença entre a conciliação e a mediação.

Os meios alternativos de solução de conflitos emergem como instrumentos de eficácia, rapidez e baixo custo financeiro para a resolução de conflitos, configurando-se importantes meios de acesso à justiça, trazendo consigo a viabilidade de estabelecer um consenso entre as partes. A partir desse viés dialógico e solutivo, os meios alternativos de solução de conflitos surgem como garantidores do acesso à justiça e protetor de direitos e garantias fundamentais do homem, de forma digna e concreto, que consolidam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, outros meios de acesso à justiça e de meios alternativos surgem no mundo, sempre no intuito de alcançar a celeridade processual e solução eficaz de uma lide, emergindo conforme a necessidade do ser humano roga para uma sociedade pacificada. Sendo assim, em 1976, surge no estado da Califórnia, nos Estados Unidos, um novo meio alternativo de solução de conflitos, denominado *Rent a Judge*. No intuito de desvendar novos meios garantidores de acesso à justiça e garantidores dos direitos fundamentais o *Rent a Judge* torna objeto de pesquisa do presente artigo.

3 *RENT A JUDGE* COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *Rent a Judge* é uma técnica alternativa de solução de conflitos desenvolvida no estado da Califórnia, nos Estados Unidos, em 1976. Ela se originou quando três advogados de Los Angeles – Hillel Chodos, James Craig e Seth M. Hufstedler – representavam em lados opostos num processo cuja disputa se dava entre um operador de uma empresa de faturamento médicos e seus advogados. Após muito tempo de estudo, os três advogados descobriram que a Lei nº 1872 da Califórnia (EUA), autorizava as partes de um processo de qualquer modalidade na área cível a contratarem, de forma particular, outros árbitros para o julgamento dos casos, quando estes restarem muito complexos. Os advogados formularam um requerimento destinado ao juiz da Corte Superior de Los Angeles, Sr. Richard Schauer, onde este aprovou a nomeação de outro juiz aposentado para ajudar na solução do conflito que se arrastava pelo tribunal por anos (HASAN, 2009).

A contratação do juiz aposentado (posteriormente chamada de Aluguel de Juiz) foi motivada pela longa espera por uma decisão do Tribunal do estado de Los Angeles. Para embasar o pedido de contratação, os três advogados argumentaram que a presença de um juiz ou árbitro para auxiliar no julgamento de decisões complexas não poderiam se limitar a determinados tipos de processo e, que se a Lei nº 1872 da Califórnia ainda estava vigente, essa poderia ser estendida a qualquer lide que carecesse de decisões mais rápidas. Após a autorização do juiz da Corte Superior, o juiz aposentado alugado resolveu o caso no prazo de sete meses e, ainda, proporcionou às partes uma economia de quase cem mil dólares em honorários advocatícios. O método foi tão eficaz que, desde então, os juízes titulares começaram a ceder o aluguel de outros juízes, já aposentados, para resolver as demandas complexas sempre que requeridos pelos conflitantes (HASAN, 2009).

O método de solução de conflito *Rent a Judge* emerge do consentimento de ambas as partes envolvidas na contratação do juiz aposentado e, quando estabelecido esse acordo, os advogados devem requerer ao juiz principal da lide já instalada, por meio de um formulário específico, onde será analisada a necessidade do aluguel do juiz aposentado para a solução do conflito (TERRY, 1982). Se o juiz julgar viável a contratação, ele emitirá uma autorização, chamada de “Ordem de Referência” que encaminhará diretamente às partes e seus procuradores para que o juiz alugado tome posse do processo (HASAN, 2009).

Importante salientar que essa técnica de aluguel do juiz pode ser realizada de duas maneiras. A primeira por meio da escolha mútua entre as partes onde, por livre consentimento, elegem o juiz ideal para o julgamento da causa. Contudo, com o aperfeiçoamento da técnica pelo poder judiciário, caso as partes não saibam escolher o melhor juiz para decidir a causa, elas podem requerer ao Tribunal para que este faça a nomeação com base em um banco de dados com os nomes já cadastrados. De acordo com o código de processo civil norte-americano, quando essa modalidade de nomeação é realizada pelo poder judiciário, as partes possuem o direito de impugnar a nomeação do juiz escolhido sob a argumentação que ele não possui qualificação, interesse ou predisposição para o julgamento do conflito (HASAN, 2009).

Uma das características desse método é que, mesmo com o aluguel do juiz, nem sempre é cabível a transação entre as partes. Em alguns casos é necessária a produção de provas e elaboração de defesas, para ao final, obterem uma sentença desse juiz. Contudo, quando as partes não optam em transacionar, o Código de Processo Civil local permite que as regras dessa técnica não o sigam de maneira sistemática, ou seja, as partes, orientadas pelo juiz provisório, podem alterar ou ignorar a forma do andamento do procedimento comum. Dependendo da determinação do juiz, ele pode fazer com que o caminho que o processo tome se inverta, realizando, primeiramente, a produção de provas e, posteriormente a produção de defesa. Essa regra pôde ser estipulada para dar mais flexibilidade na descoberta para a melhor sentença (HASAN, 2009).

No final do procedimento, o juiz alugado profere a sentença, que deverá ser encaminhada ao juiz titular do processo, no prazo de vinte dias. Esta deverá ser encaminhada contendo o fato ocorrido, os argumentos de todas as partes envolvidas e a conclusão legal. Ressalta-se que, embora o juiz nomeado possa “desrespeitar” as regras de procedimento, a sua sentença sempre deverá ser pautada na lei. Assim, após o encaminhá-la ao juiz de origem e, após o seu reconhecimento oficial, as partes poderão recorrer da decisão. A partir desse recurso, o processo passa a ser conduzido pelo juiz do Tribunal de Apelação, momento esse que o juiz alugado finaliza o seu trabalho (HASAN, 2009).

Uma das vantagens da técnica do *Rent a Judge* é a possibilidade das partes envolvidas determinem o lugar e o tempo para o julgamento da lide. Assim que o Tribunal emite a Ordem de Referência, elas podem se reunir em qualquer dia e qualquer lugar para decidirem sobre qual a melhor maneira de solucionar o problema enfrentado ou, qual o melhor procedimento a ser adotado para que no fim, haja uma sentença justa. Outro benefício que a técnica traz, sendo também um dos grandes motivos pela qual ela foi instalada, foi a maneira célere que esta resolve os conflitos mais complexos. Na época de sua descoberta, o código penal Californiano passava por uma forte reestruturação em suas regras fazendo com que abalroasse o tribunal com recursos e novas demandas, atingindo diretamente a área cível. Assim, diante da incapacidade dos tribunais em resolver os conflitos de forma célere, as novas formas alternativas de resolução de conflitos foram surgindo.

Também, não se pode negar o fato de que a técnica do *Rent a Judge* pode gerar economia para as partes, pois, estas raramente precisam demandar no segundo grau de jurisdição e, as despesas com o processo poderão ser divididas. Ressalta-se, também que, as partes podem escolher o juiz a ser alugado de acordo com a sua igual experiência de solução de casos idênticos já resolvidos.

Diante dessa técnica funcional americana, é importante estabelecer um parâmetro com a realidade processual brasileira. Assim como à época do surgimento do *Rent a Judge* na Califórnia, atualmente, o Brasil passa por uma realidade temível devido ao número de processos que chegam até o poder judiciário na tentativa na busca de solução. Apenas 11,9% das sentenças e decisões proferidas no Poder Judiciário em 2016 foram homologatórias por meio de acordo (CNJ, 2017). Essa cultura de transferência de responsabilidade ao poder judiciário para resolver todos os conflitos de interesses pode ser amenizada com os métodos alternativos de solução de conflitos.

Levando em consideração os dados do CNJ e, tendo em vista a demora dos julgamentos, outros métodos alternativos de solução de conflitos precisam ser incorporados pelo Brasil. Deve ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de outras alternativas junto ao sistema judiciário formal gerando importantes efeitos sobre a forma como opera a lei substantiva (CAPPELLETTI, GARTH, 1988). Assim, o *Rent a Judge*, funciona como uma técnica solutiva ágil, sendo um importante instrumento de acesso à justiça e meio garantidor dos direitos fundamentais, haja vista que poderá garantir um dos princípios Constitucionais demarcado pelo Princípio da Celeridade Processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações interpessoais nascidas a partir das inclusões intercomunicativas estabelecidas entre as pessoas, quando frustradas, geram o estabelecimento de um conflito. Conflito esse das mais variadas formas, que se inicia com o desacordo entre ideias até o rompimento dessa relação ou a quebra de promessas. A partir daí o Estado torna-se presente, por meio do poder judiciário, como solucionador pacífico, desses ideais controvertidos. Contudo, conforme restou demonstrado, o número de demandas que chegam até ele tem crescido de maneira significativa a cada ano, não permitindo sua agilidade nos julgamentos de forma eficaz.

Com isso, torna-se necessário o uso dos meios alternativos de solução de conflitos no intuito de solucionar as lides entre as partes. A conciliação, mediação e arbitragem tornaram-se instrumentos de acesso à justiça simples, rápido e eficaz quando se fala em solucionar conflitos de forma extrajudicial. Contudo, tais métodos não estão sendo suficientes para a redução dos índices que abarrotam o poder judiciário. Conforme foi evidenciado, apenas 11,9% das ações que chegam até ele, são resolvidas por meio de acordos, sendo necessária a implantação, cada vez maior, de outros meios que aumentem esses números.

Embora seja dever do estado garantir a todos o acesso à justiça, a técnica do *Rent a Judge*, constituindo como uma técnica privada que prevê a solução do conflito de forma mais rápida e econômica. Caracterizada por uma locação legal de um juiz aposentado, o método tem ganhado cada vez mais espaço no solo norte-americano, funcionando como um ótimo meio de solução de conflitos de interesses e um excelente instrumento de acesso à justiça, pois, tem sua resolução homologada pelo Juiz titular da causa.

O uso dos institutos da arbitragem, mediação e conciliação como os meios de solução de conflitos não impedem que a técnica do *Rent a Judge* se instale no ordenamento jurídico brasileiro. Os meios alternativos de solução de conflitos garantem o acesso à justiça e protegem os direitos e garantias fundamentais do ser humano, resguardando o princípio da celeridade processual e da dignidade da pessoa humana, haja vista o acesso à justiça estar enquadrado no rol dos direitos fundamentais.

O acesso a uma ordem jurídica justa, além de ser um direito fundamental reconhecido é, ainda, o ponto principal da moderna processualística. A Constituição de 1988 consagra diversas

vezes o acesso à justiça como no inciso III, art. 1º e também no inciso XXXV, art. 5º, no qual garante a proteção do Estado quando houver lesão ou ameaça a algum direito de seus cidadãos. Dessa forma, tem-se o *Rent a Judge* como uma técnica de solução de conflitos caracterizada como um importante instrumento de acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais que poderia ser utilizada, a partir de adaptações, no contexto jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. APOLINÁRIO, Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi. **Direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2009.

ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación y justicia**. Buenos Aires: Delpalma, 1996.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça do Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: ed. Moderna, 1998.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 65. p. 107-128, 2003.

HASAN, Cigdem. **Rent-a-judge**. 2009. Thesis (PhD of Law) - University of Lund, Lund. 2009.

LAUREN, Paul Gordon. **The evolution of human rights: vision seen**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2003.

- MACKLEM, Patrick. Human rights in international law: three generations or one? **London Review of International Law**, London, v. 3, n. 1, p. 61–92, 2015.
- MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Direito em Debate**, Santa Rosa, v. 16, p. 27-28, 2007.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Método, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MORGADO, Patrícia Lima. **Práticas pedagógicas e saberes docentes na educação em direitos humanos**. 2005. Disponível em: <http://www.anped.org.br/25/patriciamorgadot04.rtf/>. Acesso em 12 dez. 2017.
- PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os métodos “alternativos” de soluções de conflitos (ADRS). *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos**: para iniciantes, participantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 55-69.
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- SARKIN, Jeremy. **The historical origins, convergence and interrelationship of international human rights law, international humanitarian law, international criminal law and public international law and their application from at least the nineteenth century**. 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304613. Acesso em: 12 dez. 2017.
- SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- SHELTON, Dinah L. **An introduction to the history of international human rights law**. 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010489. Acesso em: 12 dez. 2017.
- SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro, RJ: Forense. 2008. p. 17-38.
- TERRY, Sara. Rent-a-judge: a fast way to ‘day in court’. **The Christian Science Monitor**, Los Angeles, 9 fev. 1982.
- STIPANOWICH, Thomas J. The multi-door contract and other possibilities. **Journal on Dispute Resolution**, Ohio, n. 13, p. 303–328, 1998.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002.

Como citar: SIQUEIRA, Dirceu Pareira. MAZACASA, Douglas Santos. Solução Alternativa de Conflitos: Rent a Judge como Acesso à Justiça e Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 10-24, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p10. ISSN: 2178-8189

Recebido em 23/06/2018

Aprovado em 04/09/2019

**O PODER DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA ECONOMIA
GLOBALIZADA: AMEAÇA REAL À LIBERDADE NA
CONCEPÇÃO REPUBLICANA**

THE POWER OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN
GLOBALIZED ECONOMY: REAL THREAT TO FREEDOM IN
REPUBLICAN'S DOCTRINE

Marcos Antônio Striquer Soares*
Ruda Ryuiti Furukita Baptista**

*Doutor em Direito em 2003 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Mestre em Direito em 1997 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Bacharel em Direito em 1987 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: marcosstriquer@uol.com.br

**Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Mestre em Direito em 2017 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Especialista em Direito em 2016 pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ)
Bacharel em Direito em 2010 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: ruda_baptista@hotmail.com

Comocitar: SOARES, Marcos Antônio Striquer. BAPTISTA Ruda Ryuiti Furukita, Nome. OmPoder das Empresas Transnacionais na Economia Globalizada: Ameaça Real À Liberdade na Concepção Republicada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 25-44, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p25. ISSN: 2178-8189

Resumo: O artigo tem por objetivo fixar um diagnóstico que evidencia o poder de influência das empresas transnacionais no atual cenário de globalização econômica, a fim de elucidar que a ausência de regulação da atuação destas pessoas jurídicas pode ensejar uma ameaça real à liberdade dos Estados e de seus cidadãos. A escolha do tema se justifica na expansão e relevância dos reflexos da atuação das empresas transnacionais na (des) ordem econômica mundial, que revela a necessidade do Direito Internacional fixar diretrizes para a tomada de decisões deste novo ator global, e, conseqüentemente, refletir em uniformidade de tratamento no panorama internacional. Trata-se de pesquisa pautada na revisão doutrinária, cujo recorte bibliográfico se concentra na teoria política do discurso sobre liberdade, com ênfase no referencial teórico do republicanismo neo-romano, bem como na seara do Direito Internacional Público. Os resultados do presente estudo demonstram que, apesar da atuação das empresas transnacionais representar ameaça real à liberdade dos Estados, houve avanço na regulamentação e uniformização das práticas comerciais daquelas no âmbito internacional, em especial pela ação de Organizações Internacionais, por meio das Linhas Diretrizes para as Empresas Multinacionais da OCDE, do Pacto Global da ONU e do Código de Condutas sobre Empresas Multinacionais da ECOSOC.

Palavras-Chave: Empresas transnacionais. Globalização

econômica. Liberdade.

Abstract: The paper aims to establish a diagnosis that shows the influence of transnational corporations in the current scenario of economic globalization, to elucidate that the absence of regulation of the performance of these entities can create a real threat to the freedom of States and their citizens. The choice of theme is justified by the relevance of the reflexes of the transnational corporations performance in world economic (dis)order, which reveals the need for international law to establish guidelines for the decision-making of this new global actor and, consequently, uniformity of treatment in the international scene. The research is based on the doctrinal revision, whose bibliographic clipping focuses on the political theory of the discourse on freedom, with emphasis on the theoretical reference of neo-Roman republicanism, as well on the area of Public International Law. The results of the present study demonstrate that, despite the fact that transnational corporations represent a real threat to the freedom of the states, there has been progress in the regulation of international commercial practices, especially through the action of International Organizations, through the Guidelines for the Multinational Enterprises of the OECD, the UN Global Compact and the Code of Conduct on Multinational Enterprises of ECOSOC.

Key-Words: Transnational corporations. Economic globalization. Liberty

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho se concentra na atividade das empresas transnacionais, que atualmente, em decorrência da influência do mercado internacional, são capazes de afetar setores da economia em escala global e até mesmo decisões governamentais, por meio de suas decisões e atos, juntamente com aqueles praticados pelos demais atores internacionais. A partir desta delimitação temática, destaca-se que o problema se fixa no seguinte questionamento: a ausência de regulação direta à nível internacional da atuação das empresas transnacionais pode ensejar uma ameaça real à liberdade dos Estados e de seus cidadãos?

O objetivo geral é explicitar o entrelaçamento da teoria política sobre o discurso da liberdade com o reflexo da atividade empresarial transnacional. Sendo que são objetivos específicos: a) distinguir os conceitos clássicos de liberdade; b) elucidar o fenômeno da transnacionalização da atividade empresarial em decorrência do fenômeno da globalização econômica; c) identificar a viabilidade de criação de instrumentos de regulação à nível internacional das empresas transnacionais.

Para traçar as linhas iniciais da discussão reflexiva do tema, o primeiro item do presente artigo será dedicado à análise do conceito de liberdade, inicialmente sob a perspectiva da dicotomia entre liberdade dos antigos e dos modernos, passando pelos recortes da teoria da liberdade positiva e negativa, e, posteriormente, abordando a vertente da liberdade para o liberalismo em contraposição ao entendimento sobre liberdade do republicanismo neo-romano, objeto central do trabalho.

Ademais, no segundo item, em um primeiro momento, abordar-se-á, de forma sintética, o fenômeno da globalização econômica, responsável pela transnacionalização dos mercados e pela integração econômica mundial, fatores que garantiram o surgimento e evolução das empresas transnacionais no atual cenário do comércio internacional.

Em um segundo momento, evidenciar-se-á que o poder de influência das empresas transnacionais na ordem jurídico-econômica mundial representa uma ameaça real à liberdade - na concepção do republicanismo neo-romano - dos Estados e de seus cidadãos, pois são sociedades empresariais cujas práticas comerciais, em sua maioria, primam, exclusivamente, pela obtenção de lucro por meio da atuação em países distintos, seja pelo fluxo internacional de bens, serviços e ativos financeiros, ou pela transnacionalização da produção sustentada no investimento direto estrangeiro.

No terceiro item, elucidar-se-á a respeito do papel do Direito Internacional Público na regulação da atuação das empresas transnacionais para garantir práticas responsáveis e sustentáveis, que não ofendam à liberdade daqueles que recebem suas ações e investimentos, ocasião em que serão analisados dois instrumentos vigentes, o Pacto Global da ONU e as Linhas Diretrizes da OCDE, que fixam princípios e preceitos não coercitivos a serem respeitados voluntariamente pelas companhias transnacionais.

Por fim, em sede de conclusão, afirmar-se-á que, apesar de ter evoluído nos últimos tempos, ainda há carência no campo da regulação a nível global da atuação das empresas transnacionais,

pois os instrumentos existentes no âmbito do Direito Internacional Público prescrevem apenas diretrizes ou princípios gerais que não possuem força coercitiva, ou seja, não fixam normas jurídicas obrigatórias (*hard law*) para estes novos atores globais, fator que garante a manutenção da ameaça à liberdade dos Estados destinatários do investimento e das práticas comerciais das companhias transnacionais.

1 A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE: A CONSTRUÇÃO DA ACEPÇÃO DO REPUBLICANISMO NEO-ROMANO

No presente tópico, a fim de propiciar uma contextualização inicial no plano teórico em que se desenvolve a problemática do artigo, analisar-se-ão as concepções de liberdade, a partir de uma breve evolução dos pensamentos da teoria política, para, então, tratar especificamente do conceito de liberdade para o republicanismo neo-romano.

Para tanto, inicia-se a análise das teorias que abordam especificamente as distinções entre duas ou mais formas de liberdade com os ensinamentos contidos no ensaio denominado “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos” do ano 1819 de Benjamin Constant.

No referido trabalho, Constant (1980, p. 11) destaca que a liberdade dos antigos é marcada pelo exercício dos direitos coletivos de forma direta pelo cidadão, seja pela deliberação em praça pública acerca de temas como guerra e paz, pela votação pública de leis e pronúncia de julgamentos diante de todo o povo, porém, ao mesmo tempo, os antigos admitiam a completa submissão das ações privadas à vigilância do todo, nada era concedido à independência individual, sendo que a autoridade do corpo social intervinha no interior das famílias, e, interpunha-se e restringia nos atos que soam até mesmo como insignificantes.

Por outro lado, na liberdade dos modernos o indivíduo é independente na vida privada, e mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência, assim sendo, “o perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesse particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político.” (CONSTANT, 1980, p. 23).

Em sede conclusiva, o autor se distancia da renúncia a qualquer das duas espécies de liberdade, e enfatiza que é necessário combiná-las, pois, “respeitando seus direitos individuais, protegendo sua independência, não perturbando suas ocupações, devem, no entanto, consagrar a influência deles sobre a coisa pública, chamá-los a participar do exercício do poder, através de decisões e votos [...]” (CONSTANT, 1980, p. 25).

Ainda no âmbito da dualidade de concepções da liberdade, merece destaque outra teoria, trazida a lume por Isaiah Berlin, pois, conforme elucida Pettit 2003, p.56):

O debate contemporâneo sobre a liberdade é, em grande parte, definido pela distinção que Isaiah Berlin estabeleceu entre liberdade negativa e liberdade positiva, distinção que aprofunda e generaliza aquela que Benjamin Constant propôs entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos.

Verifica-se que Berlin (2002, p. 229) trata primeiramente da liberdade negativa, típica da sociedade liberal: “a liberdade política nesse sentido é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros”. O autor ainda completa afirmando que “ser livre, nesse sentido, para mim significa não sofrer a interferência de outros, quanto maior a área de não-interferência, mais ampla a minha liberdade”. Essa área de não interferência já teve como referência o direito natural, a santidade do contrato, o utilitarismo ou mesmo um imperativo categórico. Na sociedade contemporânea é demarcada basicamente pelos direitos fundamentais positivados nas constituições dos povos.

No que diz respeito à liberdade para os liberais, a sua concepção negativa é o aspecto fundamental, pois, para esta teoria, a liberdade compreende ao afastamento de impedimentos, barreiras ou restrições de outrem para que alguém possa fazer ou deixar de fazer aquilo que tem desejo de fazer (RAMOS, 2005, p. 236).

Se os homens são livres, e se a liberdade individual constitui o valor superior, qual é o papel do Estado e por que essa liberdade é negativa? Ela é negativa porque limita a atuação dos indivíduos a uma esfera de ação que a lei permite, e cuja obediência requer o poder coercitivo (legítimo) do Estado para garantir o respeito recíproco dos agentes à liberdade (RAMOS, 2007, p. 309).

Nessa linha, extrai-se que a perspectiva da liberdade negativa implica na definição pela lei de limites da atuação do cidadão, sendo que este conjunto de normas deve criar um ambiente de harmonia pela pacificação social, possibilitando o estabelecimento das “liberdades básicas”, que segundo Rawls (2000, p. 176) “são definidas por direitos e deveres institucionais que dão aos cidadãos o direito de agir como desejarem e que impedem os outros de interferir”.

A liberdade negativa “tem por base a concepção mecanicista do movimento de corpos, os quais são livres quando não encontram obstáculos exteriores” (RAMOS, 2007, p. 305). Assim, no sentido negativo, ser livre significa não sofrer a interferência de outrem e poder fazer tudo que as leis lhe permitem, razão pela qual esta liberdade pressupõe uma área de não ingerência, de ausência de impedimentos ou de obstáculos. Essa construção da liberdade permite ao indivíduo buscar os seus objetivos pessoais, sendo adequada, portanto, ao liberalismo.

A liberdade positiva, por seu lado, provém do desejo que o indivíduo possui de ser seu próprio senhor, “desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo, desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens.” (BERLIN, 2002, p. 237). Mais adiante o autor completa: “Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa, responsável por minhas escolhas e capaz de explica-las a partir de minhas ideias e meus propósitos.” (BERLIN, 2002, p. 237).

A liberdade positiva é compreendida, então, como a capacidade de autodeterminação do indivíduo por meio da autonomia da vontade, sendo positiva, portanto, pelo fato de indicar a

presença da vontade autônoma do indivíduo, para que seja capaz de seguir seus próprios desejos e preferências sobre como deve, livremente, viver (RAMOS, 2007, p. 305).

Conforme Berlin (2002, p. 267), a liberdade negativa leva a sociedade a fixar barreiras e a impor limites às ações da autoridade, para proteger o indivíduo (limites das ações de um homem sobre a vida do outro); a liberdade positiva, por outro lado, leva os membros da sociedade a querer colocar a autoridade em suas próprias mãos.

A liberdade positiva, nesse sentido, traz a ideia de uma sociedade na qual cada indivíduo é autor de sua vontade e participa das decisões da autoridade governante, a decisão da autoridade governante está nas mãos de cada indivíduo. Como bem ressalta o autor, a liberdade negativa “não é incompatível com alguns tipos de autocracia ou pelo menos com a ausência de autogoverno. [...] é perfeitamente concebível que um déspota de mente liberal concedesse a seus súditos uma grande liberdade pessoal.” (BERLIN, 2002, p. 235). Contudo, embora a liberdade negativa seja suscetível a certos tipos de autocracia, a liberdade positiva também o é. Ainda segundo Berlin (2002, p. 239), esse tipo de construção (do sujeito autônomo que vive sob a autoridade do todo) tem levado a uma “divisão dúplice da personalidade: o controlador dominante e o indivíduo, com seus desejos e paixões, que precisa ser controlado”. Esse modelo tem se prestado com mais facilidade (do que o modelo da liberdade positiva) à submissão da sociedade, submissão a um controlador dominante que impõe controles sobre os indivíduos/controlados. Diante dessas teorias, é necessário encontrar alternativas.

Uma terceira alternativa é apresentada por Pettit (1999, p. 37). Entre os ideais de não interferência e o de autodomínio, ele apresenta a não dominação. O autor acredita que a distinção entre liberdade dos antigos ou positiva e a liberdade dos modernos ou negativa fez um desserviço ao pensamento político, pois alimentou a ideia de que somente existem duas maneiras de entender a liberdade:

De acuerdo com esa narración, quienes hablaban de libertad em los tempos pré-modernos estaban casi siempre interesados en la pertenencia y la participación democráticas, y en la autorealización que supuestamente traen consigo; se trata del tipo de preocupaciones que habrían sido perfectamente realizadas por los ciudadanos de la Atenas clásica [...]. Las preocupaciones de los modernos, por otra parte, se ven como el producto de una sociedad cambiante, más individualista, que desdeña el ideal de la participación pública en favor del ideal de una esfera privada de actividad, en la que cada individuo puede proseguir su propio camino (PETTIT, 1999, p. 37).

Depois de apresentar suas críticas, o autor apresenta uma alternativa de base republicana neo-romana. Segundo Pettit (1999, p. 46), Benjamin Constant (com a liberdade dos antigos) e Isaiah Berlin (com a liberdade positiva) valorizam particularmente a liberdade de participação democrática; apesar da tradição republicana neo-romana por ênfase na importância da participação democrática, seu foco de interesse primordial é evitar os males ligados à interferência; mais adiante enfatiza: “*hay que definir la libertad como una situación que evita los males ligados*

a la interferência, no como acceso a los instrumentos de control democrático, participativos o representativos” (PETTIT, 1999, p. 50). O controle democrático é importante, mas não é suficiente. Pettit desacredita, com isso, tanto a liberdade dos antigos como a liberdade positiva.

A não interferência (a liberdade negativa, a liberdade do liberalismo) não é suficiente, é preciso alcançar a não-dominação:

La tradición republicana es unánime a la hora de presentar la libertad como lo opuesto a la esclavitud, como lo es a la hora de ver la exposición a la voluntad arbitraria de otro – o el vivir a merced de otro – como el gran mal. [...] El contraste entre libertad y esclavitud revela claramente que se toma la libertad en el sentido de no-dominación, más que en el de no-interferencia (PETTIT, 1999, p. 52).

Em outra passagem o autor ainda esclarece: “*La condición de libertad se ilustra con el estatus de alguien que, a diferencia del esclavo, no está sujeto al poder arbitrario de otro, esto es, de alguien que no está dominado por el poder arbitrario de ningún otro*” (PETTIT, 1999, p. 52). Conforme Cesar Ramos (2007, p. 310):

A condição do escravo caracteriza-se pelo domínio que o senhor exerce sobre ele. Quando o primeiro torna-se permissivo e tolerante, mesmo assim, continua o estado de dominação sem, entretanto, haver uma efetiva e real interferência do senhor. Por mais que o escravo goze de liberdade negativa (ausência de interferência), ainda assim não se liberta da sua condição de servidão, continuando a pertencer ao seu senhor.

Skinner (1999, p. 40) investigou o republicanismo neo-romano a partir de autores do Séc. XVII e esclarece que a perda da liberdade do corpo político deve ter o mesmo significado da perda da liberdade para a pessoa individual e que sofrer a perda da liberdade individual significa ser transformado em escravo. Mais adiante, explica que “a essência do que significa ser um escravo, e, portanto, a falta de liberdade pessoal, é assim estar *in potestate*, dentro do poder de alguém mais”; a esta condição (estar *in potestate* de alguém) é acrescentada outra, para caracterizar a escravidão, a “condição na qual alguém é *obnoxius*, perpetuamente sujeito ou propenso a maus-tratos ou punição” (SKINNER, 1999, p. 43); o termo *obnoxius* é utilizado para descrever o predicamento de qualquer um que dependa da vontade de alguém mais. Ser livre, portanto, é estar na condição inversa à de escravo, é não estar sob o poder de outro e não depender da vontade de outro.

O autor também dá explicações sobre a ausência de liberdade de uma comunidade, nação ou Estado. Assim como o indivíduo pode ser um escravo, também uma comunidade pode cair na escravidão, vivendo *in potestate*, dentro do poder ou sob o domínio de outra nação ou Estado; a servidão pública tem por característica a condição de dependência da vontade de outra nação ou Estado. É possível detectar duas vias distintas para a servidão pública: primeiramente, um corpo político “será desprovido de liberdade se for forçosa ou coercivamente privado de sua capacidade de agir à vontade na busca dos fins que escolheu” (SKINNER, 1999, p. 46), o que vem a ser a tirania; ou “um Estado ou nação pode ser privado de sua liberdade se for simplesmente sujeito ou

propenso a ter suas ações determinadas pela vontade de alguém que não os representantes do corpo político como um todo” (SKINNER, 1999, p. 46); tal sociedade será considerada vivendo em escravidão, independentemente de leis que possam existir para conduzi-la, “se sua capacidade para ação for, de alguma maneira, dependente da vontade de alguém que não o corpo de seus próprios cidadãos” (SKINNER, 1999, p. 49).

A ideia é complementada com a demonstração das maneiras de como esta segunda forma de servidão pública pode emergir: “uma é quando um corpo político se encontra sujeito à vontade de outro Estado em consequência de colonização ou conquista” (SKINNER, 1999, p. 49) – mesmo que haja lei e autoridades responsáveis haverá servidão; a outra maneira é “quando a constituição interna de um Estado permite o exercício de quaisquer poderes discricionários ou privilegiados da parte daqueles que o governam” (SKINNER, 1999, p. 49) – nesse caso, a constituição dá espaço para o abuso do poder.

A abolição da escravidão no mundo de hoje é adotada como paradigma, mas a condição de escravo ainda é uma realidade comum no mundo. A sujeição do ser humano à vontade de alguém pode ser encontrada tanto no chamado trabalho escravo, pelo qual um sujeito arregimenta trabalhadores e dá a eles condição sub-humana de trabalho, como pode ocorrer em um Estado no qual encontramos uma ditadura bem marcada ou, simplesmente, em um Estado com democracia frágil, no qual um indivíduo ou o grupo governista manipula a estrutura de poder para obter benefícios pessoais em detrimento do interesse da sociedade.

Verificadas tais concepções de liberdade por meio da breve análise da evolução dos pensamentos da teoria política, Pode-se, agora, delimitar melhor o tema deste estudo, consistente no poder das empresas transnacionais na economia globalizada. A questão que se coloca já não é a dominação de um Estado sobre outro, o que é condenado pelo Direito Internacional e tem controles bem conhecidos. A questão aqui é a possibilidade de um sujeito (uma empresa transnacional) exercer a dominação de uma comunidade ou Estado, impondo sujeição de pessoas à vontade da empresa. O domínio dessa empresa vai depender das condições políticas internas e ele pode ocorrer, seguindo as linhas de Quentin Skinner, quando houver uma ditadura no país ou mesmo quando houver uma democracia, porém incipiente, com aberturas para privilégios e atuação livre para os governantes. Nessas duas circunstâncias, a empresa transnacional terá abertura para impor a sujeição da sociedade à sua vontade, haverá ambiente propício para a dominação.

Se o Direito Internacional deseja controlar os abusos da empresa transnacional, deve controlar a possibilidade de ela impor a sujeição de uma comunidade ou Estado a seus interesses. Isso depende da possibilidade da existência de lei e da observância ou não da lei existente. Conforme Pettit (1999, p. 227), “los instrumentos empleados por el estado republicano deberían ser, em lo posible, no manipulables. Diseñados para la promoción de ciertos bienes públicos, tendrían que ser maximamente reluctantes a su empleo arbitrário, banderizo quizá”. Como evitar a manipulação desses instrumentos? Questiona o autor. Dentre as exigências de controle está o império da lei e não dos homens, neste sentido:

Así como las leyes crean la autoridad de que disfrutan los que mandan, así también las leyes crean la libertad que comparten los ciudadanos. [...] las leyes sólo hacen eso mientras respeten los intereses y las ideas comunes del Pueblo y se atengan a la imagen de un derecho ideal: mientras no se conviertan en los instrumentos de la voluntad arbitraria de un individuo o de un grupo. Cuando las leyes se convierten en los instrumentos de esa voluntad, entonces, de acuerdo con la tradición, nos las vemos con un régimen [...] en el que los ciudadanos se convierten en esclavos y se ven enteramente privados de su libertad (PETTIT, 1999, p. 57)

Analisando a condição da empresa transnacional, deve-se destacar que é preciso existir leis que controlem o seu abuso e é preciso que essas leis sejam observadas. Essa construção somente pode ser eficiente no campo do Direito Internacional ou do direito interno de origem da empresa transnacional. Caso a humanidade dependa do país onde a empresa se instala, não será possível controle, pois a empresa tende a procurar lugares nos quais possa obter vantagens e, num mercado ainda bastante egoísta como vislumbrado hodiernamente, tende a buscar vantagens em detrimento do povo, controlando autoridades para obter benefícios. Trata-se, evidentemente, de um país em que a lei não tem um padrão de observância satisfatório, não tem um governo que cumpra a lei, mas um governo que aproveita as construções legais para impor suas vontades, o que é propício para o domínio da sociedade pela empresa transnacional.

O controle, então, deve vir do Direito Internacional ou do país de origem da empresa transnacional. E, neste contexto, da acepção republicana neo-romana de liberdade como não-dominância, somada à análise da atuação dos novos atores internacionais surgidos na globalização econômica, a ser abordada no próximo item, está inserido o problema central do presente trabalho, que questiona se o poder das empresas transnacionais é uma ameaça real à liberdade das nações e seus cidadãos.

2 O SURGIMENTO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA NOVA ORDEM GLOBALIZADA: REFLEXOS DE SUA ATUAÇÃO COMO AMEAÇA À LIBERDADE

No presente item, em um primeiro momento, abordar-se-á o efeito da integração econômica mundial na era da globalização, que, por sua vez, implicou no surgimento das empresas transnacionais cuja evolução e desenvolvimento serão elucidados, de forma sintética, para evidenciar o poder de sua influência na ordem jurídico-econômica mundial.

Neste cenário se concentra a problemática do presente trabalho, razão pela qual, subsequentemente, analisar-se-á se o reflexo da atuação deste ator global gera uma ameaça real a liberdade das nações e seus cidadãos, a partir da concepção republicana neo-romana de liberdade, elucidada anteriormente.

2.1 Globalização econômica e a transnacionalização dos mercados

Para traçar as linhas iniciais da discussão reflexiva do tema deve ser realizada uma

abordagem do fenômeno da globalização em seu recorte econômico por meio da elucidação de suas principais características e efeitos, isto porque o presente trabalho não visa traçar o conceito de globalização, ato que, por si só, implica em uma proposta infundada em face da ampla gama de áreas que o fenômeno afeta.

Assim sendo, uma primeira característica da globalização econômica é a redução da distância global pela velocidade da troca de informações, que, somada ao intercâmbio de recursos e pessoas, implica na mitigação das fronteiras físicas ou geográficas nacionais. Quanto ao tema, Minhoto (2004, p. 48) destaca:

De fato, um dos fatos característicos não somente da globalização tomado como manifestação social em si, mas da própria sociedade pós-moderna, é a velocidade e intensidade da informação, reduzindo espaços e aproximando realidades como nunca se havia registrado na história humana anteriormente, aspecto que gera um sentimento capitalizado ou interpretado por alguns como sintomático em relação à uma eventual diminuição da importância das fronteiras físicas ou geográficas.

Nesta perspectiva, diante da necessidade de inter-relacionamento entre países para manutenção de seus mercados, destaca-se a característica da superação do vetusto isolacionismo das nações mundiais, fenômeno tratado como “transnacionalização dos mercados”. Este, por sua vez, em pouco mais de uma década, transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e de espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção (FARIA, 2002, p. 13).

Ainda no que diz respeito às características e efeitos da globalização econômica evidencia-se a crise da soberania dos Estados, pois a facilidade e dinamicidade das relações internacionais acarretou a superação da concentração da tomada de decisões e da formulação de diretrizes pelos Estados em favor de novos atores globais, dos quais se destacam as empresas transnacionais e as organizações mundiais. Neste sentido:

Assim, a discussão acaba se transferindo para a premissa de que o remodelamento das relações internacionais, a partir de uma revolução tecnológica da informação, aumenta a participação dos atores internacionais e acaba por minar a autoridade dos Estados, o que estabelece uma revisão do conceito de poder soberano (SALDANHA, 2006, p. 224)

Ora, se a globalização é considerada a grande responsável pela integração econômica mundial e pela transnacionalização dos mercados, eis que por meio dela se consolidou o intercâmbio global de riquezas, o progresso tecnológico e produtivo, bem como a mitigação das fronteiras físicas estatais, é certo dizer que a consolidação das empresas transnacionais está diretamente relacionada com o fenômeno da globalização econômica.

O surgimento das empresas transnacionais, cujo molde se transformou ao longo do tempo

de acordo com as grandes alterações sociais, políticas e econômicas mundiais, impulsionada pelo progresso e inovações tecnológicas, e, em especial, pelo anseio de reduzir os custos da produção, remete ao fim do século XVI, com o início da expansão ultramarina de companhias do continente europeu que tinham por objetivo se relacionar comercialmente com o oriente e fixar novos pontos de exploração de recursos naturais, formar redes comerciais e produtivas internacionais.

Historicamente, registra-se a pioneira criação, em 1600, da Companhia das Índias Inglesas, estabelecida e sediada em Londres, destinada a comerciar com os países do Oceano Índico, tendo permanecido operacional até 1858, quando seus poderes foram transferidos à Coroa Britânica. Na Ásia, o mais poderoso grupo europeu foi a Companhia Holandesa das Índias Orientais, constituída em 1602 e formalmente extinta em 1798 (CRETELLA NETO, 2006a, p. 2).

Em que pese o início da existência das sociedades de atuação internacional remontar ao fim do século XVI, é cediço que a abertura do mercado internacional operou uma nova estruturação no molde das sociedades empresariais, que, a princípio, limitavam-se a atuar em uma circunscrição regional ou nacional para, então, sedimentar um estágio de atuação internacional por meio da instalação de filiais ou sucursais em países estrangeiros.

Nesta linha, Mazuolli (2008, p. 378) ensina que empresas multinacionais são as empresas constituídas sob as leis de determinado Estado e que têm representações ou filiais em dois ou mais países, neles exercendo seu controle, acionário ou contratual, ainda que o seu capital provenha de um único Estado ou de uma única pessoa.

Entretanto, o modelo da atual empresa transnacional, fruto do fenômeno da globalização econômica, objeto do presente trabalho, não se interrompeu na mera instalação de filiais em países estrangeiros, e, passou por transformações que lhes configuraram de forma distinta.

As empresas transnacionais atuais, com fito de aumentar a margem de lucro e ampliar o mercado de consumidores, passaram a operar em uma linha de produção descentralizada formada por uma rede organizada de exploração de serviços, bens, recursos e matéria-prima em escala mundial, com fornecedores distintos situados em diversos países, formando, portanto, plataformas industriais que garantem, inclusive, a possibilidade da empresa transnacional não ser proprietária ou detentora de nenhuma fábrica ou sucursal.

Frise-se que, embora a empresa transnacional opere em mais de um país, a sua personalidade jurídica não é internacional, mas sim estipulada pela lei do território onde ela for constituída (DOLINGER, 2003, p. 433). Nesse sentido, Ruggie (2013, p. XVI) afirma que empresas que operam à nível global não são reguladas à nível global, cada um dos componentes individuais da plataforma estão sujeitos à jurisdição do país onde estão instalados, e crítica os Estados que, na maioria dos casos, deixam de aplicar suas regras nacionais para evitar embaraço a capacidade competitiva de produção da empresa, em virtude do prevalecimento do interesse privado em desfavor do interesse público.

A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD,

2018) define empresa transnacional, conforme a seguir:

A TNC é uma empresa, que independente do seu país de origem e de sua propriedade, podendo ser privada, pública ou mista, compreendida por entidades locais em dois ou mais países, ligadas por controle acionário ou não, de forma que uma ou mais dessas entidades possam exercer influência significativa sobre a atividade das demais e, em particular, para dividir conhecimento, recursos e responsabilidades umas com as outras. [...]. Ademais, observa-se que, atualmente, as empresas transnacionais adotam uma política de investimento direto nos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, que, por sua vez, garantem-lhe as melhores condições de produção por diversos fatores, dentre os quais se destacam: a) concessão de benefícios fiscais; b) doação de terrenos e áreas produtivas; c) mão de obra barata e alta taxa de desemprego da região; d) redução de procedimentos burocráticos para produção, importação e exportação (tradução nossa)¹.

Se as atuais empresas transnacionais são sociedades empresariais que primam pela obtenção de lucro por meio da atuação em países distintos, seja pelo fluxo internacional de bens, serviços e ativos financeiros, ou pela transnacionalização da produção sustentada no investimento direto estrangeiro, é possível afirmar que seus atos são capazes de influenciar a ordem jurídico-econômica dos Estados onde atuam.

Quanto ao tema, Lafer, ao prefaciar a obra de Baptista (1987, p. 3), leciona que a empresa transnacional, porque detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, “através dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, é uma unidade econômica que tem como atributo, [...] a capacidade de alocar recursos em escala mundial”.

Nesta esteira, é cediço que a globalização afetou a noção tradicional da atuação estatal na regulação dos sujeitos de direito, visto que antes os países eram os únicos responsáveis por fixar normas que delimitavam a atuação dos atores internos e as relações com os atores externos.

Nesse sentido, destaca-se justamente a força da influência das empresas transnacionais na economia nos Estados onde atuam. Isso porque, em primeiro lugar, toda a estrutura do desenvolvimento sustentável é necessariamente dependente da participação direta das empresas multinacionais, e, segundo, as empresas multinacionais particulares têm a capacidade de influenciar a política e as ações dos governos (BANTEKAS, 2004, p. 313).

Assim, atualmente, em decorrência da influência do mercado internacional, as decisões e atos das empresas transnacionais, juntamente com aqueles praticados pelos demais atores internacionais, são capazes de afetar setores da economia em escala global e até mesmo decisões

¹ Tradução livre de: “A TNC is an enterprise, which is irrespective of its country of origin and its ownership, including private, public or mixed, which comprises entities located in two or more countries which are linked, by ownership or otherwise, such that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. TNCs operate under a system of decision making which permits coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centers. [...] For working purposes, the UNCTAD considers a “transnational corporation” to be an entity controlling assets abroad.”

governamentais. Neste sentido:

As empresas transnacionais são hoje consideradas, por alguns, como sujeitos auxiliares do Direito Internacional Público, interferindo, por sua importância econômica e pelo poder político internacional de fato, no organograma das instituições oficiais e impondo-se, com maior relevância do que a grande maioria dos Estados, como atores de peso no processo internacional de decisões políticas, sociais e econômicas (CRETILLA NETO, 2006a, p. 28).

A empresa transnacional prima pela liberdade para realizar transações no plano internacional baseada na autonomia que o próprio mercado lhe garante, o que juridicamente pode implicar na criação e busca da legitimação de uma ordem normativa não estatal, denominada de *nova lex mercatoria*².

Neste cenário, evidencia-se que o poder de influência das decisões e atos praticados pelas empresas transnacionais representa uma ameaça real para a liberdade, em sua concepção republicana, em especial para a liberdade das nações, e, conseqüentemente, para de seus cidadãos, que recebem o investimento direto estrangeiro destas pessoas jurídicas privadas.

Justamente neste sentido, Lafer (apud CATALAN; BUSSATTA 2003, p. 56) enfatiza que essa nova *lex mercatoria* acaba por esbarrar no intervencionismo econômico do direito público interno dos Estados que, em última análise, tentam controlar o acesso de empresas transnacionais aos seus territórios, configurando-se, nesse processo, uma tensão entre a ambição de objetivo universal das experiências econômicas e a territorialidade do Estado-nação.

2.2 A atuação das empresas transnacionais como ameaça real à liberdade na concepção republicana

Se a liberdade para o republicanismo neo-romano, como exposto anteriormente, se traduz na “não dominação”, ou seja, a não sujeição de um indivíduo em relação à vontade arbitrária de outro(s) indivíduo(s), verifica-se que a atuação sem rédeas das empresas transnacionais pode ser reconhecida como ameaça real à liberdade de ação dos Estados que recebem seus investimentos, seja direta ou indiretamente.

Os Estados têm interesses econômicos próprios, cujos valores e diretrizes podem se mostrar discrepantes com a ordem estabelecida pela nova *lex mercatoria*, o que se torna, em tese, um empecilho para a sincronização das atividades das empresas transnacionais no cenário interno de cada país onde deseja atuar em virtude do fato de afrontar sua liberdade.

2 Acerca do surgimento da antiga *lex mercatoria*, Arno Dal Ri Júnior e Odete Maria de Oliveira (2003, p. 12) sintetizam que “os portos constituíam sedes de centros de comércio onde tradicionalmente organizavam-se contratos de vendas, fixavam-se condições de mercado, ocupavam-se com as convergências de preços dos produtos entre as regiões, o que veio a originar um tipo de comércio transfronteiriço, daí surgindo o sistema normativo que ficou conhecido como *lex mercatoria* e que buscava consolidar base jurídica internacional para o comércio”. A nova *lex mercatoria*, por sua vez, segundo Celso Lafer, em seu prefácio à obra de Luiz Olavo Baptista (1987, p. 4), é marcada por um direito eminentemente baseado nos usos e costumes, que, no mundo globalizado, é elaborado pela prática das próprias empresas transnacionais, principais atores do comércio internacional. Nesse sentido, as empresas transnacionais almejam reger suas relações sem a interferência de lei interna ou de lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade, por meio de contratos e da arbitragem.

Ademais, deve-se levar em consideração, ainda, que a liberdade dos cidadãos destes países, em especial a liberdade econômica, também enfrenta óbice com a impossibilidade de agir sem a dominação advinda das ações das empresas transnacionais.

Neste ponto, evidencia-se o questionamento sobre a necessidade de uma nova estruturação política-jurídica de intervenção no âmbito do direito internacional para reestabelecer a noção de coordenação estatal dos atos do comércio global para garantir ou restituir a liberdade dos Estados e de seus cidadãos sem a influência da dominação empregada pelos atos e decisões das empresas transnacionais.

Assim sendo, o papel do Direito Internacional Público na regulação da atuação das empresas transnacionais passa a ser permeado de especial importância, pois, é possível que atores privados desestabilizem economias de Estados com a movimentação brusca de grandes volumes de capitais, sem mecanismos efetivos de controle estatal sobre seu conteúdo ou métodos de operação (VARELLA, 2013, p. 41).

A referida necessidade de regulação ou regulamentação da atividade dos conglomerados empresariais transnacionais é matéria que reflete não só interesse dos países que recebem investimento, mas também dos remetentes e das próprias empresas transnacionais. Entretanto, o referencial teórico clássico do Direito Internacional, pela forma com que contemplava o mundo, somente tendo como personagens os Estados, não demonstrou possuir instrumentos capazes de regular estas relações.

Nessa esteira, depreende-se que a competência para criar regras de orientação e regulação das práticas das empresas transnacionais deixa de ser exclusivamente da atuação legislativa isolada dos Estados, e passa a ser atribuída às Organizações Internacionais ou para a atuação conjunta de países em cooperação, em fóruns e encontros que abordam temas específicos, que, por sua vez, elaboram linhas diretrizes, códigos de conduta e pactos globais que visam atender anseios à níveis globais.

3 REMÉDIOS INTERNACIONAIS E A TOMADA DAS RÉDEAS NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Diante desta nova agenda mundial que visa à regulação da atuação das empresas transnacionais, com fito de garantir a liberdade dos Estados e de seus cidadãos no âmbito jurídico-econômico, desenvolveram-se nos últimos tempos alguns instrumentos para a coordenação dos atos do comércio global, dentre os quais se destacam o Pacto Global da ONU e as Linhas Diretrizes das Empresas Multinacionais da OCDE.

O Pacto Global da Organização das Nações Unidas não é um instrumento que cria normas jurídicas obrigatórias, é de adesão voluntária, e tem o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção.

Em dezembro de 1974 foi criada a Comissão da ONU sobre as Corporações Multinacionais

(sob a coordenação do ECOSOC), que prontamente se engajou na tarefa de elaborar um código de condutas (TRINDADE, 1984, p. 219), porém, somente em 1999, o Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, lançou, durante o Fórum Econômico de Davos, o Pacto Global (*Global Compact*), que prevê expressamente 10 (dez) princípios que indicam valores basilares que devem ser seguidos pelas Empresas Multinacionais para garantir uma atuação responsável. Quanto ao tema:

O pacto global pede para que as empresas adotem, apoiem e promovam um conjunto de dez princípios relativos a direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Este compromisso elevado não deve ser descartado. Existe claramente um papel para as Nações Unidas no estabelecimento de normas sobre governança corporativa internacional como um bem público necessário³ (MORAN, 2008, p. 15, tradução nossa).

Conforme informações da Rede Brasil do Pacto Global (2019), formada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Pacto Global foi desenvolvido a partir do pressuposto de que, atualmente, as empresas são indispensáveis para o desenvolvimento social das nações e, portanto, devem agir com responsabilidade na sociedade com a qual interagem.

Na medida em que se envolvem nesse compromisso, compreendem mais profundamente as oportunidades existentes num contexto social complexo e dinâmico. Por isso, todas as empresas do mundo, sem distinção da área em que atuam ou do tamanho que possuem, são convidadas a participar do Pacto Global. Segundo dados da ONU⁴, o Pacto Global foi assinado por mais de 12.000 entidades de 170 países do mundo.

Ainda no plano do sistema onusiano, porém, decorrente da atuação da Sub-Comissão da Promoção e Proteção de Direitos humanos da ONU, Ruggie (2013, p. XVII) destaca outro instrumento normativo que começou a ser elaborado para regular as atividades empresariais, denominado “Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, que indicava o mesmo rol de deveres estatais de resguardo dos Direitos Humanos, porém, que não obteve êxito na entrada em vigor, em especial pela indicação da comunidade empresarial de que seria uma privatização dos Direitos Humanos, que transferiria a responsabilidade estatal para empresas transnacionais.

No que diz respeito à regulação da atuação destas empresas à nível internacional, também tem relevo um instrumento do Comitê de Investimento Internacional e das Empresas Multinacionais da OCDE, denominado Declaração sobre Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais, de 27 de junho de 2000, que proclama, em seu anexo, a título de recomendações às empresas multinacionais, as Linhas Diretrizes (*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*).

3 Tradução nossa de: “[...] The Global Compact asks companies to embrace, support, and promote a set of ten principles relating to human rights, labour, the environment, and anti-corruption. This lofty undertaking should not be dismissed out of hand. There is clearly a role for the United Nations in standard-setting on international corporate governance as a much needed public good.”

4 É possível obter informação atualizada sobre todos os signatários do Pacto Global junto ao sítio eletrônico da ONU (UNITED NATIONS, 2019).

As Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE se assemelham a um código multilateral de conduta para estas sociedades empresariais, e visam harmonizar as operações das empresas com as políticas governamentais, fortalecer o seu relacionamento com a sociedade onde operam, melhorar o clima para o investimento estrangeiro e aumentar a contribuição das empresas para o desenvolvimento sustentável.

Assim como o Pacto Global, as Linhas Diretrizes para as Empresas Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico não criam normas jurídicas obrigatórias, ou seja, ambas não pertencem ao campo das codificações internacionais de natureza jurídica denominada *hard law* ou direito rígido.⁵

Neste contexto, evidencia-se que, ainda que tenha ocorrido significativa coordenação de tratativas no âmbito mundial acerca do tema das empresas transnacionais, a disparidade de posicionamento entre os interessados, em especial no que diz respeito ao controle das ações destas companhias, enfraquece a possibilidade da elaboração de um documento oficial coercitivo de adoção obrigatória e dotado de poder de polícia para fiscalização, autuação e sanção daqueles que o desrespeitem. Quanto ao tema:

Em que pese o avanço nas negociações, permanecem sem solução inúmeros problemas de forma e de fundo relativos ao Código, razão pela qual provavelmente esse instrumento não virá jamais a construir um tratado no sentido que lhe confere a Convenção de Viena de 1969, ou seja, codificação pertencente ao corpus do *hard law* do Direito Internacional (CRETELLA NETO, 2006b, p. 110).

Assim sendo, verifica-se que os instrumentos até então difundidos a nível global representam um verdadeiro conjunto de princípios e diretrizes a serem respeitados voluntariamente pelas referidas companhias transnacionais. Assim, ainda que firmados por um número considerável de pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público, por não possuírem força coercitiva, tais pactos e declarações não implicam em um controle coercitivo das práticas das empresas transnacionais, bem como não esgotam o campo de discussão sobre a necessidade de regulação da atuação deste novo ator global.

Neste cenário marcado pela ausência de regras rígidas e de imposições coercitivas que visam à regulamentação da atuação das empresas transnacionais, cumpre destacar, por fim, os danos causados por estes atores internacionais. Isto porque as práticas dessas empresas ainda são muito agressivas aos destinatários, em especial nos países subdesenvolvidos. Embora a escravidão já não seja aceita, sendo até condenada, continua existindo a figura da dominação⁶, da sujeição

5 Seguindo o referencial teórico de Marcelo Dias Varella (2011, p. 82), o conceito tradicional de *hard law* marca oposição ao que, usualmente, se denomina no direito internacional de *soft law*, ou como preferem os franceses, *droit mou*. Este, por sua vez, quando traduzidos para o português representam um direito leve ou frouxo, que prevê norma internacional não obrigatória.

6 Apenas a título de exemplo desta dominação, é fato notório a exploração de mão de obra escrava ou infantil pelas empresas transnacionais, em especial nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Casos como os da Nestlé e Cargill (PETERSSON, 2017), da Apple, Samsung e Sony (SATURNINO, 2016), da JBS (INSTITUTO OBSERVATORIO SOCIAL, 2017), Brookfield (SENRA, 2017), foram noticiados pela mídia, indicando que ainda há trabalho escravo e infantil. No Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego, do Poder Executivo da União, possui uma lista para cadastro de empregadores que submetem os trabalhadores a condições análogas à escravidão (CNI,

a verdadeiros senhores. Como se observa da teoria republicana, a lei liberta, ela é o instrumento que evita a dominação. É fundamental a construção e consolidação de regras coercitivas contra as práticas abusivas de dominação.

Se a atuação sem rédeas das empresas transnacionais afeta a esfera de liberdade de ação dos Estados que recebem seus investimentos, seja indireta ou diretamente, demonstrou-se ao longo do trabalho que cumpre ao Direito Internacional Público a regulação da atividade deste novo ator global. A dominação da sociedade ou a servidão pública a determinados senhores, conforme acima apresentada a partir de Quentin Skinner, ocorre em Estados onde exista uma tirania ou onde as ações do Estado não representam a vontade e as necessidades do corpo político. Esta segunda forma de servidão pública é comum quando a constituição do país permite privilégios e deixa espaço para abuso do poder.

Nesses casos, especialmente, a lei do lugar não terá força suficiente para evitar a dominação. O controle desse tipo de abuso pode vir do país de origem da empresa transnacional, o qual pode impor leis para restringir possíveis abusos às empresas sob sua jurisdição, ou pode vir do direito internacional, mas por meio de regras impositivas.

CONCLUSÃO

Evidenciou-se, no presente trabalho, que a globalização econômica pode ser considerada o principal fenômeno responsável pela evolução e propagação da atuação das empresas transnacionais, seja em virtude da garantia de celeridade na troca de informações, seja pela facilidade no intercâmbio de riquezas, produtos ou serviços, ou mesmo em razão da mitigação das fronteiras físicas interestatais.

Neste cenário, a atuação das empresas transnacionais, por meio de plataformas flexíveis de produção e prestação de serviços, passou a influenciar diretamente as agendas políticas, econômicas e jurídicas dos Estados onde atuam, bem como de seus cidadãos. A partir desta construção, volta-se para o problema central do trabalho, fixado no seguinte questionamento: a ausência de regulação direta à nível internacional da atuação das empresas transnacionais pode ensejar uma ameaça real à liberdade dos Estados e de seus cidadãos?

E, como hipótese obtida pela linha crítica demonstrada ao longo do trabalho, responde-se a questão pela afirmação de que, justamente diante do atual poder de influência das empresas transnacionais, as práticas comerciais deste novo ator global passaram a representar uma ameaça real à liberdade dos países que recebem seus investimentos ou ações, isto porque, para o republicanismo neo-romano, a liberdade é a não dominação, a não sujeição de um indivíduo em relação à vontade arbitrária de outro(s) indivíduo(s).

Neste diapasão, demonstrou-se, ainda, que a elaboração de instrumentos por organizações internacionais, tal como se procedeu com o Pacto Global da ONU e as Linhas Diretrizes para as Empresas Multinacionais da OCDE, apresenta-se como solução ainda insuficiente para superação

2019), bem como fiscaliza tais situações por meio de um programa específico de combate à situação de escravidão (BRASIL, 2019).

da tradicional dicotomia entre a autorregulação do mercado pelos atos de livre circulação de investimentos, bens e serviços, praticados pelas empresas transnacionais, e, a necessidade de garantir liberdade da atividade econômica pela regulação jurídico-normativa estatal, justificada na soberania das pessoas jurídicas de direito público que são destinatárias deste investimento estrangeiro.

Assim sendo, baseando-se na linha de explicações republicanas delineadas no presente artigo, evidencia-se que esta carência de normas impositivas para evitar a sujeição de pessoas e Estados à dominação da empresa e do capital transnacional enseja em ameaça real ao conceito de liberdade.

REFERÊNCIAS

BANTEKAS, Ilias. Corporate social responsibility in international law. **Boston University International Law Journal**, Boston, v. 22, p. 309-347, 2004. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/international/volume22n2/documents/309-348.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In*: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 224.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. **Trabalho em situação análoga à escravidão**. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/trabalhoescravonao/>. Acesso em: 30 out. 2019.

PETTIT, P. Liberalismo. *In*: CANTO-SPERBER, M. (org.). Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 56.

CATALAN, Marcos Jorge; BUSSATTA, Eduardo Luiz. A lex mercatoria. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VII, n. 166, 2003.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Lista suja do trabalho escravo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-secretaria-geral/462-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/13496-lista-suja-do-trabalho-escravo>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, 1819. Tradução de Loura Silveira. Paris: Collection Pluriel, 1980. Título original: De la Liberté cliez les Modernes.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

CRETELLA NETO, José. Globalização: Empresas Transnacionais e Investimentos. *In*: GUERRA, Sidney (org.). **Globalização**: desafios e implicações para o direito internacional

contemporâneo. Ijuí: Ijuí, 2006b. p. 89-137.

DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). **Direito internacional econômico em expansão**: desafios e dilemas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.
INSTITUTO OBSERVATÓRIO SOCIAL. **Transnacionais estão relacionadas a empresas flagradas empregando trabalho escravo**. 2017. Disponível em: <http://www.observatoriosocial.org.br/?q=noticia/transnacionais-estao-relacionadas-empresas-flagradas-empregando-trabalho-escravo>. Acesso em: 30 out. 2019.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Globalização e direito**: o impacto de ordem mundial global sobre o direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAN, Theodore H. **The United Nations and transnational corporations**: a review and a perspective. 2008. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/diaeii200910a4_en.pdf. Acesso em: 1 nov. 2019.

PACTO GLOBAL. **O que é?** Disponível em: <http://pactoglobal.org.br/o-que-e/>. Acesso em: 5 nov. 2019.

PETTERSSON, Edvard. **Nestlé e Cargill podem ser processadas por trabalho escravo**. **EXAME**, São Paulo, 9 jan. 2017. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/nestle-e-cargill-podem-ser-processadas-por-trabalho-escravo/>. Acesso em: 31 out. 2019.

PETTIT, Philip. **Republicanism**: una teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução para o espanhol: Toni Demènech. Barcelona: Paidós, 1999.

RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. **Crítica Revista de Filosofia**, Londrina, v. 12, n. 36, p. 301-336, out. 2007.

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica Revista de Filosofia**, Londrina, v. 10, n. 32, p. 229-264, out. 2005.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RUGGIE, John Gerard. **Just business**: Multinational Corporatins and Human Rights. New York: W. W. Norton & Company, 2013.

SALDANHA, Eduardo. Globalização: fenômeno ou paradigma? *In*: GUERRA, Sidney (org.). **Globalização**: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Ijuí, 2006, p. 207-236.

SATURNINO, Leticia. Apple, Samsung e Sony acusadas de apoiar trabalho escravo infantil na África. **UOL**, 14 maio 2016. Disponível em: <http://blogs.ne10.uol.com.br/mundobit/2016/01/19/>

apple-samsung-e-sony-acusadas-de-apoiar-trabalho-escravo-infantil-na-africa/. Acesso em: 5 nov. 2019.

SENRA, Ricardo. Fiscalização flagra trabalho escravo e infantil em marca de roupas de luxo em SP. **BBC BRASIL**, São Paulo, 20 jun. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36574637>. Acesso em: 5 nov. 2019.

SKINNER, Quentin. **A liberdade antes do liberalismo**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 213/232, jan./mar. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>. Acesso em: 2 nov. 2019.

UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Glossary: Structure of TNCs**. 2018. Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/Investment%20and%20Enterprise/Structure-of-TNCs.aspx>. Acesso em: 1 nov. 2019.

UNITED NATIONS. **United Nations Global Compact**. 2019. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>. Acesso em: 5 nov. 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

Como citar: SOARES, Marcos Antônio Striquer. BAPTISTA Ruda Ryuiti Furukita, Nome. OmPoder das Empresas Transnacionais na Economia Globalizada: Ameaça Real À Liberdade na Concepção Republicada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 25-44, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p25. ISSN: 2178-8189

Recebido em 14/09/2018

Aprovado em 12/11/2019

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À MORADIA A PARTIR
DO CASO LANCEIROS NEGROS: DA BARBÁRIE À
CONCERTAÇÃO**

REFLECTIONS ON THE RIGHT TO HOUSING FROM THE CASE
NEGROOS: FROM BARBÁRIE TO CONCERTATION

Betânea de Moraes Alfonsin*
Daniele Ferron D'avila**

* Doutora em Planejamento Urbano e Regional em 2008 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Mestre em Planejamento Urbano e Regional em 2000 pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Graduada em 1990 em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Rio Grande do Sul (UFRGS)
E-mail: betaniaalfonsin@gmail.com

**Doutoranda em Diversidade e Inclusão pela Universidade Feevale. Mestre em 2018 pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS

Especialista em Processo Civil em 2006 pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Graduada em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

E-mail: daniele_ferron@hotmail.com

Como citar: ALFONSIN, Betânia de Moraes; D'AVILA, Daniele Ferron. Reflexões sobre o direito à moradia a partir do caso Lanceiros Negros: da barbárie à concertação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 45-60, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p45. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O trabalho examina um despejo ocorrido em Porto Alegre à luz do direito à moradia adequada tal como tratado nos Pactos Internacionais dos quais o Brasil é signatário e da legislação nacional que trata da matéria, trazendo ao leitor a proteção legal que existe sobre o tema. O método de análise é o dedutivo, portanto, e o método de procedimento adotado é o estudo de caso. Na sequência analisa-se a aplicação da legislação ao caso Lanceiros Negros, demonstrando as violações ocorridas no cumprimento do mandado de reintegração de posse desta ocupação. O estudo demonstra que o Brasil enfrenta sérias dificuldades para garantir a efetivação do direito à moradia, tendo em vista que neste caso concreto, em um primeiro momento, o direito foi violado pelo Estado, representado pelo Judiciário que deveria proteger o direito fundamental à moradia, e, somente em um segundo momento, após grave repercussão social, jurídica e política, o conflito é resolvido em uma solução concertada entre os ocupantes, poderes e órgãos públicos responsáveis. Salienta-se, nas conclusões, o papel pedagógico do caso em relação aos casos futuros.

Palavras-chave: Direito à moradia. Direitos humanos. Resolução de conflitos possessórios.

Abstract: The paper examines an eviction that took place in Porto Alegre in the light of the right to adequate housing as dealt with in the International Covenants of which Brazil is a signatory and of the national legislation dealing with the matter, bringing to the reader the legal protection that exists on the subject. The

method of analysis is the deductive, therefore, and the method of procedure adopted is the case study. The following is an analysis of the application of the legislation to the case of Lanceiros Negros, demonstrating the violations that occurred in the fulfillment of the warrant for the reintegration of possession of this occupation. The study shows that Brazil faces serious difficulties in guaranteeing the realization of the right to housing, given that in this particular case, the right was flagrantly violated by the State, represented by the Judiciary, which should protect the fundamental right to housing, and only in a second moment, after serious social, legal and political repercussions, the conflict is solved in a concerted solution between the occupants, Public Powers and responsible public agencies. In the conclusions, is emphasized the pedagogical role of the case in relation to future cases.

Keywords: Housing rights. Human rights. Resolution of possessory conflicts.

INTRODUÇÃO

Apesar de o direito humano à moradia possuir reconhecimento em normas e pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), assim como na Constituição Federal e em outras normas nacionais, o mesmo ainda é objeto de constantes violações em todo o mundo, tal como denuncia a relatora das Nações Unidas para o direito humano à moradia adequada, Raquel Rolnik, ao final de seu mandato como relatora.¹ O Brasil não é exceção a esta regra e aqui procura-se demonstrar a forma como este direito foi vulnerabilizado no caso do despejo da ocupação Lanceiros Negros.

A reintegração de posse do imóvel público, de propriedade do Estado, localizado na esquina das Ruas General Câmara e Andrade Neves, na cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, onde viviam setenta famílias, que ocorreu em 14 de junho de 2017, violou normas, pactos internacionais e matéria de ordem constitucional, proporcionando um cenário de perplexidade jurídica e horror.

No caso aqui analisado, o cumprimento de uma determinação judicial de desocupação não houve qualquer cuidado ou proteção aos direitos humanos dos moradores, sendo a única preocupação a de não atrapalhar o trânsito de veículos e funcionamento da capital, o que demonstrou descaso com os direitos dos moradores e uma curiosa ponderação de valores em conflito no caso concreto.

A fim de atingir os objetivos propostos neste estudo, se pretende abordar em uma primeira seção as normas, pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, assim como as normas nacionais que protegem o direito à moradia; e na segunda seção se analisará a violação destas normas no caso Lanceiros Negros, onde houve flagrante afronta aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

1 O DIREITO À MORADIA ADEQUADA

O direito à moradia possui reconhecimento internacional como um direito humano já há bastante tempo. Foi em 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que ele se inscreve como direito universal, de modo que deve ser aplicado no mundo todo por se tratar de um direito central à vida das pessoas, constando no artigo 25.1 da referida declaração, com a seguinte redação:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (ONU, 1998).

1 Ver Rolnik (2015).

O reconhecimento do direito à moradia na Declaração Universal de Direitos Humanos trouxe a afirmação do que seria o direito a um padrão de vida adequado incluindo vários outros aspectos, e não apenas o direito à moradia adequada (SAULE JUNIOR, 2004).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos consolida-se o entendimento do conceito do que seria um padrão de vida adequado; surgindo, a partir desta conquista, as formas de proteção internacional de direitos humanos, e deste direito em especial, em diversos textos internacionais (SAULE JUNIOR, 2004).

Segundo Pagani (2009), após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 6 de julho de 1992, por meio do Decreto 591, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o qual fora adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, fazendo constar em seu artigo 11.1 a obrigação Estatal de proteção à moradia digna.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)² incluiu a proteção de arbitrariedade acerca de interferência ilícita em domicílio em seu artigo 17, 1, tratando da proteção ao direito à moradia, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³ (OSORIO *apud* FERNANDES, 2001).

Para Pagani (2009), além do direito à moradia estar reconhecido nos Pactos Internacionais, também está reconhecido em Declarações e Convenções Internacionais, como na Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁴ em seu artigo V, “e”, iii,⁵ onde trata do direito à habitação sem discriminação racial.

A Declaração de Vancouver, denominada de Agenda Habitat I, que resultou da primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, que ocorreu em 11 de junho de 1976, em Vancouver no Canadá, trouxe um consenso mundial acerca do direito à moradia adequada, onde foi abordado inclusive, que a moradia adequada deve ser abrangida pelos serviços básicos de infra-estrutura; por se tratar de um direito humano, o qual deve ser promovido através de políticas públicas realizadas pelo Estado (PAGANI, 2009).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,⁶ dispõe em seu art. 14, 2, “h”⁷ como direito da mulher, o acesso às condições de vida adequadas em sua habitação (OSORIO *apud* FERNANDES, 2001).

2 Adotado em 16 de dezembro de 1966, entrada em vigor em 23 de maio de 1976.

3 Adotado em 16 de dezembro de 1966, entrada em vigor em 3 de janeiro de 1976.

4 Adotado em 21 de dezembro de 1965, entrada em vigor em 4 de janeiro de 1969.

5 “Artigo V: De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] e) direitos econômicos, sociais culturais, principalmente: [...] (iii) direito à habitação [...]” (BRASIL, 1969).

6 Adotado em 19 de dezembro de 1979, entrada em vigor em 3 de setembro de 1981.

7 “Artigo 14 - 1. Os Estados-Partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pela mulher rural e o importante papel que desempenha na subsistência econômica de sua família, incluído seu trabalho em setores não-monetários da economia, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção à mulher das zonas rurais. 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.” (BRASIL, 2002).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁸ dispõe em seu artigo 27,3⁹ sobre a proteção do direito à habitação destinado às crianças, também tratando do direito à moradia (OSORIO *apud* FERNANDES, 2001).

Finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos que integra os Estados-partes da Organização dos Estados Americanos (OEA), dispõe em seu art. 22 sobre o direito de circulação e residência e em seu art. 26 estabelece que os Estados-partes se comprometem a adotar medidas para que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam protegidos e efetivados, incluindo-se de forma implícita, o direito à habitação.

Visando a efetivação dos referidos direitos, em 17 de novembro de 1988, foi assinado o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado “Protocolo de San Salvador”, em San Salvador, El Salvador, que entrou em vigência em 16 de novembro de 1999, o qual criou um rol de direitos que deveriam ser implementados pelos Estados-partes a partir de medidas necessárias para que se obtenha a plena efetividade dos direitos constantes no Protocolo (PAGANI, 2009).

Depois da realização da Agenda Habitat I, passadas duas décadas, ocorreu em Istambul, na Turquia, em datas de 3 e 4 de julho de 1996, a segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, originando a Declaração de Istambul, a denominada Agenda Habitat II, a qual foi adotada por 171 países com 100 compromissos e 600 recomendações sobre assentamentos humanos (PAGANI, 2009). Esta Conferência foi central para firmar o compromisso dos países membros com a “progressiva” garantia do direito humano à moradia adequada em seus territórios.

Recentemente, ocorreu em outubro de 2016, em Quito, no Equador, a Agenda Habitat III sobre desenvolvimento urbano, como parte do ciclo de conferências mundiais da Organização das Nações Unidas (ONU) (BRASIL, 2016). Esta conferência foi ainda mais importante, pois não apenas consolidou o reconhecimento dos diversos documentos de Direito Internacional anteriores como ainda mencionou, por primeira vez, o direito à cidade para todos como parte de uma visão comum dos países signatários a respeito do Desenvolvimento Urbano para os próximos vinte anos.¹⁰

Segundo Pagani (2009), há diversos textos internacionais que tratam do direito à moradia dos quais o Brasil é signatário. E, entre todos os textos internacionais, é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário, em virtude do seu artigo 11.1, que dispõe acerca do padrão de vida do ser humano, incluindo o direito à moradia como um direito humano a ser promovido e protegido pelos Estados-partes signatários.

No âmbito de aplicação do direito à moradia, o Comentário Geral nº 4 tratou de dar ampla interpretação do PIDESC, pois estabelece o alcance do direito à moradia ao mencionar que, o direito à moradia adequada não se resume em um teto ou em um abrigo, mas no direito de viver

8 Adotado em 20 de novembro de 1989 e entrada em vigor em 2 de setembro de 1990.

9 “Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.” (BRASIL, 1990).

10 Ver a respeito, uma ampla análise do tema em *Alfonsin et al. (2017)*.

em algum lugar com segurança e com dignidade (OSORIO *apud* FERNANDES, 2001).

Foi somente através do Comentário Geral das Nações Unidas nº 4/1991, que se passou a interpretar de forma mais abrangente o direito à moradia, constante no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), frisando que antes se considerava a moradia, apenas como um local para habitar.

O Comentário Geral nº 4 fixou o conteúdo do direito à moradia adequada e traz elementos determinantes, estabelecendo em que consiste uma moradia adequada:

- a) segurança jurídica da posse, que se refere ao direito de todas as pessoas possuírem um grau de segurança a posse que garanta proteção jurídica contra despejos forçados e outras ameaças;
- b) disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infra-estrutura essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição, bem como o acesso aos recursos naturais e coletivos, água potável, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, saneamento e instalações sanitárias, meios de armazenamento de alimentos, recolhimento de lixo, drenagem e serviços de emergência;
- c) acessibilidade aos custos financeiros associados à moradia de forma que a realização e satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas;
- d) habitualidade da moradia de forma a garantir a segurança física dos ocupantes, espaço adequado e proteção contra as intempéries e outras ameaças para a saúde, riscos estruturais e vetores de doenças;
- e) acesso à moradia adequada e à terra – um lugar seguro para viver em paz e dignidade – para grupos vulneráveis, tais como idosos, crianças, deficientes físicos, doentes terminais, indivíduos HIV positivos, pessoas com problemas médicos persistentes, doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas que vivem em áreas sujeitas a desastres e outros grupos;
- f) localização que permita acesso a opções de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outros serviços sociais, e que não permita a construção de moradias em locais poluídos que ameacem o direito à saúde dos hospitais;
- g) adequação cultural com relação a forma que a moradia é construída, os materiais de construção utilizados e as políticas de apoio que permitem a expressão da identidade cultural (OSORIO *apud* FERNANDES, 2001, p. 47).

Assim, no monitoramento que faz do cumprimento dos pactos pelos países membros, o comitê dos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais das Nações Unidas verifica a questão da moradia adequada, a partir da observação destes diversos requisitos, constantes do CG nº 4, pois sem estes requisitos, não haverá uma moradia capaz de proporcionar um padrão de vida digno ao ser humano.

Desta forma, e afim de resumir, o direito à moradia possui proteção legal no âmbito internacional, com destaque à Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como nas Declarações de Vancouver (Agenda Habitat I), de Istambul (Agenda Habitat II) e de Quito (Agenda Habitat III).

Já no âmbito nacional, o Brasil possui legislações que dispõe sobre a matéria, além de ser signatário de todos os diversos pactos e declarações internacionais que tratam do tema do direito à

moradia adequada, anteriormente analisados.

Em matéria constitucional, o direito à moradia vem sendo tratado desde a Constituição Federal de 1824, de forma implícita, pois foi somente com a emenda constitucional nº 26/2000 que o direito à moradia foi acrescentado aos direitos sociais, passando a constar no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação legal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Desta forma, o direito à moradia passou a ser uma norma constitucional, de forma expressa, apenas a partir da referida emenda à Constituição Federal de 1988, apesar de já constar de forma implícita em alguns dispositivos.

Assim, ao tratar do direito à moradia, está se tratando de um direito social, com disposição expressa no art. 6º da Constituição Federal, o qual é de extrema importância para uma sobrevivência digna, possuindo como finalidade a efetivação do direito do cidadão de viver com dignidade, paz e segurança; observando-se a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços de infraestrutura e equipamentos urbanos, transporte, acessibilidade, condições de habitualidade e de custo acessível, conforme definições do Comentário Geral nº 4 (PAGANI, 2009) e Nova Agenda Urbana.

A Constituição Federal também estabeleceu as obrigações dos entes Federativos, na aplicação de políticas públicas visando à efetivação do direito à moradia; dever este que decorre dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a promoção do bem social, nos termos do art. 3º da CF/88 (PAGANI, 2009).

É preciso mencionar ainda, no que diz respeito à ordem constitucional, que o artigo 23 da Constituição, em seu inciso IX, estabelece que é competência comum da União, dos Estados, dos municípios e do Distrito Federal, “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

Como pode-se visualizar, diversos dispositivos legais demonstram preocupação com o direito à moradia, relacionando ainda o referido direito com o padrão de vida para uma vida digna. A questão no Brasil, portanto, não diz respeito à legislação parca ou insuficiente, mas sobretudo, a um problema de efetividade e gestão, já que na realidade, estamos longe de alcançar a garantia do direito à moradia adequada, como veremos no caso dos lanceiros negros.

2 A VULNERABILIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO CASO DA OCUPAÇÃO DE LANCEIROS NEGROS

Após tratarmos da ampla proteção legal que existe em prol do direito à moradia, passamos a analisar a (in)aplicação deste direito ao caso dos lanceiros negros, que se refere a desocupação, por determinação judicial, do imóvel localizado na esquina das Ruas General Câmara e Andrade

Neves, na cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, onde viviam setenta famílias, que ocorreu em 14 de junho de 2017 (MÜLLER, 2017).

A ocupação Lanceiros Negros ocorreu em 14/11/2015. O Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas (MLB) ocupou um prédio público, de propriedade do Governo do Estado, no centro de Porto Alegre. O nome da ocupação homenageava os negros assassinados no Massacre de Porongos, que se deu durante a Revolução Farroupilha e no qual foram mortos centenas de lanceiros negros que apoiavam o movimento republicano (GOMES, 2017).

Após um processo judicial no qual não se avançou na negociação de uma saída pacífica, a desocupação do imóvel público foi determinada pela magistrada Aline Santos Guaranha, da 7ª. Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, a qual determinou que a ordem de reintegração fosse cumprida em feriados ou finais de semana e fora do horário de expediente, visando evitar o transtorno ao trânsito de veículos e funcionamento da cidade. Assim, a Brigada Militar cumpriu a ordem à noite e na véspera da data do Corpus Christi, ou seja, em data de feriado nacional cristão (WEISSHEIMER, 2017).

Para perplexidade da população porto alegrense, a ordem judicial, cumprida em noite fria do inverno gaúcho, transformou o local num cenário de guerra. Pouco antes dos batalhões de choque da Brigada Militar entrarem em ação, começava na Assembleia Legislativa uma audiência pública da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos para tratar da ocupação e da possibilidade de construção de um acordo. Por determinação do deputado Jeferson Fernandes do Partido dos Trabalhadores, Presidente da Comissão de Direitos Humanos, a Audiência Pública se transferiu para a frente do imóvel objeto de desocupação, sendo que antes mesmo de chegarem ao local os participantes da audiência, a Brigada Militar já havia iniciado a reintegração de forma violenta, não havendo negociação com a Brigada Militar, que além de comparecer com amplo contingente do batalhão de choque, contava com sprays de pimenta, cassetetes, escudos e outras ferramentas, além de viatura de choque e helicóptero (WEISSHEIMER, 2017).

Na lógica estabelecida no cumprimento da ordem judicial, a reintegração findou com sucesso, já que as pessoas foram retiradas de suas moradias na mesma noite. O governo do estado, autor da ação e responsável constitucional pelo desenvolvimento de políticas habitacional não indicou sequer para onde deveriam ser levadas as famílias despejadas, tendo sido promovida uma diáspora dos ocupantes. Uma das ilegalidades cometidas pela Brigada Militar foi a prisão do deputado Jeferson Fernandes, presidente da Comissão de Direitos Humanos em pleno exercício de suas funções parlamentares. Outras pessoas também foram presas e encaminhadas para o Palácio da Polícia (WEISSHEIMER, 2017).

Nos dias seguintes ao despejo, baixada a poeira do horror e da barbárie perpetrada a poucos passos do Palácio Piratini, juristas começam a analisar o caso e a produzir a crítica do ocorrido em 14/06/2017 na cidade de Porto Alegre. Uma denúncia foi apresentada à Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹¹ Ficava claro, à luz do feriado de Corpus Christi, no cenário real e de final trágico do caso dos lanceiros negros, que não houve por parte do judiciário qualquer cuidado com

11 Ver a respeito: Lanceiros... (2017).

toda a construção jurídica que existe em torno da matéria, demonstrando que o judiciário não está suficientemente preparado para analisar e julgar litígios coletivos que versem sobre o direito humano à moradia.

Como se verificou, a preocupação prioritária do judiciário, ao orientar a realização do despejo, foi no sentido de não prejudicar o trânsito e as atividades da cidade e, em sede de reintegração de posse coletiva, em momento algum foi analisada a questão do direito humano à moradia, havendo afronta ao art. 6 da Constituição

A obrigação estatal de proteção ao direito à moradia por parte do Estado também não foi observada, pois em que pese, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário, mencione em seu artigo 11.1, que o direito à moradia é um direito humano que deve ser promovido e protegido pelos Estados-partes, esta proteção estatal não foi evidenciada no caso dos lanceiros negros, uma vez que, o Estado não protegeu o direito à moradia pois os ocupantes foram despejados à noite e sem terem para onde ir.

Outra questão importante consiste no fato de que o ente estatal, além de não promover o direito *ex ante* (com políticas habitacionais adequadas, por exemplo), também não o promoveu *ex post*, uma vez que despejou as setenta famílias de um prédio público que se encontrava abandonado, sem atender à função social da propriedade, violando comandos constitucionais sobre o exercício desse direito, descumprindo suas próprias obrigações e deixando estes seres humanos a mercê da própria sorte.

Na ocupação também havia crianças, as quais saíram da ocupação às pressas no meio do tumulto, no colo de seus familiares, os quais levaram consigo apenas os poucos pertences que conseguiram carregar, de modo que houve violação à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em especial o seu art. 27,3 que dispõe sobre a proteção do direito à habitação das crianças.

As mulheres também tiveram seus direitos violados, pois tiveram que desocupar suas moradias em situação de total vulnerabilidade, muitas delas grávidas ou no puerpério, e sem ter a segurança de um outro local para morarem, havendo assim, violação à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que em seu art. 14,2 h, estabelece que a mulher deve ter condições de vida adequadas em sua habitação.

Erhardt (2015) ao dissertar acerca da obrigação estatal em relação ao direito fundamental à moradia, nos lembra da importância do “respeito” aos seres humanos, que é a atitude o que o Estado deve ter com os ocupantes. No caso em testilha houve violação à dignidade humana, pois o direito fundamental à moradia está relacionado com a dignidade humana tanto que, para Ana Erhardt (2015, p. 101) “o homem manifesta a necessidade de um abrigo, inicialmente para proteger-se das intempéries e dos predadores, posteriormente, como uma dimensão inafastável de sua vida com um mínimo de dignidade.”

A proteção estatal também vem disciplinada no art. 3 da Constituição Federal Brasileira ao dispor como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização; a

redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de forma que o Estado também violou norma pátria de ordem constitucional ao proceder com a reintegração de posse do imóvel público, sem garantir o direito à moradia às famílias que foram expulsas do local.

Inclusive, ao realizar o despejo durante a noite, houve violação do art. 5º, inciso XI da Constituição, pois “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Como se verifica, o referido artigo menciona ser proibido adentrar na casa e dá a esse direito a garantia da inviolabilidade, o que demonstra a gravidade da forma como houve o cumprimento na ordem judicial, uma vez que a violação do domicílio ocorreu para expulsar os moradores de sua própria habitação, à noite, e sem dar aos moradores qualquer destino.

Também houve flagrante violação ao Comentário Geral nº 7, que consiste em assegurar às pessoas o direito de permanecerem em suas moradias, sendo que em casos de remoção o Estado deve observar os direitos fundamentais destas, procedendo na sua realocação, indenizando estas pessoas acerca dos danos sofridos, o que não se evidenciou no caso em apreço, uma vez que não foi assegurado o direito de permanecerem em sua moradia e ao serem removidas, também não foram realocados em outra habitação, pois só tinham a certeza de que naquela noite dormiriam em condições precárias num ginásio e que ao acordarem o futuro lhes seria incerto.

Quando o Comentário Geral nº 7 fala em realocação, é importante termos presente que a realocação consiste na mudança do ocupante para outro imóvel, adequado à sua moradia e não para um *ginásio*, pois no caso dos lanceiros negros os ocupantes foram colocados no ginásio no Vida Centro Humanístico, num bairro distante de onde moravam e com um futuro incerto, sem expectativas de uma moradia adequada (MÜLLER, 2017).

Ocorre que a sucessão de acontecimentos traumáticos que acompanhou os Lanceiros Negros não parou por aí. Após terem sido colocados num ginásio esportivo e diante de um futuro incerto, assim como diante da necessidade de desocupação do ginásio nos dias seguintes, os Lanceiros, sem ter onde se abrigar e se proteger, após terem perdido suas moradias em face de atuação omissa e violadora do Estado e do Judiciário, foram recebidos em outras ocupações da cidade de Porto Alegre (BRAGATO; FERNANDES; ROSA, 2017).

A saga dos ocupantes teria novo capítulo em 4 de julho de 2017, quando, juntamente com o Movimento de Luta nos Bairros Vilas e Favelas (MLB), os Lanceiros Negros realizaram uma nova ocupação, desta vez, no prédio onde ficava o antigo Hotel Açores, localizado na Rua dos Andradas, n. 885, igualmente no Centro Histórico da cidade de Porto Alegre, denominando-se agora de “Lanceiros Negros Vivem” (BRAGATO; FERNANDES; ROSA, 2017).

Sucedede que, a pedido do proprietário do imóvel, novamente foram alvo de decisão do Poder Judiciário que em data de 17 de julho de 2017, determinou a reintegração de posse, em caráter

liminar, para que houvesse a desocupação do antigo Hotel Açores. Compreende-se a perspectiva do proprietário privado, novo ator do conflito envolvendo as famílias dos Lanceiros Negros, mas ao pensar na perspectiva das famílias, verifica-se mais um sofrimento e a expectativa de novo despejo. Após tantas violações aos direitos humanos, já praticadas aos ocupantes anteriormente em face da ocupação de imóvel de propriedade do Estado, o Poder Judiciário seguiu proferindo decisões no marco do Direito Privado, sem considerar o histórico das famílias e a necessidade de um olhar em uma perspectiva de direitos humanos. No caso, foi determinada a desocupação do hotel que estava desocupado há aproximadamente dois anos e abrigava, agora 150 famílias sem teto, sem direito à moradia, remanescentes da ocupação Lanceiros Negros e, em sua maioria, oriundas de movimentos sociais (BRAGATO; FERNANDES; ROSA, 2017).

Quando já se esperava pelo pior, diante das violações anteriormente praticadas anteriormente aos Lanceiros Negros, um sopro de lucidez e juridicidade deu ao caso um desfecho bem mais positivo que aquele observado em junho de 2017. De fato, é possível afirmar que os traumas do despejo realizado à noite e abaixo de gás lacrimogêneo deixaram uma profunda reflexão nos órgãos judiciais e um legado pedagógico para Porto Alegre. Em 23 de agosto de 2017, data em que o mandado de reintegração do Hotel Açores deveria ser cumprido, os ocupantes conseguiram, através de um processo participativo que envolveu não apenas os ocupantes, mas também o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Governo estadual e o governo municipal, realizar uma ampla concertação e após doze horas de negociação, realizar um acordo de desocupação de forma pacífica, mediante o recebimento de aluguel social (OCUPAÇÃO..., 2017).

O acordo previa uma solução de curto, médio e longo prazo. No curto prazo, lhes foi designado um local para permanecerem imediatamente após o despejo. No médio prazo, as famílias receberiam um apoio do estado sob a forma de aluguel social. Finalmente, a longo prazo, o acordo incluía a perspectiva de que as famílias fossem contempladas com uma casa através do programa Minha Casa, Minha Vida.

Considerando os valores praticados pelo mercado de solo em Porto Alegre, estas famílias enfrentaram muita dificuldade para conseguirem um imóvel adequado, que cumprisse os requisitos do Comentário Geral n. 4, uma vez que o valor do aluguel social é ínfimo diante do valor dos alugueis na cidade de Porto Alegre.

Desta forma, podemos dizer que, no que diz respeito à solução de médio prazo, a falta de moradia foi apenas remediada, pois a partir do recebimento do aluguel social novos problemas surgiram, diante da escassez de imóveis disponíveis no mercado imobiliário que atendessem às necessidades e possibilidades dessas pessoas. Da mesma forma, é necessário monitorar o cumprimento do acordo firmado entre os vários poderes e órgãos públicos, a fim de garantir o cumprimento dos compromissos de longo prazo. Sobretudo é importante evitar futuramente, novas reintegrações ocorram e nos mesmos moldes como ocorreu a reintegração de posse do imóvel onde viviam as pessoas do movimento Lanceiros Negros. Por óbvio, não havia necessidade de tantos constrangi-

mentos e violações, pois o Estado sabia de seu dever, tanto que após tantas arbitrariedades determinadas pelo Judiciário, chegou a um acordo com os ocupantes. Esse acordo foi a única boa notícia de todo o processo.

Como se viu, em um primeiro momento, o Estado não promoveu o direito à moradia e ainda violou este direito sem qualquer cuidado com as normas nacionais e internacionais que tratam da matéria, colocando em primeiro lugar o patrimônio público no caso dos Lanceiros Negros e após o privado, no caso dos Lanceiros Negros Vivem, mas nunca os direitos humanos e especialmente o direito à moradia, que possui relação com a dignidade da pessoa humana e demanda uma prestação estatal, como lembra José Afonso da Silva (2006, p. 382): “significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação”.

Gise-se que ocupantes não tem culpa de seu status de *invasor*, não se trata de querer ocupar, mas de estar em uma situação vulnerável, em estado de necessidade, precisando de uma habitação para poderem exercer o direito fundamental ao mínimo existencial,¹² a fim de estruturarem-se e partirem em busca de melhores condições de vida.

Muito se indaga, sobre o que se esperar a nível de futuro, se o Estado que deveria promover a moradia, viola este direito e prioriza o seu próprio direito de propriedade acima do direito humano; o que faz inclusive acompanhado do judiciário que deveria regular as relações e primar pela legislação, especialmente aos direitos humanos, ao invés de ferir a humanidade e a essência humana, pois estas pessoas jamais irão se recuperar psicologicamente da experiência traumática que viveram.

A situação dos Lanceiros Negros não foi um caso isolado, muitas pessoas já foram despejadas de suas moradias com total desrespeito e infelizmente, isto é considerado normal em nossa sociedade, às vezes por desconhecimento das normas e legislações, às vezes em prol do capitalismo e de interesses privados e outras muitas vezes pelo simples fato de que ocupantes são visto como pessoas que querem se apropriar de bens que não lhes pertencem.

Neste sentido, é muito importante ressaltar que o acordo firmado entre Poderes Públicos competentes, Ministério Público, Defensoria Pública e Lanceiros Negros é um marco na história da resolução de conflitos possessórios no Rio Grande do Sul. A legislação processual civil brasileira avançou para incentivar a tentativa de conciliação entre as partes e é importante tomar medidas concretas para que isso aconteça nos casos concretos.

O artigo 565, e seus parágrafos, notadamente o §4º do atual Código de Processo Civil incentivam claramente a resolução dos conflitos possessórios em uma perspectiva de concertação, diálogo e chamamento à responsabilidade do Estado no atendimento do direito à moradia. Vejamos:

Art. 565.

No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação,

¹² Ver, a respeito, Sarlet (2015).

a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel. (BRASIL, 2015).

No caso da ocupação Lanceiros Negros, foi necessário gerar um profundo trauma às famílias, aos órgãos envolvidos e à população gaúcha, para que finalmente um artigo de tal importância fosse aplicado. Segundo Cláudio Ari Mello (2017, p. 2072),

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um dever judicial de tentar a conciliação em ações possessórias coletivas e, assim, criou uma posição jurídica subjetiva que agora pertence ao conteúdo normativo do direito fundamental à moradia. Por consequência, a tentativa de conciliação judicial nas ações possessórias coletivas passou a ser um direito dos ocupantes de áreas urbanas.

Espera-se que o legado pedagógico-jurídico do caso da Ocupação Lanceiros Negros venha no sentido de fazer com que os avanços obtidos no âmbito da legislação processual civil fortaleçam a garantia do direito à moradia no país.

CONCLUSÃO

O despejo da ocupação lanceiros negros demonstrou que apesar de contarmos com vasta legislação em prol do direito humano à moradia adequada, bem como avanços recentes na legislação processual brasileira, este direito não será efetivado se não houver comprometimento estatal de proteção e de promoção ao direito à moradia; assim como um real preparo do judiciário sobre o tema e acima de tudo, o respeito para com o ser humano.

A sociedade brasileira construiu, ao longo de sua História, marcada pela ferida da escravidão da população negra perpetrada ao longo de quatro séculos, uma visão equivocada, que consiste em ver o outro, especialmente se de baixa renda, como o outro ou apenas como mais um, objetificado, desprovido de dignidade e de direitos humanos.

O direito à moradia é fundamental à dignidade da pessoa humana, compõe o mínimo

existencial e deve ser respeitado e preservado, inclusive quando estiver em conflito com normas urbanísticas ou normas ambientais, merecendo um olhar de tutela por parte do Estado Brasileiro, aqui abarcado o Poder Judiciário.

A ocupação inicial realizada pelo movimento dos Lanceiros Negros, que posteriormente foi sucedida pela união de movimentos sociais que em conjunto com os Lanceiros Negros se auto denominaram de Lanceiros Negros Vivem marcou a sociedade gaúcha como um movimento de luta e de união, demonstrando e denunciando através de sua história que os direitos humanos existem e devem ser respeitados para todos e todas, seres humanos e dignos/as de respeito.

A análise aqui empreendida demonstra que os Lanceiros Negros cumpriram com um papel histórico e inequivocamente pedagógico. De sua resistência, arrancaram uma mudança na postura dos poderes públicos em relação àquela população ocupante. De um trágico despejo, com contornos de barbárie, evoluiu-se para a construção de um acordo em tudo amparado pela mais moderna técnica de composição de conflitos prevista pelo Código de Processo Civil Brasileiro.

O caso dos lanceiros negros entra para o catálogo de casos paradigmáticos, aqueles que deixam um legado jurídico, político e social, promovendo mudanças profundas na percepção cultural de um tema. Confia-se que, depois de sua história de resistência, novos casos de ocupações para fins de moradia serão vistos com outro olhar, modernizando a gestão dos conflitos possessórios no estado do Rio Grande do Sul. Através de sua trajetória, é possível refletir sobre a necessidade de avançarmos como sociedade, em busca de um outro mundo possível, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia para todos e todas.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes; SALTZ, Alexandre; VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi; FACCENDA, Guilherme; FERNANDEZ, Daniel; MULLER, Renata. Das ruas de Paris à Quito: o direito à cidade na nova agenda urbana - Habitat III. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1214-1246, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29236/21259>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRAGATO, Fernanda Fizzo; FERNANDES, Karina Macedo; ROSA, Marina de Almeida. Resiste, Lanceiros! A jurisdição internacional como meio de tutela de direitos humanos. *In*: BORBA, Tuanni Rachel; JAENISCH, Samuel Thomas; RODRIGUES, Juciano Martins (ed.). **Observatório das Metrôpoles**. Rio de Janeiro, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://observatoriodasmetrolopes.net.br/wp/resiste-lanceiros-jurisducao-internacional-como-meio-de-tutela-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58819.html. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Relatório brasileiro para a Habitat III**. Brasília: ConCidades: IPEA, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160408_relatorio_habitat_iii.pdf. Acesso em: 29 jul. 2017.

CONVENÇÃO sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. [S. l.], 1979. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ERHARDT, Ana Carolina Cavalcanti. **Direito fundamental à moradia**: crítica ao discurso jurídico do Superior Tribunal de Justiça. Natal: OWL, 2015.

FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

GOMES, Luís Eduardo. **Os lanceiros negros**: histórias de vida e de luta pela moradia. Porto Alegre: Diadorim, 2017.

LANCEIROS Negros recorrem à Corte Interamericana de Direitos Humanos contra novo despejo. **Sul 21**, Porto Alegre, 21 jul. 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/movimentos/2017/07/lanceiros-negros-recorrem-corte-interamericana-de-direitos-humanos-contra-novo-despejo/>. Acesso em: 6 ago. 2018.

MELLO, Cláudio Ari. Direito à moradia e conciliação judicial de conflitos coletivos possessórios: a experiência de Porto Alegre. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4. p. 2072-2098, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/>

article/view/29663/21990. Acesso em: 7 ago. 2018.

MÜLLER, Bárbara. Levedas para ginásio sem estrutura, famílias da Lanceiros Negros terão de sair ainda hoje. *In*: GRUPO RBS. **Gaúcha ZH**. Porto Alegre, 15 jun. 2017. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2017/06/levadas-para-ginasio-sem-estrutura-familias-da-lanceiros-negros-terao-de-sair-ainda-hoje-9816957.l#showNoticia=OjZNPdNEOEYxMDcxNDI1MzE4ODkzMzk1OT-DMzMTE2NlZ9YzUxMzE2NzU1MjU1MDAxMDg4MDAxVT11Jk5CZnkoLXdOOiVPPDc=>. Acesso em: 27 jul. 2017.

OCUPAÇÃO lanceiros negros deixa hotel no centro de Porto Alegre. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 24 ago. 2017. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/ocupa%C3%A7%C3%A3o-lanceiros-negros-deixa-hotel-no-centro-de-porto-alegre-1.239391>. Acesso em: 21 dez. 2017.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: ONU, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito de moradia**: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

ROLNIK, Raquel. **A guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SARLET, INGO WOLFGANG. O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL NÃO É UMA MERA GARANTIA DE SOBREVIVÊNCIA. **CONSULTOR JURÍDICO, São Paulo**, 8 MAIO 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2015-MAI-08/DIREITOS-FUNDAMENTAIS-ASSIM-CHAMADO-DIREITO-MINIMO-EXISTENCIAL#_FTNREF2](https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#_FTNREF2). ACESSO EM: 7 AGO. 2018.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEISSHEIMER, Marco. Lanceiros Negros: Brigada faz operação de guerra para ‘garantir funcionamento habitual da cidade’. **Sul 21**, Porto Alegre, 15 jun. 2017. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/lanceiros-negros-brigada-faz-operacao-de-guerra-para-garantir-funcionamento-habitual-da-cidade/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Como citar: ALFONSIN, Betânia de Moraes; D’AVILA, Daniele Ferron. Reflexões sobre o direito à moradia a partir do caso Lanceiros Negros: da barbárie à concertação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 45-60, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p45. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 09/07/2019.

Aprovado em: 30/10/2019.

**LIMITES E POSSIBILIDADES NA GESTÃO PÚBLICA:
A NATUREZA JURÍDICA DE FUNDAÇÕES PÚBLICAS
MUNICIPAIS**

LIMITS AND POSSIBILITIES IN PUBLIC MANAGEMENT:
THE LEGAL NATURE OF MUNICIPAL PUBLIC FOUNDATIONS

*Especialista em Gestão Pública Municipal em 2013 pela Universidade Federal do Tocantins (UFT)
Graduado em Direito em 2008 pela Universidade do Sul de Santa Catarina.
E-mail: ivanilsonmarinho.adv@gmail.com

**Doutora em Educação em 2015 pela Universidade Católica de São Paulo (PUCSP).

Mestre em Tecnologias da Inteligência e Design Digital pela Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Especialista em Gestão Educacional em 2007 pela Universidade Católica de Brasília (UCB) Especialista em Supervisão Educacional em 1997 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG)

Graduada em Pedagogia em 1995 pelo Instituto Católico de Minas Gerais.

E-mail: marialina.mg@gmail.com

***Pós Doutor pela Universidade de Brasília (UNB)

Doutor em sociologia em 2004 pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Mestre em Sociologia em 1996 pela Universidade de Brasília (UNB)

Especialista em Gestão, Políticas e Planejamento em 1992 pela Universidade de Brasília (UNB)
Graduado em Agronomia em 1990 pela Universidade Federal de Goiás (UFGO)

E-mail: elvio@uft.edu.br

Ivanilson da Silva Marinho*

Lina Maria Gonçalves**

Elvio Quirino Pereira***

Como citar: MARINHO, Ivanilson da Silva; GONÇALVES, Lina Maria; PEREIRA, Elvio Quirino. Modelos de gestão nas fundações públicas municipais: um estudo comparativo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 61-82, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p61. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A atual vinculação das contas públicas das Universidades Municipais às de seus municípios gera graves problemas de ordem técnica e institucional. Além de impedir a autonomia universitária, na gestão dos recursos advindos das mensalidades, diminui sua capacidade de investimento, bem como a do município. Foi empregada pesquisa bibliográfica e documental, para estudo comparativo entre estrutura e funcionamento da Universidade de Gurupi (UNIRG) e outras quatro instituições de natureza jurídica semelhante. Explicita as várias facetas das Fundações Públicas Municipais ou autarquias em regime especial, a fim de provocar a reflexão sobre a viabilidade de um novo modelo de gestão pública financeira e orçamentária e de gestão administrativa, coerente com os quesitos de independência e autonomia institucional. A análise demonstrou, dentre as quatro analisadas, a UNITAU alcançou autonomia orçamentária, definida pelo TCE/SP, desde o ano de 2001. O processo de desvinculação começou com consulta à Procuradoria Jurídica e a decisão favorável decorreu unicamente da interpretação das leis. Faz-se necessária a coerência do sistema com a interpretação harmônica dos princípios constitucionais e normas do direito financeiro e responsabilidade fiscal, de modo que a desvinculação orçamentária entre universidade e município seja possível, legal e traga benefícios a ambos, bem como para o desenvolvimento local, sem implicar responsabilidade aos gestores.

Palavras-chave: Fundações públicas. Autarquias. Autonomia universitária. Lei de Responsabilidade Fiscal.

Abstract: The current linkage of the public accounts of the Municipal Universities with those of its municipalities generates serious technical and institutional problems. In addition to impeding university autonomy, in managing the resources derived from tuition fees, the investment capacity, as well as that of the municipality, decreases. Bibliographic and documentary research was used to compare the structure and operation of the University of Gurupi (UNIRG) and four other institutions of similar legal nature. It explains the various facets of Municipal Public Foundations or municipalities in special regime, in order to provoke reflection on the viability of a new model of public financial and budgetary management and administrative management, consistent with the requirements of independence and institutional autonomy. The analysis showed that, among the four analyzed, UNITAU reached budgetary autonomy, defined by the TCE / SP, since 2001. The process of untying began with consultation with the Attorney General's Office and the favorable decision was based solely on the interpretation of the laws. The coherence of the system is necessary with the harmonious interpretation of the constitutional principles and norms of the financial law and fiscal responsibility, so that the budgetary unbundling between university and municipality is possible, legal and brings benefits to both, as well as for local development, without implying responsibility to managers.

Keywords: Endowed institutions. Autarchies. University autonomy. Fiscal Responsibility Law.

INTRODUÇÃO

A administração corresponde ao processo de gestão dos interesses públicos, por meio da prestação de serviços públicos, sendo assim, fundamentam suas ações no princípio básico da responsabilidade pública. A contabilidade é área indispensável e indissociável para qualquer organização ou ente da administração pública, que recebem recursos públicos de forma direta ou indireta. Assim, aplica-se atualmente no Brasil, a contabilidade pública baseada no dispositivo legal da Lei n. 4320, de 17 de março de 1964 (BRASIL, 1964), que instituiu as normas gerais de Direito Financeiro para elaboração dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Esta lei trata a contabilidade como um instrumento capaz de permitir o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, levantamentos dos balanços, bem como a análise e interpretação dos resultados econômicos e financeiros. Portanto, a contabilidade pública segue normas legais rígidas, como é peculiar em todo o setor público. Somente é permitido fazer aquilo que está expressamente autorizado pela legislação (SOUZA, 2006). Cabe destacar que, para instituições de ensino de direito público e personalidade jurídica de direito público, a regra é o ensino gratuito sem cobranças de mensalidades, salvo a exceção aqui tratada.

Entretanto essas instituições de ensino são mantidas com mensalidades e também taxas administrativas, além de outros repasses previstos em seus estatutos, pois, por ocasião de suas criações, antes da Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi-lhes permitida a cobrança de mensalidades. Contudo, para que realizem a gestão administrativa de funcionamento, tanto dos cursos oferecidos, construção de corpo docente e discente e aquisição patrimonial é preciso criar Fundações, que funcionem como mantenedoras da academia, possuindo a personalidade jurídica de direito público, para realizar todos os atos administrativos internos e externos, em nome da academia.

Na gestão das Fundações Públicas ou Autarquias em Regime Especial, a distinção ocorre por força de construção legislativa municipal. É nesse âmbito que se define qual a natureza jurídica ideal para criação da mantenedora, bem como a abrangência das atribuições e autonomia gerencial dos reitores.

A Fundação UnirG, mantenedora da recente Universidade de Gurupi, em nada difere quanto ao cumprimento das regras aplicadas a Administração Pública, portanto, está obrigada a seguir as normas constitucionais como também as normas infraconstitucionais a ela aplicadas, o que inclui também as leis aprovadas pelo legislativo municipal, cumprindo o que determina a Lei, não podendo dela esquivar-se ou ignorá-la (BRASIL, 2008a, Art. 37).

As leis que obrigam a prática da transparência dos gastos públicos e dos limites desses gastos, não apenas funcionam como um limitador ao gestor como também penaliza os gestores, em caso de descumprimento da norma. Desta forma, não há como dissociar tais obrigações da Fundação UnirG, que tem como desafio gerar seus recursos, aplicá-los corretamente e dar o

devido acesso aos órgãos de fiscalização e à sociedade civil, garantindo transparência e, com ela, a possibilidade da sociedade exercer papel fundamental na identificação de possíveis fraudes.

Neste contexto, constata-se que a Fundação UnirG tem todas as obrigações legais da Administração Pública e pouca autonomia gerencial e administrativa, financeira e orçamentária/fiscal, visto que é vinculada à administração do município. E, deste fato, emerge a problemática da presente pesquisa, bem como incitam-se outros estudos sobre as possibilidades de alterações legislativas, necessárias para desvincular o orçamento das Fundações Municipais da Gestão dos respectivos municípios.

Assim, a pretensão do presente trabalho é analisar os caminhos utilizados por outras Instituições de Ensino Superior (IES), de natureza jurídica semelhante à UnirG, a exemplo delas a UNITAU - Universidade de Taubaté, localizada no Estado de São Paulo. As experiências vividas por seus representantes, as alterações legislativas e práticas utilizadas pela Gestão Municipal, que levaram a Instituição de Ensino ao real conceito de autonomia gerencial e administrativa, financeira e orçamentária/fiscal (DURHAM, 2003; SCHWARTZMAN, 1988), por meio da desvinculação orçamentária, sem desnaturar sua natureza educacional e as leis regentes, podem servir de parâmetros para a UnirG, bem como para outras Instituições de Ensino, de mesma natureza jurídica.

A UNITAU conseguiu, desde o ano de 2001, desvincular da contabilidade pública e do orçamento público o Município de Taubaté/SP, sem que isso perdesse a Universidade sua natureza jurídica de direito público, com a personalidade jurídica de direito público.

Dessa forma, as contas da UNITAU não são limitadas aos índices de despesas de pessoal com o Município, sendo analisadas e julgadas em separado. Essa desvinculação permitiu a esta universidade aumentar a dimensão de suas ações, ampliar sua academia, aliviar o peso fiscal sobre o Município, e investir melhor em pessoal, especialmente naquele que é o maior patrimônio da Instituição professores e alunos.

A desvinculação das contas se mostra indispensável, sob a ótica da sobrevivência de uma instituição, que precisa continuar avançando horizontes novos, com novos projetos voltados a educação na cidade e região, e para isso precisa de liberdade fiscal. Ao passo que o Município de Gurupi, desvinculado da UnirG poderá ofertar aos servidores municipais a sua maior reivindicação que é a melhoria salarial e de carreira, impedidos hoje por força unicamente da leitura orçamentária.

É possível a utilização do mesmo processo de transição da gestão pública da UNITAU para outras instituições de mesma natureza?

Indaga-se, por conseguinte, seria possível permitir a autonomia fiscal da Administração Pública Indireta (Fundação UnirG), desvinculando-se o seu orçamento com o do Município de Gurupi, nos moldes da legislação em vigor. Para tal, seria necessária a criação de um novo modelo de gestão pública e alteração das normas atualmente aplicadas com a finalidade de dar mais transparência ou demonstração de total independência do Município de Gurupi.

A realização do estudo comparativo entre os casos da Universidade de Gurupi - UnirG e Universidade de Taubaté - Unitau, assim como, em alguns aspectos, com a Fundação Universidade

Regional de Blumenau - Furb e o Centro Universitário de União da Vitória – Uniuv, tem como objetivo geral, provocar a reflexão sobre a viabilidade de um novo modelo de gestão pública financeira e orçamentária e de gestão administrativa para a Fundação UnirG, coerente com os quesitos de independência e autonomia institucional prevista na CF/88, visando apresentar parâmetros legais e institucionais que possibilitem a aplicação dessa nova gestão sem alterar a natureza dessas autarquias municipais de regime especial.

O método comparativo (LAKATOS; MARCONI, 2001) se efetivou, predominantemente, por meio das técnicas de pesquisa documental (LÜDKE; ANDRÉ, 1986), enriquecida com navegação nos sites das instituições e uma visita à UNITAU, com entrevistas informais *in loco*, quando também foram disponibilizados alguns documentos.

1 FUNDAÇÕES PÚBLICAS OU AUTARQUIAS EM REGIME ESPECIAL E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) ou LC n.101/2000 como é mais conhecida, em breve síntese, é um código de postura e de conduta para o gestor público, incluindo os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal). Esta lei estabeleceu ao gestor, normas e limites de sua atuação na administração das finanças públicas e execução orçamentária, definindo como são gastos os recursos públicos.

ALRF entrou em vigor com o propósito de regulamentar o art. 163, da Carta Constitucional de 1988, que trata da Tributação e Orçamento, e ensina:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;

VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional (BRASIL, 2008a).

Assim, os mecanismos criados pela LC n. 101/00, tem como objetivo garantir melhor fiscalização e também transparência dos entes federados. Uma das grandes conquistas é que busca evitar que a administração pública trabalhe desenfreada com os gastos e põe um freio no gestor, limitando determinadas despesas a percentuais previamente estabelecidos no dispositivo.

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 3º Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

I - ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município;

II - empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação;

III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

§ 1º Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 2º Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19.

§ 3º A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades (BRASIL, 2000).

É imperioso acrescentar que a LC n.101/00 utiliza dos instrumentos como o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e a Lei Orçamentária Anual (LOA), todos previstos no art. 165, da CF/88, como ferramentas preventivas de gastos públicos e assim evitar desperdícios desnecessários de dinheiro público.

Soma-se ainda que o referido dispositivo ainda permite outras diretrizes, essencialmente importante para saúde fiscal do ente federado, como limites mínimos para investimento em saúde e educação e ainda regulou os limites para despesa com pessoal, e também criou limite para combater o endividamento com a dívida pública.

O valor aplicado pela administração pública direta ou indireta para gasto com pessoal tem limites fixados por lei, e por força da CF/88 esses limites de despesa com pessoal não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar, ou seja, os limites criados pela LC n. 101/00.

De acordo com a LRF, a despesa de pessoal é formada pelo total de gastos do ente de federação com ativos, inativos e ou pensionistas, aos que exercem mandatos eletivos, cargos e funções, servidores remunerados com vantagens fixas ou variáveis, subsídios, proventos com aposentadoria, dentre outros.

Por outro lado, a LRF permite que sejam deduzidos do cálculo as despesas com pessoal: (1) despesas com indenizações por demissão e incentivo a demissão voluntária; (2) despesas decorrentes de decisão judicial; (3) despesas com pessoal cuja competência se refira a exercícios anteriores ao período de apuração; (4) despesas com inativos e pensionistas custeadas com recursos vinculados ao regime próprio de previdência do servidor.

A indagação que se extrai é: se a LC n.101/00 trouxe mecanismos de controle e transparência dos recursos públicos, que são pontos importantes e inseparáveis sob a ótica do controle dos gastos públicos, então porque se tornou uma barreira quase que intransponível para a Universidade de Gurupi?

Cabe destacar que a UnirG avançou nos últimos anos e acredita-se que outras instituições, de mesma natureza jurídica tenham seguido o mesmo exemplo e aumentaram de tamanho trazendo, junto com este crescimento, graves problemas fiscais.

A LRF fixou os seguintes limites globais máximos:

- União é 50% da Receita Corrente Líquida (RCL);
- Estados e Municípios o limite máximo não poderá exceder a 60% da RCL.

A Lei estabelece, ainda, a repartição destes limites globais nos seguintes percentuais em relação à RCL:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento) [..].

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

[...]

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar (BRASIL, 2000, grifo nosso).

A comprovação se o Município está dentro dos limites da LRF é verificada a cada quadrimestre, salvo para Municípios menor que 50.000 habitantes, onde a verificação é semestral. O ente público que deixar de atender ao referido limite sofre vedações legais, ficando impedido o Poder ou órgão que houver incorrido no excesso:

- Concessão de vantagens, aumentos, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo a revisão geral anual prevista no inciso X, do art. 37, da CF/88;
- Criação de cargo, emprego ou função;
- Alteração da estrutura na carreira dos servidores que implique aumento de despesa;
- Provimento de cargo público e contratação de hora extra, salvo exceções previstas nas leis de diretrizes orçamentárias.

Se a despesa de pessoal ultrapassar o limite máximo definido pela LRF, o percentual excedente deve ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, caso ainda persista o aumento, as medidas são:

- Redução de 20% das despesas com cargo em comissão ou função de confiança;
- Exoneração dos servidores não estáveis.

Como a Lei trouxe os limites e consequências, caso o ente não consiga a redução das despesas não poderá:

- Receber transferências voluntárias, salvo as relativas a educação, saúde e assistência social;
- Obter garantia, direta ou indireta, de outro ente para realização de operação de crédito, geralmente obtenção de empréstimo;
- Contratar operação de crédito, salvo as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e que visem exclusivamente para redução da despesa com pessoal.

Portanto, tais controles visam unicamente proteger e resguardar que nenhum ente

federado ultrapasse os limites aplicáveis para despesa com pessoal. Esse limite está intimamente entrelaçado com a Universidade, pois como já falamos algumas vezes, a Universidade de Gurupi, mantida por uma Fundação Pública Municipal, em respeito ao princípio da unidade, tem sua fonte de receita distinta das receitas do Município, pois são oriundas do recebimento de mensalidades, o planejamento das ações e das políticas e das metas a serem alcançadas por equipe da mantenedora e da universidade, contudo, o orçamento é um e o limite é 54%.

Todavia a UnirG, assim como se pode inferir que ocorreu em outras Universidades, Centros Universitários ou Faculdades com essa mesma natureza, cresceram em arrecadação, proporcionalmente, acima dos municípios a que pertencem. O grande problema da elaboração e julgamento do orçamento é que limitou a Universidade ao percentual previsto no art. 20, III, b, da LC n. 101/00. O que isso implica?

Não é que esteja incorreta a elaboração do orçamento municipal incluindo o orçamento da universidade, isso é previsto, inclusive, como um dos princípios orçamentários, em que todas as receitas e despesas do ente público devem integrar um único documento, aplicação do Princípio da Unidade.

Entretanto, a LC n. 101/00, a ser interpretada, como quer o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, criou um ambiente totalmente perverso dentro do Município de Gurupi, pois impede a ampliação da universidade e impede a municipalidade de melhorar suas políticas públicas, o que inclui o reajustamento de salário.

Esse trabalho propõe, principalmente, promover a discussão sobre tal interpretação da LRF, no âmbito dessas instituições de ensino, haja vista que são mais de 50 (cinquenta) IES com essa mesma natureza jurídica, muitas delas com a mesma dificuldade da Universidade de Gurupi, sofrem com o sufocado índice de despesa com pessoal. Uma nova interpretação legal ou a alteração legislativa poderia dar uma sobrevida para essas instituições, imprescindíveis para o desenvolvimento regional de suas cidades e estados.

1.1 Para onde caminham as Universidades Municipais?

A extrema diversidade e complexidade das formas de organização das atividades humanas está indissolúvelmente ligada à emergência de um modo de comunicação particular, a linguagem, que lhes confere uma dimensão também particular, que as distingue das atividades próprias de outras espécies animais e que justifica que sejam qualificadas em sentido estrito como sociais (BRONCKART, 1985).

Como já destacado, as Universidades Municipais, criadas antes da CF/88, possuem uma natureza jurídica distinta das demais universidades públicas. Por suas especificidades, sendo públicas, podem receber mensalidades, mas necessitam de uma Fundação Pública ou Autarquia em Regime Especial para exercer a gestão orçamentária/financeira, que é atrelada à gestão do município sede. Via de regra, o gestor dos recursos públicos municipais preside o órgão mantenedor da IES.

Este fato limita a autonomia apregoada pela CF/88, que reza: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 2008a, Art. 207). E, ainda, no inciso I do § 1º do Art. 54, especifica que, no exercício de sua autonomia, as universidades mantidas pelo poder público, podem “[...] propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis.” (BRASIL, 2008a). Nos incisos seguintes, continua listando os espaços de autonomia administrativa:

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

§ 2º Atribuições de autonomia universitária poderão ser estendidas a instituições que comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público (BRASIL, 2008ª. Art. 54).

Portanto, deve-se preservar a autonomia da Fundação de Direito Público, para que possa desempenhar suas atividades sem concorrer para o estrangulamento da Administração Direta e/ou o seu próprio estrangulamento, que seria até pior, dado o peso que as instituições têm sobre a municipalidade.

É possível a alteração do entendimento do TCE/TO, posto que as Universidades Federais possuem tal autonomia (e não possuem recursos próprios), o que se dirá das Universidades Municipais que têm receita autônoma, mais do que suficiente para sua manutenção. Estas instituições possuem sua própria fonte de custeio e devem ser encaradas por tal prisma. Sobre essa questão vale lembrar o conceito de autarquias:

A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida que jus império que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu a vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica de autarquia com a entidade estatal a quem pertence, porque se isto ocorresse anularia o seu caráter autárquico (MEIRELLES, 1989, p. 302).

Destaca-se, ainda, que a Lei Federal nº 4320/64, garante a Fundação autonomia para elaboração de seu próprio orçamento, que deverá contar com a aprovação do chefe do Executivo

Municipal.¹

Art. 107. As entidades autárquicas ou paraestatais, inclusive de previdência social ou investidas de delegação para arrecadação de contribuições parafiscais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal terão seus orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal expressa determinar que o sejam pelo Poder Legislativo (BRASIL, 1964).

Assim, é possível o reconhecimento total da autonomia dessas instituições e também do gestor para que prestem suas contas diretamente aos tribunais de contas, assumindo as responsabilidades pela aplicação da LRF em relação ao gerenciamento de seus próprios recursos e, conseqüentemente, afastar a consolidação com as contas do Município a que pertence para efeitos de gasto com pessoal e para fins de eventual configuração de infrações à LC n. 101/00, em decorrência do princípio da intranscendência, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2006, 2008b).

Trata-se de evidente caso de responsabilidade social em aparente conflito com a LRF. De fato, o conflito é apenas aparente. Basta interpretar a LRF na perspectiva da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios que o colendo STF tem reconhecido como valores hermenêuticos.

A LC n.101/00 representou um grande avanço para o controle da gestão pública, mas sua abrangência não foi prevista para hipóteses tão específicas e concentradas como das instituições públicas municipais de direito público, pois sendo peculiares e de extrema relevância, como a configuração de suas próprias receitas e a gigantesca presença na comunidade, sem depender de nenhum centavo dos cofres municipais.

Com efeito, a CF/88 dedicou uma Seção inteira à Educação, erigindo ao nível Constitucional o dever do Estado de garantir, não só educação básica para todos, mas o acesso aos níveis mais elevados de ensino e de pesquisa, segundo a capacidade de cada um:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 2008a).

E a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1996, que estabelece:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

- I** - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
- II** - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

¹ Vide também Decreto nº 60.745, de 1967 - Parágrafo único. Compreendem-se nesta disposição as empresas com autonomia financeira e administrativa cujo capital pertencer, integralmente, ao Poder Público.

- III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
- IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
- V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
- VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;
- VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.
- VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares (BRASIL, 2015).

Justamente por isso, a interpretação a ser emprestada à LC n.101/00 deve se conformar à CF/88 e às peculiaridades de cada caso concreto, e não se encaixar na hipótese clássica de consolidação das contas públicas para fins de cálculos de gastos com pessoal.

Os órgãos de fiscalização precisam entender que não há como manter ensino de qualidade sem investimento. No caso específico, a instituição de ensino necessita manter a qualidade com a contratação de professores especializados e com salários de mercado, e, portanto, necessárias as receitas de mercado, e são os recursos humanos seus maiores ativos.

Frisamos que o limitador prudencial, na correlação Despesa de Pessoal Total e Receita Corrente Líquida, traduz um enunciado geral, traçado com a matriz de impedir abusos nas mais variadas esferas governamentais. Porém, no presente caso, a norma geral inviabiliza de tal forma a prestação de serviço universitário que sua aplicação deve guardar simetria com o princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade.

Por se tratar de situação *sui generis*, a lei deve incidir de modo a garantir a coerência do sistema com a interpretação harmônica dos princípios constitucionais e as normas de direito financeiro e responsabilidade fiscal (social). Do contrário, as entidades educacionais públicas municipais fecham suas portas, pois nunca será possível ao seu administrador adequar-se ao comando limitativo da LRF.

Não se pode olvidar que as IEs devam cumprir a lei, mas, analisando a distinção dada a elas, seguir a LRF no ponto específico do limite de gasto com pessoal, está inviabilizando o seu funcionamento.

A situação as coloca diante de dois princípios. De um lado deve seguir a LRF e de outro garantir a existência e funcionamento da entidade, sendo imperioso verificar qual possui peso

diante das circunstâncias concretas. Essa tensão estabelecida poderia ser resolvida com juízo de ponderação, em face que um princípio pode sobrepor-se a outro.

Parece prudente que deve prevalecer a garantia do funcionamento da Universidade e da sua mantenedora, a fim de assegurar o desenvolvimento regional. Não se quer a exclusão das entidades educacionais de direito público do controle fiscal, mas a aplicação dos enunciados constitucionais, contidos nos artigos 205 e seguintes da CF/88, autoriza investir até 70% da sua receita líquida em pessoal, na forma da legislação local, sem que haja sancionamento à luz da LRF.

Esta seria a única forma de garantir a continuidade dos serviços de educação prestados pelas instituições, visto que o fechamento dos cursos, com a consequente demissão de pessoal, de nada adiantaria para o cálculo da despesa de pessoal. Ao contrário, o fechamento também resultaria na diminuição da receita e, mais importante, na inviabilização dos benefícios sociais vitais à comunidade.

1.2 Para onde Caminha a Universidade de Gurupi?

Enquanto a presente pesquisa estava em processo de construção, o Município de Gurupi, teve aprovado orçamento para o ano 2019, no montante de receitas no valor de R\$ 380.437.206,54 (trezentos e oitenta milhões, quatrocentos e trinta e sete mil, duzentos e seis reais e cinquenta e quatro centavos). A esse valor soma-se a receita da Universidade de Gurupi, prevista para 2019, em R\$ 86.383.938,40 (Oitenta e seis milhões, trezentos e oitenta e três mil, novecentos e trinta e oito reais e quarenta centavos), ou seja, pouco menos de $\frac{1}{4}$ do orçamento municipal.

Ocorre que o atrelamento das despesas orçamentárias de pessoal (orçamento único anualmente enviado pelo Executivo Municipal) tem gerado uma crise tanto na administração direta, quando na própria Universidade, pois nem o Poder Executivo consegue realizar a gama de serviços que lhe é imposta pela CF/88 (com adequação ao limite da LRF), nem a Universidade consegue manter e expandir seus cursos se estiver sujeita à limitação legal.

Como funciona esta equação?

De um lado a municipalidade tem a obrigação de prestar serviços públicos de qualidade (educação, saúde, segurança, coleta de lixo, entre muitos outros), de outro lado, a UnirG tem trabalhado fortemente para expandir suas unidades, aumentando o número de cursos e, conseqüentemente, o grau de desenvolvimento regional, mostrando-se exitosa no aumento de suas receitas. Planeja, inclusive, a construção de Hospital Universitário e a criação de outros cursos superiores, a fim de efetivamente consolidar-se como polo universitário. Tal estratégia exige investimentos sobretudo em recursos humanos, maior ativo da Universidade.

O problema é que, um e outro lado da equação não consegue equilibrar-se e isso ocorreu, contraditoriamente, a partir do momento que a Universidade começou a crescer e contribuir significativamente para o desenvolvimento regional. A instituição iniciou com 2 (dois) cursos e hoje disponibiliza 14 cursos presenciais, além de oferecer Pós-graduação. Para chegar a esse tamanho foi necessária a realização de concursos públicos para contratação de pessoal, pois sendo pública

de direito público, seus servidores precisam obrigatoriamente submeter a concurso público. Assim, ao passo do crescimento da Instituição, com a criação de mais cursos, com aumento de pessoal e de receita, é quase que óbvio concluir que as despesas também acompanharam a evolução, ou seja, com mais despesa com pessoal aumenta-se também o custeio.

Neste contexto, é possível afirmar que o sucesso da UnirG seria, paradoxalmente, o desastre do Município, pois quanto mais ela cresce, mais dificuldades o Poder Executivo tem para adequar-se ao limitador da Lei de Gestão Fiscal, na medida em que é natural à Universidade investir montante superior a 54%, de sua receita em folha de pagamento, coroando seus principais ativos, quais sejam, os recursos humanos.

Em 2018, a UnirG está (só ela) com índice de pessoal em 64%, ou seja, acima do limite da LRF. Como equalizar essa conta, para que o gestor não sofra penalidades pelo descumprimento da regra prevista em lei?

Para que o Prefeito de Gurupi e o Presidente da Fundação UnirG, mantenedora da UnirG não respondam judicialmente por má administração, é necessário fazer complicados cálculos fiscais, em que para a UnirG não diminuir de tamanho com fechamento de cursos, o município vai para o sacrifício, reduzindo suas despesas, controlando determinadas políticas públicas de suas 14 Secretarias municipais, para que, ao somar as duas despesas de pessoal, feche o exercício dentro dos 54% previstos.

Para que essa Matemática seja diferente, o Município precisaria aumentar (e muito) sua arrecadação ou, a alternativa mais viável, seria mudar o entendimento do Tribunal de Contas sobre a vinculação dos orçamentos da UnirG e Município de Gurupi.

Não é demais ressaltar que a UnirG como as outras instituições de mesma natureza jurídica, possuem receita própria e são autossustentáveis, pois foram criadas anteriormente à promulgação da CF/88, que resguardou em seu artigo 242, *caput*, a manutenção da contribuição dos alunos.

Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos (BRASIL, 2008a).

Estas instituições possuem sua própria fonte de custeio, essencial para a vinculação de seus gastos. Ou seja, não pesam um centavo para o orçamento municipal. Assim, cabe buscar caminhos, que não firam a legislação, mas permitam maior autonomia às IEs, que, como a UnirG, encontram-se nesse impasse. Para tal, cabe uma análise comparativa entre as 4 (quatro) instituições, a seguir.

2 ANÁLISE COMPARATIVA

Na busca de caminhos para a mudanças na gestão das Universidades Municipais, que se encontram na situação descrita anteriormente, 4 (quatro) instituições foram usadas como referência, para uma análise comparativa. São elas, a Universidade de Taubaté (UNITAU), o Centro

Universitário de União da Vitória (UNIUV), a Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) e a Universidade de Gurupi (UnirG).

Para efetivar a comparação, foi analisado todo o contexto legal da Instituição, desde sua lei de criação, até seus estatutos e regimentos, além da vasta legislação municipal. Os principais aspectos, usados na comparação, estão especificados nos Quadros 1 e 2.

Não se discute a situação geopolítica de cada uma das regiões, onde as instituições se localizam, visto que são distintas e em muitos aspectos, desiguais. Duas na região Sul do Brasil, uma na região Sudeste enquanto a UnirG se situa na região Norte, com desenvolvimento mais tardio. Entretanto, o fato dessas instituições de ensino serem criadas em momentos distintos, permite compreender uma questão de tempo, de desenvolvimento regional e social, apesar de todas visarem à época de sua criação, ofertar ensino superior para sua cidade e região. A mais nova é a Unirg, criada em 1985, ao passo que a mais antiga é a FURG, criada em 1968.

Quadro 1 - Semelhanças e diferenças entre as 4 IEs arroladas na pesquisa

Instituição	UNIRG	UNITAU	UNIUV	FURB
Localização Geográfica	Gurupi, Tocantins	Taubaté, São Paulo	União da Vitória, Paraná	Blumenau, Santa Catarina
Ano de criação	1985	1974	1974	1968
Natureza Jurídica	Fundação Pública com personalidade jurídica de direito público	Autarquia educacional em regime especial	Fundação Municipal	Autarquia Municipal de Regime Especial
Servidores Públicos	Regra: Concurso	Não identificado	Não identificado	Não identificado
Contratações	Via processo licitatório	Via processo licitatório	Via processo licitatório	Não identificado
Institutos	00	03	00	00
Fundações	01	04	00	00
Execução Administrativa e Acadêmica	Fundação UnirG e a Universidade de Gurupi responsável pela parte acadêmica	Reitoria e Pró-Reitorias	Fundação Municipal	Autarquia Municipal de Regime Especial
Processo de Escolha do Gestor	Presidente da Fundação: Indicação Prefeito - Reitoria - eleições	Reitoria – eleições. Escolha de uma lista tríplice pelos três conselhos e prefeito escolhe um deles.	Não existe processo de escolha, a direção política - pelo Prefeito Municipal	Reitor: eleito pela comunidade acadêmica e nomeado pelo prefeito municipal
Gestor Responsável	Presidente da Fundação	Reitor	Prefeito Municipal	Reitor
Cobra mensalidades	Sim	Sim	Sim	Sim
Servidores	700	1.283	Não localizado	Não localizado
Alunos	4700	15000	Não localizado	Não localizado
Receita Municipal	R\$380.437.206,54	R\$1.635.829.287,00	R\$210.000.000,00	R\$3.383.691000,00
Orçamento Universidade 2018	R\$ 86.383.938,40	R\$ 213.414.458,00	R\$17.500.000,00	R\$186.616.876,10

Fonte: Dados da pesquisa (2019).

As semelhanças entre UNIRG e as outras instituições, são evidentes em função de suas naturezas jurídicas. Salvo a UNITAU, todas têm orçamentos dependentes e consolidados com o Município, portanto, passam pelo mesmo calvário, o julgamento das contas vinculadas a de seus municípios. Assim, as despesas de pessoal são somadas, gerando o impacto na receita de pessoal, inibindo o crescimento dessas instituições o que, também, impede o crescimento do Município.

Além dessa distinção da UNITAU, em relação ao problema orçamentário, a outra instituição que mais se distingue é a UNIUV, localizada no Estado do Paraná. Ela é gerida pelo Prefeito, ou seja, há participação da maior autoridade municipal na gestão da maior Instituição de Ensino do Município, que exerce cumulativamente as duas atribuições. Não foi possível, portanto, mensurar a autonomia da Universidade, visto que toda decisão passa pelo Prefeito. Pode-se inferir que esse controle político pode interferir negativamente na Instituição, pois nem sempre o Prefeito eleito tem vocação para conduzir um Centro Universitário. Mas essa é uma questão que foge ao escopo do presente trabalho e ficará para outros estudos.

Diante do objetivo do presente trabalho, de agora em diante, toma-se a UNITAU, como principal referência comparativa, especialmente em relação à estrutura administrativa/orçamentária e de prestação de contas.

Destaca-se que a UNITAU se localiza no Estado de São Paulo e foi criada pelo menos uma década antes da UnirG, com mais anos de atuação no mercado, com uma história e histórico consolidado como Universidade. A referida instituição caminha desde 2001, com a autonomia orçamentária definida pelo próprio TCE/SP. Segundo informações encontradas, o processo de construção desta autonomia teve início com uma consulta à Procuradoria Jurídica. Assim, apesar da mesma natureza jurídica, difere da UnirG na leitura orçamentária.

O percentual investido em pessoal, pela UnirG, chega ao montante de até 70% (setenta por cento) do valor arrecadado com as mensalidades. Enquanto isso, o valor do percentual, previsto e regulamentado na Lei de Responsabilidade Fiscal, a UnirG, atualmente, está obrigada a seguir o percentual do Município, e para gasto com pessoal precisa ficar no percentual de 54% (cinquenta e quatro por cento). Este é um dos empecilhos da vinculação das contas, que a UNITAU já superou.

Outro fator divergente entre UNITAU e UnirG, importante para garantir sua autonomia, é que o processo de escolha do gestor público. Enquanto na UnirG a escolha do gestor é feita pelo Chefe do Poder Executivo, na UNITAU, se dá por eleição, em que, depois de deflagrado o processo eleitoral é encaminhada uma lista tríplice ao Prefeito que nomeia o gestor eleito, que também exerce a função cumulada de Reitor da Universidade.

Para maior compreensão das diferenças, especialmente entre a UnirG e a UNITAU, que conquistou autonomia na administração, especialmente na gestão financeira-patrimonial, cabe mostrar mais alguns dados (Quadro 2).

Quadro 2 – Comparativo da Gestão administrativa/orçamentária entre UnirG e UNITAU

Áreas	UNIRG	UNITAU
Estrutura Administrativa	Fundação UnirG – mantenedora da Universidade de Gurupi	Órgãos colegiados centrais, compreendendo: Conselho Universitário; Conselho de Administração; Conselho de Ensino e Pesquisa; Reitoria e Vice-reitoria. Pró-Reitorias, compreendendo: Pró-reitoria de Administração; de Economia e Finanças; Estudantil; Extensão; Graduação e Pesquisa e Pós-graduação.
Controle/ Fiscalização	- Interno - Câmara Municipal - Ministério Público - Judiciário (análise de legalidade) - Polícia Civil - TCE	- Interno - As Pró-reitorias executam as funções de fiscalização, dentro de cada uma de suas atribuições. - Câmara Municipal - Ministério Público - Judiciário (análise de legalidade) - Polícia Civil - TCE
Consolidação das Contas	Junto com o Município	Separada do Município
Processo de Federalização	Não	Não
Transparência	Sim. De fácil compreensão dos dados, pessoal e despesas da Universidade.	Sim. De difícil compreensão dos dados. Informações subjetivas em relação as despesas e pessoal.
Ouvidoria	Sim	Não identificado

Fonte: Dados da pesquisa (2019).

Como demonstrado no Quadro 2, a grande diferença entre UNIRG e UNITAU está na estrutura administrativa, pois na UNITAU há a figura do Reitor-gestor e das pró-reitorias que executam as ações administrativas. Percebe-se, ainda, que a ingerência do prefeito municipal é menor que na UnirG, pois enquanto há nomeação da direção por uma lista escolhida pelos três conselhos da Universidade, para escolha de um dos nomes indicados, enquanto na Fundação UnirG, como dito anteriormente, a indicação é apenas política e a decisão é exclusivamente do Prefeito.

Outra diferença relevante é a desvinculação orçamentária da contabilidade da Universidade do município de Taubaté, que atribui responsabilidades distintas, ou seja, os atos praticados pelo gestor da UNITAU não refletem na figura do chefe do Poder Executivo. Essa segurança permite a nomeação do Reitor e Gestor da Universidade que não seja uma escolha meramente política.

Ao analisar o processo de mudança na gestão da UNITAU, por mais que se esperasse uma redação de interpretação gramatical, de uma simples análise, foi possível constar na instituição a presença política do Estado, maior que o entendimento jurídico, em que pese ter existido.

A análise documental foi importante para encontrar o real fundamento que levou a essa mudança de interpretação. Foi identificada uma decisão monocrática de um Conselheiro do TCE/

SP, reconhecendo a desvinculação das contas da UNITAU com o Município de Taubaté/SP, sem que isso implicasse alguma responsabilidade aos gestores. Ficou constatado que as mudanças na UNITAU não se deram por força de Lei Municipal, mas pela interpretação das leis, pelo TCE/SP.

Ficou constatado que se tratou de uma decisão subjetiva, não implicando, como já mencionado, em nenhuma responsabilidade ao gestor do Município a desvinculação dos orçamentos, que representa administrativamente a Universidade: nenhuma responsabilidade, seja civil, criminal ou administrativa, se deu em decorrência da desvinculação dos orçamentos, o que de fato vem ocorrendo desde o ano de 2001.

Em relação ao controle de contas, é preciso ainda convir que cabe ao Órgão de Controle Externo (no caso da UnirG, o TCE-TO e o TCE-SP, no caso da UNITAU) exercer a fiscalização sobre a Universidade, tanto quanto do Município. O diferencial está na forma de julgamento das contas. No atual modelo de gestão da UNITAU, desde 2001 são julgadas de forma separada do Município de Taubaté.

E essa ingestão na interpretação legal é facilmente o maior problema a ser enfrentado pela UNIRG com o TCE-TO. Superada essa interpretação legal, a UNIRG ganharia um poder de investimento maior e daria ao Executivo Municipal índices para investimento influenciando diretamente nas despesas de pessoal e, conseqüentemente, na valorização dos servidores.

Resta evidente, destarte, que qualquer penalização dos gestores destas instituições de Ensino, por descumprimento a Lei de Responsabilidade Fiscal, deve ficar restrita ao âmbito da mantenedora e das suas contas, não podendo absorver os limites do Município, na medida em que o sancionamento não pode ultrapassar a esfera individual de cada ente. Essas instituições devem responder pelos seus próprios atos, com a autonomia institucional, à luz das peculiaridades finalísticas, e não em conjunto com o Município, diante da absurda consolidação das contas para fins de cálculo dos índices.

CONCLUSÃO

A Fundação UnirG ocupa a condição de obrigada a cumprir o que determina a Lei, não podendo dela esquivar-se ou ignorá-la. A UnirG em nada difere quanto ao cumprimento das regras aplicadas a Administração Pública. Como demonstrado, está obrigada a seguir as normas constitucionais, como também as normas infraconstitucionais a ela aplicadas, o que inclui as leis aprovadas pelo legislativo municipal.

As leis que obrigam a prática da transparência dos gastos públicos e dos limites desses gastos, não apenas funcionam como um limitador ao gestor, como também penalizam os gestores em caso de seu descumprimento. Todos reconhecem que a UnirG, assim como outras instituições municipais de mesma natureza jurídica, são importantes para o país e que elas são responsáveis pelo desenvolvimento regional e por parte do orçamento investido nas cidades-sedes.

Por tal razão, a autonomia orçamentária e o julgamento das contas individualizadas e separadas do Município de Gurupi, que um dos maiores problemas enfrentados pela gestão pública, precisa ser resolvido. E, a experiência da UNITAU mostra que isso não desnaturaria sua natureza jurídica pública, não alteraria a natureza e as razões da sua criação, e não retiraria sua dependência administrativa, enquanto ente da administração pública indireta do Município de Gurupi.

Tendo tecido tais considerações, cabe retomar as questões norteadoras da pesquisa:

É possível a utilização do mesmo processo de transição da gestão pública da UNITAU para a Fundação UnirG?

Sim, é possível. Para isso depende, além de mudança na legislação da Universidade, algo comum às instituições comparadas, que é a vontade política de fazer desprender a gestão de uma Universidade Pública Municipal do Executivo Municipal.

Segundo, mudar o modelo de Reitoria, permitindo assumir as atribuições de gestão acadêmica e administrativa, o que é totalmente viável, podendo permanecer a política da lista tríplice, possibilitando mais de uma opção, para a decisão do prefeito.

É, ainda, viável por força de uma decisão judicial ou por força de alteração legislativa, ou ainda, por força política, se deve empenhar para desvinculação do orçamento, visto que essa desvinculação representa a sobrevivência da Instituição.

No mercado competitivo das Universidades por alunos, ou a instituição amplia o mercado ou estará fadada a gerir a encurtada política educacional, visto que pensar em crescimento quando o índice está no limite prudencial seria inimaginável, sob o ponto de vista político.

Ao empreender a análise comparativa pretendeu-se fazer conhecer um pouco da UNITAU e outras instituições com sistema jurídico semelhante ao da UnirG. Foi possível confirmar que as semelhanças são, de fato, evidentes, contudo, cada uma com o modelo de gestão educacional, inclusive em contextos regionais mais desenvolvidos, que permitem uma instituição mais sólida sobre o aspecto econômico, contudo não longe do mesmo problema.

Com base na LC n.101/00, que trata dos limites de gastos da administração pública, seja ela direta ou indireta, foi possível ainda constatar que somente a UNITAU, da cidade de Taubaté/SP, que atualmente goza dessa autonomia encontra-se em estado mais confortável, que as demais que permanecem atreladas à gestão fiscal dos municípios.

Por vezes, outras instituições não vivem no limite da LRF, em face de sua alta arrecadação, mais ninguém age com segurança, enquanto não se decidir qual a derradeira interpretação sobre a integralização das contas ou a separação delas, sob o olhar da LRF.

Obviamente este trabalho não deu conta de esgotar a análise sobre o tema, mas espera-se que tenha provocado a discussão sobre a questão. Ou seja, espera-se que possa servir de motivação

para o diálogo sobre um novo modelo de gestão pública financeira e orçamentária e de gestão administrativa para a Fundação UnirG, coerente com os quesitos de independência e autonomia institucional prevista na CF/88.

Nesse sentido, ao finalizar a presente pesquisa cabe sugerir UnirG (proposta válida, também, para outras instituições de mesma natureza jurídica) que encaminhem Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo, com objetivo de se fixar o percentual limite com receita de pessoal. Sugere-se, também, que busquem criar e regulamentar Conselho Curador, para reforçar o poder de fiscalização das ações administrativas da mantenedora.

Entende-se que depende unicamente do Poder Executivo a alteração legislativa para revogar a figura da fundação mantenedora e permitir a execução orçamentária das Instituições de Ensino, pela Reitoria e Pró-reitorias administrativa e financeiras, como responsáveis pelas despesas e arrecadação da Universidade, utilizando o mesmo modelo de sucesso da UNITAU.

Não menos importante seria a judicialização de processo no Judiciário, para se discutir o mérito dessa mudança, demonstrando a necessidade de ampliar as políticas educacionais, bem como deixar que o judiciário analise e se posicione sobre qual dos princípios seriam utilizados para a discussão do mérito, fazendo juízo de ponderação sobre os mesmos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 29. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008a.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.174, de 21 de outubro de 2015**. Insere inciso VIII no art. 43 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir, entre as finalidades da educação superior, seu envolvimento com a educação básica. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13174.htm#art1. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar 2.197-9 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de novembro de 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AC2197CM.pdf. Acesso em: 8 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão Ordinária em Agravo Regimental na Ação Cautelar 1.033-1 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=353776>. Acesso em: 7 mar. 2018.

BRONCKART, Jean-Paul. **Le fonctionnement des discours**. Lausanne: Delachaux et Niestlé, 1985.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Autonomia, controle e avaliação. *In*: MORHY, Lauro (org.). **Universidade em questão**. Brasília: Editora UnB, 2003. p. 275-300.

GURUPI. **Decreto nº 634, de 14 de abril de 2015**. Dispõe sobre alteração do Decreto nº 435, de 10 de novembro de 2005 – Estatuto da Fundação UnirG. Gurupi: Prefeitura Municipal, 2015.

GURUPI. **Lei nº 1.699, de 11 de julho de 2007**. Altera o art. 1º da Lei Municipal nº 611, de 15 de fevereiro de 1985, e dá outras providências. Gurupi: Prefeitura Municipal, 2007.

GURUPI. **Lei nº 611, de 15 de fevereiro de 1985**. Cria a Fundação Educacional de Gurupi e dá outras providências. Gurupi: Prefeitura Municipal, 1985.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo Afonso de. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SCHWARTZMAN, Simon. A autonomia universitária e a Constituição de 1988. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, ano 68, n. 21803, 12 dez. 1988.

SOUZA, Paulo Espíndola de. **Contabilidade pública: conceitos e aplicações**. Campo Grande: UNAES, 2006. Disponível em: <https://slideplayer.com.br/slide/2762830/>. Acesso em: 20 jan. 2019.

TAUBATÉ. **Lei nº 1.498, de 6 de dezembro de 1974**. Dispõe sobre a criação da Universidade de Taubaté e dá outras providências. Taubaté: Prefeitura Municipal, 1974.

TAUBATÉ. **Lei nº 1.555, de 27 de novembro de 1975**. Dispõe sobre o Estatuto do Magistério Superior Municipal e dá outras providências. Taubaté: Prefeitura Municipal, 1975.

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ. **Portal UNITAU**. Taubaté, [20--]. Disponível em: <http://www.unitau.br/>. Acesso em: 6 mar. 2018.

UNIVERSIDADE VALE DO RIO DOCE. **Portal UNIVALE**. Governador Valadares, [20--]. Disponível em: http://www.univale.br/sites/conheca_univale/institucional/apresentacao/. Acesso em: 6 mar. 2018.

Como citar: MARINHO, Ivanilson da Silva; GONÇALVES, Lina Maria; PEREIRA, Elvio Quirino. Modelos de gestão nas fundações públicas municipais: um estudo comparativo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 61-82, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p61. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/03/2019.

Aprovado em: 06/09/2019.

A IRRESPONSABILIDADE LEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DA FRAUDE ENVOLVENDO VÍCIO DE VONTADE NA COMPOSIÇÃO DO QUADRO SOCIETÁRIO PERANTE AS JUNTAS COMERCIAIS

THE LACK OF LEGAL LIABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: THE CASE OF FRAUD INVOLVING VICE OF WILL ON THE COMPOSITION OF CORPORATE FRAMEWORK BEFORE THE COMMERCIAL BOARDS

João Lucas Arcanjo Carneiro*
Renata Lima Albuquerque**

* Mestrando em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)
Graduado em Direito em 2012 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

**Pós-Doutora em Direito em 2016 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Doutora em Direito Constitucional em 2013 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Graduada em administração em 2001 pela Universidade Estadual do Ceará (UECE)
Graduada em Direito em 2001 pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

Comocitar: CARNEIRO, João Lucas Arcanjo; ALBUQUERQUE, Renata Lima. A irresponsabilidade legal da administração pública: o caso da fraude envolvendo vício de vontade na composição do quadro societário perante as juntas comerciais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23 n. 3, p. 83-106, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p83. ISSN: 2178-8189

Resumo: Como regra, a Administração Pública responde objetivamente por danos que dá causa por ato ilícito, posto que a prestação do serviço público pressupõe dever de cuidado para que não haja externalidades indesejáveis. Entretanto, há situações em que a responsabilidade da Administração Pública pode ser mitigada. Um desses casos abrange a responsabilidade das Juntas Comerciais perante fraudes que envolvem o ingresso com vício de vontade em quadros societários. Este artigo busca expor que tais fraudes decorrem de terceiros, cujas atividades fraudadoras originam-se tanto da facilidade de acesso a informações pessoais dos prejudicados, como da intencional dispensa legal de maiores exigências de segurança para a confirmação de dados imposta às Juntas Comerciais. Dessa forma, pretende-se demonstrar como a busca pela simplificação dos procedimentos de arquivamento de documentos empresariais permite o cometimento de fraudes no registro mercantil, às quais as Juntas Comerciais, por expresso comando legal, são impedidas de combaterem com mecanismos mais eficazes, porém, eventualmente mais burocráticos e que prejudicariam os empresários de boa-fé beneficiados pela simplificação. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica e por método hipotético dedutivo, procura-se constatar que as Juntas Comerciais não respondem – ou responderiam apenas

subjetivamente – pelo ingresso de indivíduo com vício de vontade em uma composição empresarial.

Palavras-chave: Responsabilidade. Registro Mercantil. Junta Comercial. Vício de vontade. Desburocratização.

Abstract: Usually, Public Administration has direct liability for damages it causes, since the provision of public service presupposes a duty of care to avoid undesirable externalities. However, there are situations in which this liability can be mitigated. One of these cases refers to the liability of Commercial Boards for frauds that involve entry with vice of will in corporate frames. This article seeks to expose that such fraud is caused by third parties, whose fraudulent activities originate both by the easy access to personal information of the jeopardized and by the intentional legal waiver of greater security requirements for the confirmation of data imposed on the Commercial Boards. So, it is demonstrated how the search for simplification of the procedures of archiving of business documents allows the committing of frauds, to which the Commercial Boards, by express legal command, are prevented from avoiding with more effective mechanisms, however possibly more bureaucratic and that would harm good faith entrepreneurs benefiting from simplification. Thus, through a bibliographical research and with a hypothetical deductive method, it is sought to verify that the Commercial Boards have no direct liability – or only indirect – for the entry of individual with vice of will in a business composition.

Key-words: Liability. Mercantile Registry. Commercial Board. Vice of will. Debureaucracy.

INTRODUÇÃO

São recorrentes as demandas judiciais que acionam as

Juntas Comerciais no polo passivo para que sejam condenadas à indenização de indivíduos que comporiam, de forma involuntária, o quadro societário de empresas. Na inicial, os requerentes da ação judicial alegam que a Junta Comercial, órgão público responsável pela execução do registro mercantil, tem responsabilidade perante todos os documentos postos a arquivamento em seu cadastro. Ademais, afirmam que o arquivamento de documentos fraudados por terceiros – que, por mais variadas razões e oportunidades, incluem de forma realmente indevida pessoas no quadro societário sem manifestação de vontade – é de responsabilidade da Junta Comercial. Que, caso não houvesse arquivamento de tais atos, também não sofreriam com eventuais consequências danosas relativas à inclusão inadequada, como cobranças e execuções de dívidas, negatização em cadastros e impossibilidades de recebimento de benefícios previdenciários ou assistenciais.

Este trabalho pretende demonstrar que a legislação do registro mercantil, por seu propósito de procurar dirimir a burocracia e facilitar o arquivamento de atos empresariais, permite que dados indevidos sejam registrados. Situação pela qual as Juntas Comerciais não podem ser responsabilizadas de forma objetiva, pois é legalmente impedida de exigir suficientes medidas de segurança jurídica e de veracidade dos dados, como, por exemplo, ocorre com a firma reconhecida nas assinaturas, que é legalmente impossibilitada de ser solicitada.

Para tanto, por meio de análise bibliográfica e com utilização de método hipotético dedutivo, são debatidas, em um primeiro momento, questões a respeito da responsabilidade da administração pública (tópico 1). Em pós, analisa-se quais são as competências e atribuições específicas das Juntas Comerciais como órgão executor do registro mercantil no Brasil (tópico 2). Por fim, trata-se da composição com vício de vontade de composições de tipos jurídicos empresariais, ilustrando-se como ocorrem legalmente ou não as composições societárias e de que forma as fraudes sucedem sem a participação comissiva ou omissiva das Juntas Comerciais, as quais devem responder apenas subjetivamente pelos atos de registro fraudados, quando demonstrado dolo ou culpa, espaço onde são expostas decisões judiciais que têm comungado desse entendimento (tópico 3).

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE

Responsabilidade pressupõe um laço entre duas situações: uma anterior, vinculada a circunstâncias preexistentes, e outra consequente, que gera um dano a uma das partes. Se esse laço – ou conexão – for comprovado, o fato consequente pode ser atribuído à ocorrência do fato anterior. Pressupõe, da mesma forma, um agente causador. Quem exorbita a forma de atuação devida, criando a situação posterior para além dos parâmetros que deveriam ser seguidos, é responsável por esse excesso. Esse excesso, em caso de dano, deve ser ressarcido pelo seu causador (Salmond, 1924, p. 377). Nesse sentido, Markby (1889, p. 293) entende que, dentre os vários sentidos de *liability*¹, responsabilidade “*is used to express the condition of a person who has not failed in the*

1 Markby (1889, p 293) também sustenta que *liability* é um termo usado para expressar “*the position of a person who has undertaken to do or to abstain from doing something by contract with another person. Such a person is said to*

performance of any duty, but who has done an act which has caused damage to another for which he is required to make compensation”.

A reparação dos danos é devida porque, de alguma forma, houve descumprimento de alguma norma jurídica. O ordenamento jurídico é voltado mais a impedir que os danos ocorram do que a sua compensação (CARRÁ, 2004, p. 55). No entanto, o sistema jurídico, por mais aperfeiçoado que seja, não impede de descumprimento de normas, o que coloca a responsabilidade como elemento que atenua as transgressões. E é fundamental entender a que tipos de responsabilidades os indivíduos – ou a administração pública – submetem-se.

1.1 Tipos de responsabilidade

Costumeiramente, há três tipos de responsabilidade na ordem jurídica: civil, penal e administrativa². Para os fins deste trabalho, é preciso diferenciá-los. Isso porque, vez por outra, acontece de, mesmo que a lei expressamente determine qual o tipo de responsabilidade a que se sujeitam certas pessoas, ainda há interpretações que alargam o sentido da norma³.

Quanto à responsabilidade civil, o Código Civil traz dispositivos que tratam do assunto de forma nuclear. De modo inicial, abordando o ato ilícito, indica que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186). Ainda estabelece previsão a respeito da consequência do excesso em atos pretensamente lícitos, o que corresponderia ao abuso de direito (art. 187). E, tratando da consequência dos atos ilícitos ou dos abusivos, em título dedicado à responsabilidade civil, o Código de 2002, determina que os danos decorrentes de atos ilícitos devem ser reparados pelo respectivo causador (art. 927).

Nesta oportunidade, pode-se ainda comentar a respeito da diferença entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva é imputada a quem danifica a esfera de bens ou direitos de outra pessoa de forma que a culpa ou o dolo devam ser demonstrados no decorrer da explanação do nexos causal, sendo a teoria prevalecente (MUKAI, 2002, p. 253). A responsabilizada objetiva, por sua vez, pressupõe que, por ocasião do desenrolar de suas atividades costumeiras, o agente deve ser responsabilizado, apenas com demonstração de dano e nexos causal, sem que seja necessário investigar o grau de dolo ou culpa em sua participação. Esse

be liable to fulfil his contract”. Em outra conceituação, é usado para expressar “*the condition of a person who has failed in the performance of some duty, and who is consequently called upon to make compensation to some person who has suffered damage thereby. Such a person is said to be liable to make compensation”.*

2 A par da questão da responsabilidade em seu sentido mais amplo, também há estudos a respeito do que seria o inverso das consequências da responsabilidade, quando um agente atua para amenizar ou extinguir danos, de forma que corresponderia a uma “responsabilidade negativa”. Para tanto, conferir: DARI-MATTIACCI, Giuseppe. Negative Liability. *Journal of Legal Studies*, vol. 38, n. 1, jan. 2009: p. 21-60.

3 Quanto ao eventual conflito entre os tipos de responsabilidade previstos legalmente, ao abordarem a responsabilidade correspondente à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), Dadalto e Silva (2019, p. 88) indicam que, apesar de outros autores considerarem que a referida lei cuida de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que vale é o que foi decidido pelo legislador na elaboração da norma: “Sobre a natureza desta responsabilidade, o legislador teve o cuidado de dispor expressamente que a Lei Anticorrupção apenas abarcará as responsabilidades de natureza administrativa e civil. Parece que o legislador buscou evitar uma série de inconveniências que a imputação de responsabilidade penal poderia gerar”.

é o entendimento exposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, relatando que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A diferença entre a responsabilidade subjetiva (deve-se comprovar dolo ou culpa do agente) e responsabilidade objetiva (basta comprovar o ato do agente que provocou uma ação danosa a outrem) será necessária no tópico seguinte, ao se tratar da responsabilidade administrativa – ou responsabilidade da Administração Pública.

Por sua vez, para fins de constatação, infere-se que a responsabilidade penal pressupõe cometimento de atos previstos em lei como crimes, sujeitos a punições extrapatrimoniais, incidindo na retirada de alguns direitos fundamentais do infrator, como a liberdade, o que é realizado por instituições especificamente destinadas a investigar, acusar, defender e julgar o suposto infrator. Dessa forma, Puebla (2014, pp. 44-45), já expõe a possibilidade de concomitância das responsabilidades civil e penal, atesta que:

La exigencia de responsabilidad penal, trae consigo, una sanción penal por la ejecución del hecho delictuoso, sancionado por los *órganos* competentes e incluso pueden coexistir ambas cuando del propio hecho se deriva la obligación de indemnizar por los perjuicios causados o de reparar el daño sufrido por la víctima a consecuencia del hecho punible.

A seguir, trata-se da responsabilidade administrativa, a qual as Juntas Comerciais, como órgãos da Administração Pública, estão sujeitas no exercício de suas atividades.

1.2 Responsabilidade da Administração Pública

O estudo a respeito da responsabilidade administrativa (o grau de responsabilização do Estado por suas ações), é dividido em três fases. Em um primeiro momento histórico, a partir da formação dos Estados modernos, os Estados absolutistas não respondiam pelos seus danos, mesmo quando demonstrado o nexo de causalidade entre dano e atuação estatal (FARIA; MARIANO, 2015, p. 108). Chama-se essa situação de teoria da irresponsabilidade. Essa situação em que o Estado não poderia ser responsável por atos danosos deixou de predominar. A soberania estatal não poderia mais prevalecer sobre os cidadãos, pois a ideia de que o “rei não cometeria erros” ficou ultrapassada a partir das revoluções liberais do final do século XVIII. Penetrando no âmago da expressão, Maguire (1916-1917, p. 20) indica que:

“The King can do no wrong” is a preliminary stumbling-block. These words give rise to a common belief that the government cannot be guilty of a tort. For several reasons this idea must be dismissed. The maxim is pointless where there is no king. Then, like all maxims, it is an elusive creature, worth much less than face

value.

Então, na segunda fase da responsabilidade da Administração Pública, tomavam-se os atos do Estado por atos de império e atos de gestão. No primeiro caso, não haveria responsabilização, pois seriam utilizadas prerrogativas de autoridade; no segundo, o Estado seria responsável desde que comprovada culpa do agente (OLIVEIRA, 2008, p. 159). Há, ainda quem prefira optar pela diferenciação entre atos de gestão pública e atos de gestão privada no que concerne aos atos da Administração Pública e sua respectiva responsabilidade. Assim, Moura (2014, p. 130) relata que:

Os atos de gestão pública são aqueles realizados no exercício de um poder público ou de uma posição de autoridade (poderes de coação, no domínio do *ius imperii*) e sob a regência de normas de direito Administrativo. Já nos atos de gestão privada, a Administração figura como entidade despojada das prerrogativas de autoridade e assume uma posição de paridade com os particulares, realizando atividades alheias à esfera de intervenção do Direito público, vale dizer, atividades não cobertas pela regulação jurídico-administrativa.

Em seguida, mas ainda na referida segunda fase, há o predomínio de uma visão civilista em que se deveria apontar a presença da conduta culposa do Estado por ocasião do art. 15 do Código Civil de 1916, abandonando-se o entendimento anterior quanto à irresponsabilidade pelos atos de império. O Estado passa a ser cada vez mais responsável por seus atos, ainda que derivassem de aclamações de soberania.

Hodiernamente, não é mais discutível que ao Estado cabe responder por atos praticados – ilícitos ou lícitos quando praticados em excesso – que causam danos a outrem. Ainda que, dependendo do ordenamento jurídico, haja diferentes possibilidades de se normatizar a responsabilidade administrativa⁴, esta é inegável e vincula o Estado ao reparo dos danos.

Portanto, na terceira e atual fase da responsabilização administrativa, os atos comissivos praticados pelo Estado que causem danos a outrem são vistos de acordo com a teoria objetiva – em que não há necessidade da comprovação de culpa ou dolo para que a Administração tenha que arcar com a indenização –, tanto que o art. 37, § 6º da CF indica que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. As condutas indevidas do poder público devem ser ressarcidas àqueles prejudicados, conforme demonstra Baginska (2005, p. 864):

I believe that any entity exercising public authority should bear liability for its own unlawful acts causing damage to an individual. This guarantees a high level of protection of individual rights and freedoms and also meets the social need to render all public authorities financially responsible for their unlawful conduct.

4 BAGINSKA (2005, p. 851): “Depending on a given national system, the rules on liability of public authorities belong to either private or public law domain, or to both. Thus, the problem may be approached from different angles: civil law, constitutional law, administrative law and European Community law”.

In order to warrant the adequate protection of individuals governmental liability should be strict and only cautious exceptions to it should be made (for example in the case of legislative action).

Ou seja, é do próprio risco da atividade administrativa que nasce a presunção de que o prejudicado deve ser ressarcido por uma ação cometida pelo Estado, instituição com muito mais poder de imposição e de resistência do que, por exemplo, um simples cidadão que teve seu carro destruído por um poste de iluminação pública a desmoronar inesperadamente. Uma vez que a administração pública é primariamente responsável pela prestação de serviços públicos, a ela também cabem os riscos dessa prestação.

Constata-se, dessa forma, que está em vigor a adoção da teoria francesa da *faute du service*⁵. Nesta seara, a administração pública, ainda que tenha um certo domínio, não pode mais se imiscuir de justificativas referentes a seu alto grau de poder ou de relevante interesse coletivo em abstrato para se sobrepor às vontades individuais ou coletivas. Depois de longos períodos históricos em que a vontade do Estado era absoluta ou que, ao menos deveria ser comprovada inadequada de alguma forma, objetiva-se, a partir dessa nova teoria, reequilibrar as relações entre Estado e indivíduo em que o Estado possa ser mais suscetível de cobranças e contraprestações. Nesse sentido, Duez (1925, p. 617) analisa que “*la responsabilité de la puissance publique vise dont au rétablissement d’un équilibre économique et patrimonial commandé par l’idée d’égalité des citoyens devant les charges publiques, idée incluse dans la conscience juridique moderne*”.

Não basta o serviço ser prestado de maneira defeituosa para configurar responsabilidade administrativa. Deve-se constatar a ocorrência de um serviço mal prestado que tenha gerado prejuízo em grau estimável (DUEZ, 1925, p. 593), sem desconsiderar que não é sempre que a responsabilidade administrativa é puramente objetiva (BAGISNKA, 2005, p. 861).

Neste ponto basilar – da responsabilidade subjetiva eventual da Administração Pública – é que será visto, nos tópicos seguintes, como as atividades das Juntas Comerciais, que ocasionalmente deem ensejo a arquivamento de atos fraudados, não pressupõem que tais órgãos sejam objetivamente responsáveis. Quer dizer: por mais que o serviço possa ter sido prestado de maneira anômala, não há desrespeito ao ordenamento jurídico por parte das Juntas, posto que é justamente o conjunto de normas – que pretendem facilitar e desburocratizar o registro de empresas no Brasil – que dá munção e oportunidade para que ocorram fraudes envolvendo o ingresso indevido de pessoas em quadros societários com fins escusos.

Seria adequado, então, que os órgãos de registro mercantil, por questão normativa, impedidos de adotar procedimentos mais rigorosos para evitar fraudes, fossem diretamente responsabilizados? Antes de se aprofundar na procura de respostas para essa indagação, deve-se ter conhecimento de como as Juntas Comerciais são organizadas e quais suas principais competências e atribuições no Sistema Nacional de Registro Mercantil.

5 DUEZ (1925, p. 592): “*La personne administrative est directement responsable, en tant que gérante du service public*”.

2 ORGANIZAÇÃO, COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES DAS JUNTAS COMERCIAIS

Os serviços relacionados ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, que envolve o registro de documentos empresariais, são realizados pelas Juntas Comerciais, uma em cada unidade federativa. De modo peculiar, quando o corriqueiro é que os órgãos tenham vínculo apenas com um ente da federação, as Juntas Comerciais são órgãos sob mista vinculação federativa. Administrativamente, vinculam-se às organizações estruturais dos Estados. Tecnicamente, seguem as orientações legais e regulamentares da União Federal (art. 6º, Lei nº 8.934/1994). Tanto é assim, que a Constituição Federal (CF) confere à União e aos Estados competência concorrente para legislar sobre juntas comerciais (art. 24, III, CF).

Essa competência legislativa concorrente ocorre, portanto, quanto aos órgãos que cuidam da execução do serviço de registro de empresas. Os Estados e a União, tanto um como o outro, podem legislar sobre o órgão executor dos serviços. As atividades empresariais, entretanto, ocorrem regulamentadas pelo direito comercial, ramo do direito cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, I, CF).

Assim, cabe à União a produção de normas quanto ao direito comercial em relação às matérias nucleares de sua organização. A União tem competência privativa, por exemplo, para legislar sobre princípios do direito comercial, conceituação de empresa, fatos jurídicos empresariais, sociedades, obrigações dos empresários, direito comercial marítimo e, do mesmo modo, processo empresarial⁶. Os Estados não possuem essa liberdade. Ao legislar sobre Juntas Comerciais, os Estados estão limitados a disporem, por exemplo, quanto à quantidade de vogais, à organização interna e criação de unidades descentralizadas.

As Juntas Comerciais, pela vinculação administrativa aos Estados, podem ser organizadas sob diferentes formatos, como órgãos subordinados diretamente à administração direta ou como autarquias. Prevalece a organização sob o formato de autarquia⁷, como as Juntas Comerciais dos Estados do Ceará, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Assim, como integrantes da administração indireta, contam com certo grau de autonomia financeira e organizacional para a prestação de seus serviços, embora ainda sejam consideradas vinculadas à administração direta, principalmente para fins de controle finalístico de suas atividades⁸.

Portanto, amparadas por legislação federal e estadual, as Juntas Comerciais registram e

6 Estes exemplos, para fins de ilustração, foram retirados da estrutura proposta no PLS nº 487/2013, que trata do novo Código Comercial.

7 Sobre o conceito de autarquia, Meireles (1962, p. 19): “As autarquias são órgãos autônomos da Administração, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas”.

8 MEIRELES (1962, p. 21): “Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica de autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque se isto ocorresse anularia o seu caráter autárquico. Há, por parte do Estado, simples tutela administrativa, expressa no poder de controle finalístico do serviço autárquico”.

tornam públicos atos como constituição, alteração e extinção de tipos jurídicos como sociedades limitadas, sociedades anônimas, cooperativas, empresários individuais e empresas individuais de responsabilidade limitada.

Importa destacar que o Código Civil prevê outros tipos jurídicos para o exercício da empresa, como a sociedade em conta de participação (art. 991), sociedade em nome coletivo (art. 1.039), sociedade em comandita simples (art. 1.045) e a sociedade em comandita por ações (art. 1.090). No entanto, são tipos societários com pouca utilização e com baixa demanda para arquivamento de atos⁹. São muitos os tipos jurídicos por qual a empresa, visto como atividade econômica, pode se manifestar. Assim, a partir de então, para fins de simplificação, este trabalho passa a entender como “registro de empresas” ou “registro mercantil” todos os atos cujos tipos jurídicos estejam legalmente obrigados a registro nas Juntas Comerciais.

Assim, os empreendedores, no trato corriqueiro de certas atividades, como o tipo de sociedade a constituir, a eventual necessidade de pedido de recuperação judicial e a possibilidade de organização societária, seguem dispositivos legislados pela União. E, embora previsto constitucionalmente, a permissão legislativa para os Estados atuarem perante as Juntas Comerciais, como já antevisto, é limitada a sua forma de organização administrativa. Nas atividades das Juntas Comerciais, que são órgãos administrativamente estaduais, deve-se seguir a orientação de normas federais sobre direito comercial. A seguir, será visto que tipos de atividades específicas o ordenamento jurídico destina às Juntas Comerciais.

2.1 Arquivamento de atos de constituição, alteração, dissolução e extinção de empresas

As principais finalidades do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (art. 1º, Lei nº 8.934/1994) são: a) dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei; b) cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes; e c) proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.

Para cumprir as finalidades acima, o art. 32 da Lei nº 8.934/1994, confere às Juntas Comerciais, como componentes executoras do registro mercantil, três principais atribuições, às quais, de modo geral, compõem os atos de “registro”. Portanto, o registro mercantil, de modo peculiar, compreende: a) matrícula e seu cancelamento de leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais; b) arquivamento de documentos de firmas individuais e sociedades mercantis e cooperativas; e c) autenticação de

9 Conferir, por exemplo, relatório estatístico de 2018 da Junta Comercial do Estado do Paraná, onde, no referido ano, houve arquivamento de apenas 47 atos de constituição de tipos jurídicos que não fossem empresário individual, EIRELI, limitada, sociedade anônima ou cooperativa. Disponível em: <http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/publicacoes/relatorios/rel_ag_2018.pdf>. Acesso em 29 dez. 2018. Da mesma forma, a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais registrou apenas 113 atos de constituição de outros tipos jurídicos em 2018 (sem dados de dezembro). Disponível em: <<https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas+estatisticas-2018>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

instrumentos de escrituração de empresas mercantis e de agentes auxiliares do comércio.

Além dos serviços previstos no art. 32, o art. 8º da Lei nº 8.934/1994 engloba também como atribuições das Juntas Comerciais atividades de cunho mais interno e administrativo, como a elaboração de tabela de preços, elaboração de regimentos internos e de resoluções de caráter administrativo e o assentamento de usos e práticas mercantis. Mas tais atividades são pontuais e, apesar de impactarem no dia-a-dia do funcionamento dessas autarquias, são periféricas ao que realmente as Juntas Comerciais são incumbidas de cumprir.

De modo notório, infere-se que o registro é a atividade principal desses órgãos. Dentro da atividade de registro, há três ações específicas, quais sejam, matrícula (art. 32, I), arquivamento (art. 32, II) e escrituração (art. 32, III). Dentre os três tipos de registro, o arquivamento é a tarefa mais corriqueira das Juntas Comerciais. Corresponde ao encargo central do Sistema de Registro Mercantil, que é justamente tornar públicos, de acordo com a lei, os atos de empresários, sociedades e cooperativas. O arquivamento de atos nas Juntas Comerciais não confere apenas publicidade, mas também, autenticidade, segurança e eficácia (art. 1º, I).

O arquivamento, portanto, é um tipo específico de ato de registro mercantil a cargo da Junta Comercial. Acontece quando o documento empresarial, para que tenha os efeitos previstos do art. 1º, I, da Lei nº 8.934/1994, é juntado ao cadastro da empresa. A referida lei, que trata do registro mercantil, não detalha especificamente os procedimentos necessários para arquivamento de atos. Mas, para que o arquivamento seja deferido pelas Juntas Comerciais, os documentos devem respeitar orientações formais dispostas em outras leis – como o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas – e em regulamentos.

Complementarmente, as Juntas Comerciais podem adotar certos procedimentos e exigências internas nos processos de arquivamento¹⁰. Mas a regulação principal desse tipo de registro é de responsabilidade legal do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI)¹¹, órgão central do Sistema de Registro Mercantil, com funções de supervisão, orientação, coordenação e normativa na área técnica (art. 3º, I, *a*, Lei nº 8.934/1994). As orientações do DREI são os principais instrumentos de auxílio dos servidores das Juntas Comerciais para a análise de atos postos a arquivamento. Tais orientações circulam principalmente sob a forma de Instruções Normativas (IN). A cada vez que entende necessário unificar, simplificar ou suplementar os procedimentos de registro, de modo que todas as Juntas Comerciais do país atuem de modo mais uníssono possível, sem que haja desrespeito legal, o DREI publica IN's.

Assim é que, com a carência de legislação completa e codificada a respeito do registro de atos empresariais,¹² a execução do arquivamento pelas Juntas Comerciais obedece principalmente

10 Há algumas Juntas Comerciais, por exemplo, em que os processos são físicos. Em outras, os requerimentos podem ser processados apenas por meio digital.

11 Nomenclatura com redação dada pela Medida Provisória nº 861/2018. Pela redação pretérita, era conhecido como Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC). No entanto, antes da MP, mas sem a respectiva mudança na legislação, era intitulado Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), sem a expressão “nacional”.

12 Como exemplo da carência legislativa – ou da falta de certeza sobre o que a lei quer dizer – muito se discutia a

às IN's nº 38 e nº 48 do DREI. Caso assim não fosse orientado pelo DREI, que, como já dito, tem a função legal de prover regulamentações técnicas de alcance nacional em matéria de registro mercantil, não é difícil pensar como haveria prejuízo às atividades empresariais. Basta imaginar que, com 27 Juntas Comerciais dispostas pelo país, todas elas poderiam ter entendimentos divergentes sobre um mesmo fato¹³.

De forma exemplificativa, a Junta Comercial do Estado da Paraíba poderia exigir o reconhecimento de firma em todos os documentos. Enquanto que a Junta Comercial do Mato Grosso poderia dispensar tal formalidade. Um grupo comercial com necessidade de instalar empresas em ambos os Estados não entenderiam o porquê dessa incongruência procedimental entre órgãos que servem a um mesmo propósito e regidos sob uma única legislação técnica¹⁴. Importa salientar que a exigência do reconhecimento de firma será um dos debates a se realizar em momento posterior deste trabalho, quando se discutirá o ingresso no quadro societário de pessoas desprovida de manifestação de vontade adequada.

Percebe-se, assim, que o arquivamento é a função executora das Juntas Comerciais que corresponde à maior parte de suas tarefas. Por tal importância, deve respeitar as formalidades leis e regulamentares. Por mais que se comente que esse respeito pode vir a ser excesso de burocracia, também não se pode cogitar abandonar o registro de informações das empresas ao alvedrio ou às necessidades instantâneas de um livre mercado autossuficiente. Estado e iniciativa privada devem ser aliados e complementares, como indica Cerny (1995, p. 599):

It is mistaken to assume that state structures are overwhelmingly hierarchical and bureaucratic in some inherent way, while economic structures are based essentially on market exchange. On the contrary, both state and economy are complex compounds of market and hierarchy as well as the outcome of the interaction between politics and economics. Evolution of political-economic structures results from the interaction of independent changes along each dimension (market/hierarchy and politics/economics) and from complex feedback effects that occur as the consequence of that interaction.

respeito da possibilidade de pessoa jurídica ser titular de mais de uma EIRELI, tendo em vista que o Código Civil restringia à pessoa natural a uma única participação (art. 980-A, § 2º, do Código Civil). A IN nº 47, de 03 de agosto de 2018, do DREI, interpretando o dispositivo legal, passou a prever que a pessoa jurídica pode vir a figurar em mais de uma EIRELI. Assim, eventuais Juntas Comerciais que adotassem o entendimento no qual pessoa jurídica não poderia ser titular de duas EIRELI's ou mais, com essa normatização técnica do DREI, tiveram que passar a aceitar o arquivamento de pessoas jurídicas figurando em mais de uma EIRELI.

13 Por mais que as IN's do DREI busquem a padronização das análises e procedimentos das Juntas Comerciais, ainda assim ocorre delas divergirem entre si. Muitas vezes, porém, essas divergências são apontadas pelos interessados de forma inadequada. Isso porque, especialmente em Estados com grande concentração de atos submetidos a arquivamento, como São Paulo, o registro ocorre por meio de amostragem, diante da inviabilidade de análise de todos os atos. Daí, eventuais interessados utilizam-se de algum processo arquivado sem a devida análise nesses Estados para, alegando a necessidade de unificação de entendimento de todas as Juntas, exigir o registro do mesmo ato em outro Estado, o qual, por sua vez, por ter menos demanda, é capaz de analisar todos os atos que lhe são submetidos.

14 O caso exemplificado (exigência de reconhecimento de firma), destaca-se, fora recentemente tratado pelo DREI. No ofício circular nº 20/2017, o DREI recomendara (não seria obrigação) a exigência do reconhecimento de firma das partes que não comparecessem pessoalmente ao órgão de registro ou quando não portasse documento de identidade. Empós, foi publicada a Lei nº 13.726, de 09 de outubro de 2018, que dispensou a exigência do reconhecimento de firma nos procedimentos administrativos de todos os entes federativos, almejando a pacificação do tema e refletindo nas atividades do registro mercantil.

A falta de regulamentações, aliás, não deixa de ser uma forma de regulamentar para um lado¹⁵. A segurança jurídica exige a adoção de mecanismos procedimentais que assegurem o atendimento às finalidades do registro mercantil: garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas. O arquivamento de tais atos nas Juntas Comerciais, quando analisados os pormenores relativos a cada ato, é condição para que se presuma a segurança jurídica dos documentos produzidos pelas empresas e que necessitam de chancela pública para a produção de seus efeitos perante terceiros.

Para os fins deste trabalho, é no arquivamento de atos das empresas que ocorrem fraudes quanto ao vício de vontade da pessoa em integrar quadro societário. O indivíduo de má-fé, ao estabelecer a composição do quadro societário, pode inserir alguém de modo não autorizado. O arquivamento do ato fraudado – mas que inicialmente se registra sob a premissas de conformidades – nas Juntas Comerciais, para todos os efeitos, insere a vítima no quadro societário. Cabe ao interessado, depois, arcar com o ônus da prova de que haveria vício de vontade no ato arquivado e pedir sua nulidade. Em momento posterior e nuclear, verificaremos a questão da responsabilidade das Juntas Comerciais quanto a esse aspecto.

2.2 Matrícula de leiloeiros, tradutores e administradores de armazéns-gerais e autenticação de documentos de escrituração

O art. 32 da Lei nº 8.934/1994 também enumera outros atos sujeitos a registro. Apesar de corresponderem a uma fração mínima das funções das Juntas Comerciais, a estas também cabem a promoção do registro da matrícula (art. 32, I) de agentes operadores de atividades não exatamente envolvidas com atos empresariais, como o caso de leiloeiros, tradutores e administradores de armazéns gerais, e o registro da autenticação (art. 32, III) de atos de escrituração dos empresários, este ponto sim mais correlacionado às atividades do registro.

Por ser de baixa demanda e não haver situações que expressem necessidade de fraudar o registro dos agentes do comércio, é quase inexistente a situação de haver matrícula com vício de vontade de leiloeiros, tradutores e administradores de armazéns-gerais. Do mesmo modo, os documentos submetidos à autenticação são de responsabilidade dos seus emissários. As Juntas Comerciais não possuem poderes para adentrarem no mérito das informações contábeis, cujos emissários são os responsáveis pelo que atestam nos documentos submetidos. De modo diferente ocorre no arquivamento, quando a Junta Comercial pode questionar, por exemplo, a duplicidade do nome empresarial escolhido. Dessa forma, apresenta-se como foco investigar as fraudes de vício de vontade que ocorrem no arquivamento (art. 32, II) dos atos mercantis em si.

15 A política de desregulamentação, por exemplo, do mercado financeiro dos Estados Unidos produziu disparidades que, não controladas, acabaram por beneficiar mais um setor do que o outro da população, como exemplifica Streeck (2011, p. 17): “The Clinton policy of fiscal consolidation and economic revitalization through financial deregulation had many beneficiaries. The rich were spared higher taxes, while those among them wise enough to move their interests into the financial sector made huge profits on the ever-more complicated ‘financial services’ which they now had an almost unlimited license to sell”.

3 RESPONSABILIDADE PELA COMPOSIÇÃO DE QUADRO SOCIETÁRIO COM VÍCIO DE VONTADE

A pessoa natural, tem diversos formatos jurídicos como opção para promover formalmente a atividade empresarial, desde que em gozo da capacidade civil e não impedida legalmente (art. 972 do Código Civil). Caso opte por empreender de forma individual, pode se formalizar basicamente por meio três configurações: microempreendedor individual, empresário individual e empresa individual de responsabilidade limitada. Se entender que precisa de parceiros para melhor exercer atividade de produção ou de circulação de bens ou serviços, normalmente ocorre a junção de interesses de diversas pessoas por meio de dois principais tipos: sociedade limitada e sociedade anônima. Ademais, a cooperativa também é um tipo de conglomeração de interesses privados para o alcance de um objetivo comum de modo peculiar (art. 4º, Lei nº 5.764/1971).

O indivíduo, portanto, nem sempre fará parte de um “quadro societário”. Quadro societário é a forma de organização das limitadas, a mais representativa forma de sociedade escolhida para a prestação da atividade econômica por mais de uma pessoa. A sociedade anônima tem quadro de acionistas. Os microempreendedores individuais, os empresários individuais e a empresa individual de responsabilidade limitada, pela característica natural de tais tipos, não demandam organização em quadro societário, visto que atuam singularmente.

No entanto, para os fins deste trabalho, que investiga a responsabilidade das Juntas Comerciais perante o arquivamento de atos que registram determinada pessoa dentro de algum dos tipos jurídicos referenciados acima, prefere-se fazer uso da ilustração de participação indevida em quadro societário, de modo geral e estendido, para se referir a todos os casos em que seja possível a admissão de determinada pessoa, contra sua vontade, em um tipo jurídico cujos atos são arquiváveis nas Juntas Comerciais. Isso tendo em vista que “quadro societário” é uma terminologia de fácil entendimento.

3.1 Exigências para arquivamento de atos nas juntas comerciais e como as fraudes podem ocorrer

Poder-se-ia culpar os tempos atuais de modernização tecnológica e de fácil acesso a dados como responsável pelo uso indevido de informações alheias em órgãos públicos com suposta intenção de simulação – e fraude – de quadros societários. Números de cadastro da pessoa física (CPF) na Receita Federal são costumeiramente informados em diversos bancos de dados¹⁶. Cópias de documentos de identificação e de endereço trafegam entre empresas e órgãos públicos a todo

¹⁶ Objetivando o cuidado com os dados, a Lei nº 13.709/2018 trata de “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. 1º). No entanto, a maioria dos seus dispositivos entrará em vigor apenas em agosto de 2020.

momento. Empregados dão suas informações pessoais aos patrões. A modernização facilita o acesso aos dados¹⁷ de outras pessoas, mas o cotidiano das relações em si também é um agente facilitador.

Como, então, proteger essas informações pessoais para que não sejam utilizados por aproveitadores de má-fé com vistas a, muitas vezes, simular negócios? A resposta não é fácil. No caso dos requerimentos feitos ao Estado, no qual é necessária a entrega de documentos comprobatórios de identidade, endereço, certidões, situação de bens, etc., muitas vezes se pontua que o Estado, ao exigir tanta documentação, pode estar obstaculizando, ou retardando, o exercício de muitas atividades. Entretanto, os documentos servem para a comprovação das situações alegadas e para dar segurança nas relações empresariais consequentes. Assim é que, por exemplo, o condenado por algum crime falimentar tem restrições ao apresentar sua documentação para administrar algum tipo empresarial (art. 1.011, § 1º, Código Civil). Se documentos são de pronto dispensados, a sociedade pode ser prejudicada ao não tomar ciência de que eventual sociedade pode ter, em seu comando, uma pessoa que já levou outra empresa à falência.

Dentre atividades que demandam a entrega de documentos, encontra-se a atividade do registro mercantil que arquiva, para garantir publicidade, eficiência, presunção de validade e de segurança jurídica, os principais atos que tratam da existência, alteração e extinção de empresas.

Os documentos que a Lei impõe que as Juntas Comerciais exijam estão dispostos no art. 37 da Lei nº 8.3934/1994, que são o a) instrumento original de constituição, modificação ou extinção de empresas mercantis, assinado pelo titular, pelos administradores, sócios ou seus procuradores; b) declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade mercantil, em virtude de condenação criminal; c) a ficha cadastral de acordo com o modelo aprovado pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração; d) os comprovantes de pagamento dos preços dos serviços correspondentes; e) a prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil. Ao fim, o parágrafo único do art. 37 determina que nenhum outro documento pode ser exigido pelas Juntas Comerciais.

A fim de completar a lista de documentos que podem ser submetidos ao registro, a referida lei (art. 35) também comporta rol de quais documentos, de forma contrária, mesmo que apresentados, não podem ser arquivados.

Os arts. 35 e 37 da Lei nº 8.3934/1994 compõem, portanto, a base do “check-list” realizado pelas Juntas Comerciais a cada análise de documento mercantil. Se, por exemplo, falta assinatura no contrato social (art. 37, I) ou falta comprovante do pagamento do preço do serviço (art. 37, IV), o documento é posto em exigência para que a ausência seja suprida. Do mesmo modo, não será de imediato aceito documento que conste o nome empresarial em coincidência com outro já existente

¹⁷ Sobre a proteção de dados pessoais, conferir: DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacouridico/article/download/1315/658>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

(art. 35, V) ou que preveja a incorporação de bem imóvel sem a autorização do cônjuge quando necessária (art. 35, VII, *b*).

Para o objetivo deste trabalho, que investiga o caso da participação com vício de vontade em quadro societário, atenta-se para a obrigação legal de as Juntas Comerciais exigirem a prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil (art. 37, V). Exigência que também é justificada pelo art. 40 da mesma lei, o qual determina, no exame das formalidades, que “todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela junta comercial”. Parece óbvia e desnecessária a informação de que os atos devem ser objeto de exame de cumprimento perante a lei. Mas os parágrafos art. 40 indicam como os vícios sanáveis podem ser solucionados e o prazo para o atendimento às exigências postas.

Assim, sempre que há dúvida quanto à identidade dos titulares ou dos administradores da empresa mercantil, o interessado deve ser notificado para o saneamento em trinta dias (art. 40, § 2º). Importa tomar conhecimento, neste ponto, de como a análise da identidade acontece ou deve acontecer no registro mercantil para que se descubra o grau de responsabilidade das Juntas Comerciais no arquivamento de atos contrários à vontade daqueles colocados indevidamente no contrato social ou aditivo de uma empresa, o que será feito a seguir.

Baseando-se na redação do art. 37, da Lei nº 8.934/1994, que obriga que os pedidos de arquivamento sejam instruídos com a “prova de identidade” de titulares e administradores, a IN nº 38/2017 do DREI, no silêncio da Lei de como deveria ocorrer, regula a forma como se pode comprovar a identidade dos interessados. Nos manuais anexos, indica que deve ser exigida cópia autenticada da identidade dos administradores. Por outro lado, silencia quanto à necessidade de cópia autenticada da identidade dos sócios. Na verdade, os sócios não administradores não precisam juntar cópia de seus documentos, basta que constem os dados por escrito no contrato social. Por outro lado, o DREI entende diferente a situação do administrador (seja sócio ou não). Por ser responsável direto pelo funcionamento da atividade empresarial (contrata serviços, emprega funcionários, contrai financiamentos, etc.), a comprovação da identidade do administrador demanda maiores precauções, razão pela qual é exigida cópia autenticada de sua documentação.

A assinatura, no contrato social ou em aditivos, é outro fator que deve ser levado em consideração para a investigação a respeito da responsabilidade pelo ingresso indevido em quadro societário. As Juntas Comerciais não possuem atribuições que a permitam periciar assinaturas. Dessa forma, caso se pretendesse dotar de mais garantia os atos mercantis, seria preciso que as assinaturas dos interessados aparecessem dotadas de reconhecimento de firma elaborado por cartório responsável. Entretanto, isso implicaria em aumento da burocracia na prestação do serviço. Preocupada em não colaborar para essa burocracia, a Lei nº 8.934/1994, neste sentido, expressamente determina em seu art. 63 que “os atos levados a arquivamento nas juntas comerciais são dispensados de reconhecimento de firma”. A única exceção – quando é necessário o reconhecimento de firma – trata-se de procuração.

Percebe-se, dessa forma, que as Juntas Comerciais se encontram impossibilitadas, por ditames legais (arts. 35, 37 e 63 da Lei nº 8.934/1994), de se protegerem de eventuais atitudes defraudadoras. Observe: de posse de dados alheios, um infrator pode inserir indevidamente a pessoa no quadro societário de uma empresa sem, ao menos, apresentar cópia simples da identidade, já que, como visto acima, a única exigência de demonstração de cópia de identidade refere-se a do administrador. Ainda, o infrator pode confeccionar assinaturas em nome do prejudicado, que não podem ser confrontadas de pronto, presumindo-se a veracidade¹⁸.

O fraudador que tenha o interesse de, a título de exemplo, usar um “laranja” para compor o quadro societário de sua empresa não encontra dificuldades legais. Se imaginarmos que as informações pessoais circulam em inúmeros bancos de dados, basta o acesso a um deles para que se recolha as informações que necessitar. O CPF, a identidade, o endereço e a situação marital são dados quase que suficientes para se inserir alguém em um quadro societário, pois a Lei, ao apenas citar que deve ser apresentada “prova de identidade dos titulares” (art. 37, V), desobriga que medidas mais salutares sejam tomadas, como exigir a cópia autenticada de documento de identidade dos titulares. Ainda assim, o malfeitor poderia ter acesso a tais cópias e apresentá-las de qualquer forma. E a assinatura? Bem, também já se demonstrou que é dispensado o reconhecimento de firma, o que alarga a possibilidade de falsificações.

Não se pretende questionar, aqui, o objetivo de desburocratizar o registro mercantil proposto pela Lei. Ambiciona-se expor que, por causa dos benefícios que a Lei tem dado a indivíduos de boa-fé, que tratam diariamente de incrementar a economia, respeitando as regras, a Lei também permite os de má-fé se utilizem das brechas de segurança jurídica – possibilitadas, repete-se, pela própria Lei – para registrar documentos falseados nas Juntas Comerciais. Órgãos tais que, em exigindo mais do que a Lei condiciona, poderiam, além de burocratizar a atividade econômica da sociedade, ser acusados de desrespeito à norma da reserva legal¹⁹.

3.2 Vício de vontade no negócio jurídico quanto à composição do quadro societário

A celebração de um contrato social ou de um aditivo que tenha por finalidade incluir uma pessoa no quadro societário de uma empresa é um negócio jurídico. Isso traz à discussão a questão da vontade preliminar do agente, que é fator primordial para as consequências jurídicas da inserção de alguém no quadro societário. De forma contrária, o contrato social não é um simples

18 O art. 40 e seus parágrafos do Decreto nº 1.800 procuram tratar da questão das assinaturas eventualmente falsificadas. No entanto, apenas recomendam que o documento sob suspeita de fraude seja encaminhado para investigações perante autoridade competente (autoridades policiais e judiciárias), fato o qual não enseja eventual atitude mais ativa dos órgãos de registro mercantil.

19 “De acordo com a regra da reserva legal (em sentido amplo), o Poder Público não pode atuar sem que exista uma norma que o autorize a tanto. Em poucas palavras, esta é a regra do “nada sem lei”. Diferentemente do que ocorre no campo do direito privado, em que reina o princípio da autonomia da vontade (“aos particulares se autoriza tudo o que a lei não veda”), para a Administração Pública uma ação somente é válida quando “fundada” na Constituição, em leis ou em atos normativos expedidos pelos próprios entes estatais”. In MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 23-51, 20 jan. 2014.

ato jurídico, em que o agente apenas se conforma a um suporte fático e deve arcar com as previsões legais previstas para tanto, como, por exemplo, ultrapassar o semáforo vermelho gera resultado não pactuado o agente. Assim, é indicativo estabelecer que, no ato jurídico (em sentido estrito), conforme preleciona Veloso (1985, p.88):

A ação humana ou a manifestação de vontade funciona como mero pressuposto de efeitos preordenados pela lei. Trata-se de caso em que o comportamento ou a vontade concretiza, apenas, o suporte fático necessário para criar o fato, fazê-lo entrar no mundo jurídico. A eficácia dele, porém, é predeterminada na lei. As consequências jurídicas dão-se, necessariamente, sem que a vontade do agente possa modificá-las, ampliá-las, restringi-las ou evitá-las.

Na determinação de um ato jurídico em sentido estrito, como se percebe, a vontade do agente não é elemento formativo dos efeitos impostos pela lei. Ou seja, ele não pode tratar de que forma poderá ser punido caso ultrapasse o sinal vermelho. Uma vez realizado o fato, a lei, de pronto, determina a consequência, sem se importar se a vontade do autor era de poder passar no vermelho, mas pagar menos do que o previsto como multa.

O negócio jurídico, por sua vez, diferencia-se do ato jurídico em sentido estrito por impor à vontade do sujeito um certo grau de liberdade nas consequências de suas ações, desde que dentro de parâmetros legais. Assim, o negócio jurídico tem como fundamento a vontade humana, que, respeitando os limites da ordem legal, cria direitos e obrigações com o fim de atingir objetivos específicos (PEREIRA, 2003, p. 14).

No ordenamento civil, não é à toa que se trata da vontade do agente na parte de negócios jurídicos. O art. 107 do Código Civil reporta que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

A exigência de forma específica ou não proibida em lei – combinada com a exigência do agente capaz e do objeto lícito, possível, determinado ou determinável – é um dos atributos para se garantir a validade do negócio jurídico, conforme o art. 104 do Código Civil.

Em síntese, portanto, entende-se que um documento de inclusão de sócio em uma empresa é um contrato entre partes presumidamente interessadas em tal composição, que o contrato é um tipo de negócio jurídico e que o negócio jurídico, para ser válido²⁰, dentre outras exigências, deve ser confeccionado respeitando forma prescrita ou não proibida em lei. Da mesma forma, a validade de declaração de vontade só depende de forma especial quando a lei expressamente exigir.

A lei determina tanto a forma da declaração da vontade, como a forma que o negócio

20 Quanto aos planos de validade, existência e eficácia dos negócios jurídicos, conferir: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 58, dez. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34869>>. Acesso em: 29 jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v58i0.34869>.

jurídico deve possuir se quiser se revestir de instrumento que possibilite a composição de quadro societário empresarial (ou figura semelhante, como quadro de acionistas, titular de EIRELI, empresário individual, etc.).

A declaração da vontade em fazer parte de uma empresa é perfectibilizada pela presença da assinatura do sócio ou do administrador (art. 37, I, Lei nº 8.934/1994) no contrato (ou requerimento de empresário individual ou estatuto), que se constitui na própria forma prevista em lei para que o negócio jurídico tenha validade (art. 997 do Código Civil).

Uma vez tido que o contrato social (ou aditivo) é condição para a composição de um tipo jurídico empresarial e que deve ter declaração de vontade do interessado, o uso de dados de terceiros e o falseamento de assinaturas são condições que determinam a inexistência do negócio jurídico. Diz-se que é inexistente o negócio uma vez que suprimido elemento essencial: a declaração de vontade hígida. Nesse sentido, Santiago (2013, p. 153) indica que a declaração de vontade se aperfeiçoa, dificultando seu questionamento, quando “a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé”.

A declaração de vontade, mediante artil, na composição do quadro societário, não ostenta nenhuma das características acima. Não decorre de processo voluntário, não foi elaborada com a consciência da pessoa indevidamente inserida, muito menos o prejudicado teve condições de deliberar livremente e ostenta evidente má-fé do fraudador, o qual, por alguma razão, será beneficiado com a manipulação de vontade.

Portanto, uma vez ciente de que seu nome tem sido utilizado sem sua autorização para assumir obrigações contratuais advindas de um negócio jurídico do qual sua vontade não participara, nada mais apropriado do que a elaboração do pedido de declaração de inexistência de ato por parte do lesado. Comprovada a falsidade e imposto que se altere o registro mercantil para que se retire o prejudicado do quadro societário, a quem, dessa forma, deve ser imposta a responsabilidade pelo uso indevido de dados e por eventuais danos morais e também materiais? É sobre o que trataremos no próximo ponto.

3.3 A QUEM CABE A RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DE VONTADE?

Foi visto que a responsabilidade civil (art. 927 do Código Civil) demanda que o ato ilícito deve ser reparado a quem, por sua causa, tenha sofrido dano. No caso da Administração Pública, seus atos devem ser responsabilizados na medida em que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º, CF).

Se, então, a Administração Pública comete um dano, ela deve responder por ele por ter o risco da prestação do serviço. No entanto, nem toda ação anormal decorrente do risco pressupõe

dano imediato ou a necessária conexão entre dano e poder público. Isso porque, mesmo na responsabilidade objetiva, há de se investigar a extensão e as causas originárias do ato. Ponto este sobre o qual se manifesta Carrá (2004, p. 75):

Além disso, o risco, fundado na ideia de reparação devida apenas porque algo foi efetuado de modo anormal, também não escapa da suposição de que sua configuração subjaz, em última análise, no estudo intelectual de tal anormalidade em consonância com a previsibilidade ordinária da ação (ou omissão, sendo a hipótese) praticada.

No caso da prestação do serviço de registro de empresas a cargo das Juntas Comerciais, a ação de inserir indevidamente titulares ou administradores em quadro societário não corresponde a um risco assumido por tais órgãos. É um ato criminoso de pessoas de má-fé, cujas garantias legais antiburocracia facilitam seu cometimento, de uma forma que as Juntas Comerciais não chegam sequer a ter mecanismos para evitá-lo, posto que nem mesmo são obrigadas a requisitar documentos com autenticação e devem dispensar o reconhecimento de firma das assinaturas. Decisão singular já foi tomada neste sentido:

Logo, como salientou a parte promovida (Junta Comercial do Estado do Ceará), não podem, pois, as Juntas Comerciais, interferir na vontade dos sócios e ditá-lhes exigências que não sejam aquelas da lei. Inclua-se neste momento de apreciação da matéria, que **o funcionário não pode exigir o reconhecimento de firma dos documentos** a serem arquivados, posto que ao contrário, “chocar-se-ia” com o disposto no artigo 63 da Lei n.º 8.934/1994. (Processo nº:0132596-10.2017.8.06.0001, 11ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza/CE, Juiz de Direito Carlos Rogério Facundo, sentença assinada em 17/10/2017 – grifo nosso).

Na verdade, por aplicação analógica, a inserção indevida no quadro societário sem manifestação de vontade muito mais se assemelha a uma questão relacionada ao caso fortuito (art. 393 do Código Civil). Muito embora o caso fortuito seja uma excludente de cumprimento das obrigações inadimplidas, pode-se cogitá-lo aplicá-lo também em matérias de responsabilidade. Uma vez que caso fortuito pressupõe imprevisibilidade (BOLAÑOS, 2014, p. 86), não há como supor que as Juntas Comerciais, embora diligentes, sejam totalmente preparadas para preverem a possibilidade de fraudes em todos os milhares de documentos que analisam por dia, sob pena de congestionamento e má eficiência do serviço público.

No caso em tela, as Juntas Comerciais, pelo princípio da reserva legal, são impedidas de exigir garantias além das já existentes na Lei, que, por sua vez, demonstram-se insuficientes. Tanto que não são raros os casos de fraudes na inserção indevida de titulares em quadro societário. Se as Juntas Comerciais não dispõem de mecanismos hábeis para evitar tais fraudes, ainda assim, quando elas ocorressem, seria inadequado propor sua responsabilização, posto que a Junta Comercial

apenas é incumbida da análise formal da documentação apresentada:

APELAÇÃO. Pretensão visando o cancelamento de registro de empresa aberta irregularmente e indenização por dano moral. Alegação de negligência da JUCESP por ter permitido a abertura de firma individual em nome do autor. **INOCORRÊNCIA. A JUNTA COMERCIAL É RESPONSÁVEL APENAS PELA ANÁLISE FORMAL DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA**, quando da abertura de firma individual, de acordo com as normas. (Processo TJ-SP - APL: 00447743920128260053 SP 0044774-39.2012.8.26.0053, Relator: Vera Angrisani, Data de Julgamento: 03/12/2013, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/12/2013 – grifo nosso)

Os infratores, disfarçadamente, utilizam-se do princípio da veracidade, para o qual as informações prestadas pelos empresários são presumidas genuínas até que se prove o contrário, para a prática de fraudes. E assim acontece não por ato comissivo das Juntas Comerciais (que registrariam conscientemente as fraudes) ou por ato omissivo (falhariam no dever de fiscalização), mas por atos de terceiros, que devem ser os verdadeiros responsabilizados, como aponta a seguinte decisão:

[...] Esse egrégio Regional já decidiu, em hipótese semelhante, que: “Muito embora sejam inegáveis os danos causados à honra, imagem e a vida privada da parte autora, a prova dos autos demonstra que não foram os réus que os provocaram. A União não deu causa à fraude perpetrada em desfavor da requerente, tendo apenas agido dentro da legalidade e com base nas informações registradas na **Junta Comercial. Esta, por sua vez, foi induzida a erro por terceiros, que lhe apresentaram documentação aparentemente idôneas para o registro de firma mercantil, a qual, na verdade, era falsa**” (Quarta Turma, REO 565745/RN, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, unânime, DJE: 12/12/2013 - Página 516). VIII. Na hipótese, entende-se que a JUCESP foi também vítima da fraudadora/ré Antonieta dos Santos Fortes, devendo ser **excluída da condenação pelos danos morais**. (Processo AC 200685000036323 AC - Apelação Cível - 535365 Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho TRF5 Segunda Turma DJE - Data::25/02/2016 - Página::148 Decisão UNÂNIME – grifo nosso).

Quando a este último ponto, é notório que as Juntas Comerciais não dispõem de atribuições de fiscalização da fidedignidade dos dados apresentados, como no caso de registro de balanços e livros diários – o órgão não tem poder de questionar o mérito dos cálculos e apurações ali contidos. Como seria possível, assim, impor responsabilização direta a alguém que, legalmente, deve não agir para garantir a segurança de informações por razão da burocracia que demandaria adotar tais procedimentos, o que, prejudicaria, por conseguinte, o andamento da maioria dos atos empresariais que nada mais atestam do que a real intenção dos subscritores?

O que se percebe é que a responsabilização das Juntas Comerciais somente pode ocorrer por meio da comprovação de dolo ou culpa na prestação de seus serviços. Expandir o entendimento de que as Juntas Comerciais devem ser responsabilizadas por todas as fraudes perpetradas por terceiros de má-fé, quando a própria Lei a dispensa de adotar maiores medidas de antifraude, corresponderia a ampliar injustificadamente a responsabilidade da Administração Pública (ARAGÃO, 2004, p. 272) e desgastar as finanças públicas de modo que a prestação de outros serviços seja prejudicada por conta do aporte que seria necessário para realizar o pagamento de indenizações aos prejudicados em todos os casos de fraude.

O responsável pelos danos decorrentes desse tipo de fraude é o terceiro infrator, o qual, por alguma ocasião, ao ter acesso a dados de outrem, assim atuou em seu benefício. O terceiro infrator prejudica não apenas aquela pessoa indevidamente incluída no quadro societário. A própria Junta Comercial também é vítima de fraude, pois é levada a erro pela apresentação de documentos presumidamente idôneos, uma vez que se parte do pressuposto que os dados são verdadeiros (princípio da veracidade²¹, que decorre da boa-fé das partes).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Juntas Comerciais, por mais que se classifiquem como entes da Administração Pública, não são responsáveis objetivamente pelo ato de fraude decorrente da inclusão, com vício de vontade, de determinado sujeito em uma composição empresarial. As atribuições e competências delegadas pelo ordenamento jurídico impõem a tais órgãos um verdadeiro dever de não agir em relação à adoção de mecanismos procedimentais que poderiam dificultar a atuação do infrator. O registro mercantil, da forma como organizado e regulado, guia-se pelo princípio da veracidade das informações prestadas pelo interessado, sob o objetivo de desburocratizar o serviço, podendo assim contribuir para acelerar – ou, pelo menos – não retardar o desenvolvimento de atividades econômicas empresariais que necessitam ter alguns de seus principais atos arquivados para fins de produção de efeitos e de publicidade.

A capacidade das Juntas Comerciais para identificar fraudes é limitado por lei. Sendo assim, deve-se entender que as fraudes envolvendo ingresso indevido de sócios, com vício na declaração de vontade, presumem-se decorrentes de caso fortuito, o que leva ao afastamento da responsabilidade. Por outro lado, caso demonstrado dolo ou culpa direta das Juntas Comerciais, a estas cabem responder pelos danos causados na proporção de seus atos, figurando-se a excepcional aplicação da responsabilidade subjetiva da Administração Pública.

Em geral, portanto, não se pode cogitar que as Juntas Comerciais sejam responsabilizadas por atos de terceiros. Nem mesmo é admissível que procedimentos mais rigorosos de verificação de dados sejam adotados de maneira unilateral por tais órgãos sob a necessidade de se protegerem das

21 Sobre o conceito de veracidade para Kant, conferir: GRÜNEWALD, Bernhard. Veracidade, direito e mentira. Trad. Geraldo Miniuci. Revista Studia Kantiana, v. 6, n. 6/7, p. 180-192, 2008.

condenações por ilícitos que não deram causa. Isso porque o registro de empresas não deve servir como entrave para as atividades empresariais de modo que as dificulte. Quanto menos o empresário gasta com burocracia, mais ele pode se dedicar ao âmago dos seus empreendimentos e, assim gerar emprego, renda e arrecadação tributária. A burocracia, apesar de necessária em grau mínimo, não pode dificultar o registro dos atos empresariais, sob risco de prejudicar toda a sociedade. A responsabilidade direta por fraudes envolvendo ingresso indevido no quadro societário cabe, dessa forma, ao terceiro infrator, o qual, por meio da facilidade de acesso a informações pessoais, utiliza-se de má-fé para ferir a higidez do registro mercantil, que por sua vez, deve continuar prezando pela simplificação de seus procedimentos de modo que prejudique o menos possível as atividades da maioria dos empresários, que atuam de boa-fé no arquivamento de seus dados perante as Juntas Comerciais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p. 263-274, abr. 2004.

BAGINSKA, Ewa. **State Liability in a Comparative Perspective**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 81, p. 851-864, 2005.

BOLAÑOS, Jiménez. **Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual**. Universidad de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, v. 123, p. 69-98, set-dez. 2010.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Aspectos das Modalidades Subjetiva e Objetiva no Sistema Atual de Responsabilidade Civil Brasileiro**. Revista Jurídica da UNI7, v.1, 2004, p. 53-80.

CERNY, Philip G. (1995). **Globalization and the changing logic of collective action**. International Organization, 49, pp 595-625

DARI-MATTIACCI, Giuseppe. **Negative Liability**. Journal of Legal Studies, vol. 38, n. 1, jan. 2009: p. 21-60.

DUEZ, Paul. **Developpement Jurisprudenciel de la Responsabilite de la Puissance Publique**. Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence 45: p. 588-620, 1925.

FARIA, Edimur Ferreira de; MARIANO, Raphael David Duarte. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais**. Rev. de Pol. Judic., Gest. e Adm. da Jus. Minas Gerais, v.1, n.2, p. 106-133, Jul/Dez. 2015.

GRÜNEWALD, Bernward. **Veracidade, direito e mentira**. Trad. Geraldo Miniuci. Revista Studia Kantiana, v. 6, n. 6/7, p. 180-192, 2008.

MAGUIRE, John M. **State Liability for Tort**. Harvard Law Review vol. 30, n.1, p. 20-38, 1916-1917.

MARKBY, William. **Elements of Law Considered with Reference to Principles of General Jurisprudence**. Oxford, Clarendon Press. 1889.

MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 23-51, 20 jan. 2014

MEREILES, Hely Lopes. **Autarquias e entidades paraestatais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 68, p. 17-49, mai. 1962. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/22985/21745>>. Acesso em: 29 Dez. 2018.

MOURA, Bruno. **A responsabilidade civil contratual do Estado e demais entidades públicas no exercício da função administrativa: uma breve análise do regime português**. Revista Scientia Iuris, Londrina, v.18, n.2, p.125-144, dez.2014 Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/17046/15390>>. Acesso em 05 fev. 2019.

MUKAI, Toshio. **Responsabilidade civil objetiva por dano ambiental com base no risco criado**. Revista de Direito Administrativo 229 (2002): 253-258. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46443/45188>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Responsabilidade Civil do Estado: Reflexões a partir do direito fundamental à boa Administração Pública**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan-Jul 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PUEBLA, Iracema Gálvez. **El daño como elemento fundamental para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito**. Revista de la Facultad de Derecho. N° 36, Montevideo, Jan/Jun 2014, pp. 43-65. Disponível em: <<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/244>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SALMOND, John William. **Jurisprudence**. London, Sweet & Maxwell. 1924.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 58, dez. 2013.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto E; DADALTO, Lucas Dutra. **Responsabilização na lei anticorrupção: natureza e amplitude subjetiva**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 17, n. 25, p. 81-106, mai./ago. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/2233/793>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. **O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 91-106, jan. 2000. ISSN

2238-5177.

STREECK, Wolfgang. **The crises of democratic capitalism**. New left review 71, pp. 5-29, 2011.

VELOSO, Zeno. **Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico**. Revista de Informação Legislativa do Senado. Brasília, a. 32, n 125, jan/mar 1995.

Como citar: CARNEIRO, João Lucas Arcanjo; ALBUQUERQUE, Renata Lima. A irresponsabilidade legal da administração pública: o caso da fraude envolvendo vício de vontade na composição do quadro societário perante as juntas comerciais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 83-106, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p83. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 08/04/2019

Aprovado em: 27/09/2019

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS:
ANÁLISE DE JULGADOS DO TJRJ ENTRE 2014 E 2016**

THE SOCIAL FUNCTION OF BUSINESS CONTRACTS: ANALYSIS
OF THE TJRJ JURISPRUDENCE FROM 2014 TO 2016

Natália de Moura Soares*
Leonardo da Silva Sant'Anna**

*Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Especialização em Direito Corporativo em 2013 pelo Grupo IBMEC
Graduada em Direito em 2010 pela Universidade Federal Fluminense - UFF
Email: nataliademourasoares@hotmail.com

**Doutorado em Saúde Pública em 2013 pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ
Mestrado em Direito em 2002 pela Universidade Gama Filho – UFG
Especialização em Planejamento, Implementação e Gestão da EAD em 2015 pela Universidade Federal Fluminense – UFF
Graduação em Direito em 1997 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
Email: lsantanna44@gmail.com

Como Citar: SOARES, NATÁLIA DE MOURA. SANT'ANNA, LEONARDO DA SILVA. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE DE JULGADOS DO TJRJ ENTRE 2014 E 2016. *Scientia Iuris*, Londrina, v.23, n.3, p. 107-124, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p107. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente trabalho relata a aplicação do princípio da função social do contrato a contratos empresariais pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). O objetivo foi analisar, à luz da legislação e da doutrina brasileiras a respeito do tema, se o princípio tem sido invocado adequadamente pelo referido tribunal. Para tanto, utilizou-se como metodologia a análise de casos concretos julgados pelo TJRJ nos anos de 2014 a 2016 selecionados conforme divisão realizada pelo Grupo de Pesquisa sobre a Função Social do Contrato realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), os quais foram classificados conforme a utilização do princípio em suas respectivas fundamentações. Como resultado, apurou-se que em apenas uma significativa minoria dos julgados, o princípio da função social do contrato empresarial foi utilizado com função argumentativa. A conclusão deste trabalho é que a definição do alcance do princípio da função social do contrato e as suas formas concretas de aplicação, inclusive no que diz respeito especificamente ao contrato empresarial, ainda precisam ser adequadamente assimiladas pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Função social. Contrato empresarial. TJRJ.

ABSTRACT: This paper reports on the application of the principle of the social function of the contract to business contracts by the jurisprudence of the Court of Justice of Rio de Janeiro (TJRJ).

The objective was to analyze, in light of the Brazilian legislation and doctrine on the subject, if the principle has been properly invoked by the mentioned court. For that, the methodology used was the analysis of concrete cases judged by the TJRJ from 2014 to 2016 selected in accordance to the Division carried out by the Research Group on the Social Function of the Contract in the Post Graduation Program in Law of the University of The State of Rio de Janeiro (UERJ), which were classified according to the use of the principle in their respective reasonings. As a result, it was found that in only a significant minority of the cases, the principle of the social function of the business contract was used with an argumentative function. The conclusion of this work is that the definition of the scope of the principle of the social function of the contract and its concrete forms of application, and also with regard specifically to the business contract, still need to be adequately assimilated by the Judiciary.

Keywords: Social function. Business contract. TJRJ.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como ponto de partida a pesquisa realizada pelo Grupo de Pesquisa sobre a *Função Social do Contrato* no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, selecionando-se os julgados que tiveram como objeto a análise de contratos empresariais. Do total de 654 julgados pelas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) entre os anos de 2014 a 2016 que contiveram, em suas respectivas ementas, a expressão “função social do contrato”, 58 trataram de contratos de natureza empresarial.

O Grupo de Pesquisa identificou que a grande maioria (50) destes julgados protege o interesse dos próprios contratantes, sendo apenas 6 casos voltados à tutela de interesses da coletividade e 2 à proteção de interesses de terceiros. Quanto à autonomia, somente em 7 casos, a função social aparece como fundamento suficiente por si só, enquanto em 30, a fundamentação foi feita com base em regra legal, em 13, em outro princípio e, em 8, em regra contratual. A fragilidade da aplicação do princípio da função social também se demonstra na medida em que a grande maioria dos julgados o utiliza atrelado a outros princípios – mormente, boa-fé, equilíbrio e vulnerabilidade. Também, somente em 15 dos julgados analisados verificou-se fundamentação argumentativa, sendo a função social meramente mencionada na fundamentação de 37 casos e constando apenas na ementa de outros 6.

Estes números demonstram a dificuldade do Judiciário em assimilar apropriadamente a extensão do conceito de função social do contrato. Para o estudo ora apresentado, a pesquisa feita pelo Grupo foi delimitada, voltando-se, especificamente à análise dos casos que versaram sobre a função social de contratos empresariais, sendo encontrado o mesmo problema em parte destes julgados. Dedicou-se a presente pesquisa, portanto, ao problema identificado a partir da experiência do Grupo de Pesquisa mencionado, correspondente à impropriedade na utilização do princípio da função social do contrato empresarial pela jurisprudência selecionada do TJRJ.

O instituto da função social se destina à tutela de interesses de terceiros, submetendo o exercício dos direitos individuais ao bem da coletividade, em decorrência do movimento de funcionalização do direito privado (PERLINGIERI, 2002). Desta forma, no caso dos contratos, a sua função social está condicionada à realização de interesses extracontratuais e, no caso da empresa, àqueles dos *stakeholders* que a cercam enquanto centro de imputação de interesses (incluindo sócios minoritários, fornecedores, trabalhadores, o Fisco, consumidores, meio ambiente etc).

O fato de a maior parte dos julgados analisados tutelar interesses dos próprios contratantes e ter fundamentação superficial revela que a dificuldade da aplicação da função social do contrato (empresarial) tem origem na falta de concretude dos dispositivos legais que o introduzem ao ordenamento pátrio, cláusulas gerais que necessitam ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais orientadores da atividade econômica. Neste sentido, serão enquadradas a função social do contrato e da empresa no direito brasileiro, para, em seguida, tratar-se do conceito de contratos empresariais. Tratam-se das aplicações da função social da empresa enquanto justificadora

da preservação da empresa e também como condicionadora do seu exercício.

Por fim, serão tecidos comentários pontuais sobre julgados selecionados da pesquisa realizada pelo Grupo, a fim de contribuir para a aplicação do instituto. Os julgados abordados pontualmente são aqueles com relação aos quais o Grupo de Pesquisa identificou a proteção de interesses de terceiros ou da coletividade por parte dos magistrados, que totalizam 8 casos, sendo que 6 destas decisões ocorreram em 2014, 1 em 2015 e 1 em 2016.

Assim, o presente trabalho teve como metodologia a análise de uma parte selecionada do material coletado e criticado pelo Grupo de Pesquisa acerca da produção do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 2014 a 2016, consistente em julgados cujas ementas contivessem o termo “função social do contrato”. Deste total, dedica-se apenas àqueles que trataram de contratos empresariais. A partir deste recorte, foi analisada a doutrina constitucionalista, comercialista e civilista e voltada à ordem econômica, à função social do contrato e da empresa e também aos contratos empresariais, a fim de verificar a sua orientação a respeito da aplicação do princípio da função social nos contratos empresariais. À luz de tais ensinamentos, consultamos o direito brasileiro positivado na Constituição Federal de 1988, o Código Civil, a Lei nº 6.404/1976 (“Lei das S/A”), além do Projeto de Lei nº 1.572/2011 (Projeto de Código Comercial), em tramitação na Câmara dos Deputados (2011).

Feita esta análise, passa-se a comentar como o princípio da função social – especificamente abordada, no presente artigo, sob o enfoque da empresa e dos contratos empresariais – tem sido aplicado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos últimos anos. Conclui-se que o princípio tem sido majoritariamente aplicado sem a profundidade merecida, com muitos casos de mera menção em suporte a outros princípios (na maioria dos casos, a boa-fé). Além disso, a função social da empresa e do contrato tem sido apontada em casos que tratam de contratos empresariais para proteger os interesses dos próprios contratantes, o que demonstra certo desvirtuamento de seu propósito, que é o de tutelar os interesses de terceiros e da coletividade. Ao final, comenta-se pontualmente alguns dos julgados selecionados a fim de, despretensiosamente, contribuir para o enriquecimento da aplicação da função social dos contratos empresariais.

1 A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A mitigação dos interesses individuais tutelados pelo direito privado é decorrência do fenômeno conhecido como “*funcionalização* das estruturas jurídicas, processo que atinge todos os fatos jurídicos” (TEPEDINO, 2008) após distorções causadas pela organização da sociedade em obediência ao ideário liberal no contexto do desenvolvimento tecnológico experimentado, principalmente, com a Revolução Industrial. Diante da constatação de que a sociedade ficara privada de grande parte dos benefícios decorrentes de tal desenvolvimento – em razão da tendência ao acúmulo de riquezas e concentração de mercado por parte de quem os detinha – o Estado precisou intervir no direito privado, passando-se a exigir o respeito à dignidade da pessoa humana em detrimento da intangibilidade da autonomia da vontade, até então tida como dogma (PEREZ:

2008, p. 198).

Conforme Perlingieri (2002, p. 106-107), há dois aspectos a serem considerados com respeito às situações subjetivas: o funcional e o normativo ou regulamentar. “O primeiro é particularmente importante para [...] a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. [...] No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade.”

Seguindo a referida lição, Tepedino (2008) ensina que os poderes atribuídos aos titulares de direitos subjetivos dependem da função desempenhada pela respectiva situação jurídica. Assim, será legítima a tutela dos interesses privados que, além de viabilizar a “expressão da liberdade individual”, também atenda aos “interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).” (PEREZ, 2008, p. 6-7).

Enquanto instituto limitador da autonomia da vontade, restringindo direitos individuais em detrimento de um interesse coletivo ou de terceiros, a função social se coloca como gênero do qual são espécies a função social do contrato e a função social da propriedade, inserindo-se, nesta última, a função social da empresa. O exercício, tanto do contrato como da propriedade – abrangida a dos meios de produção, nela também compreendida a do controle societário – está condicionado à promoção de interesses superiores aos interesses individuais das partes contratantes ou dos proprietários.

1.1 Breves considerações sobre a função social do contrato no ordenamento brasileiro

Neste contexto de *funcionalização* do direito privado, a autonomia privada passa a ter “a função promocional de interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual em questão.” (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 60).

Em 1998, já ensinava Azevedo (1998) que, em torno da autonomia da vontade, passaram a gravitar três *novos* princípios, a saber: o da boa fé objetiva (que impõe deveres anexos aos contratantes desde a fase pré à pós-contratual), o equilíbrio econômico do contrato (que leva à identificação das figuras da lesão e da onerosidade excessiva) e o princípio da função social do contrato, que foi assim por ele definido:

[...] trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas [...]. A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa imposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 116).

Ao comentar as inovações trazidas ao ordenamento pátrio pelo Código Civil de 2002, Timm (2008, p. 1) sustenta que o art. 421¹ veicula a cláusula mais controvertida do novo diploma. O autor critica o entendimento esposado pela maioria da doutrina brasileira segundo o qual a função social do contrato seria uma manifestação da publicização do direito privado, o que conduziria à interpretação discricionária dos contratos pelos magistrados, levando à aplicação da função social em prol da parte contratante mais fraca (TIMM, 2008, p. 14). Segundo ele, o princípio seria melhor aplicado através de uma análise econômica do Direito, que enxergasse a coletividade na totalidade de pessoas efetiva ou potencialmente atingidas pela relação contratual, e não na parte mais fraca do contrato, a fim de gerar “menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.” (TIMM, 2008, p. 17).

1.2 A função social da empresa no ordenamento brasileiro

Em sua interpretação e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988, Grau (2017) ensina que a *propriedade* prevista no texto constitucional² constitui-se de um “conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens” (GRAU, 2017, p. 234), podendo esta ser dotada de *função individual* ou *social*³. O elemento distintivo de uma ou outra espécie de propriedade é, para o autor, o seu fundamento justificador. Em sua lição, o que justifica a propriedade com função social são os seus *fins* (GRAU, 2017, p. 236) ou a sua *função*, também compreendida como um *poder-dever* que afeta a empresa ao atingimento da respectiva *função social*.

Assim é que a função social da propriedade encontra previsão, como um dos princípios da ordem econômica, no inciso III do art. 170⁴ da Constituição de 1988⁵. Grau (2017) ensina, ainda, que além de afetar a propriedade privada dos bens de produção pela sua função social, a inclusão da *função social da propriedade* dentre os princípios da ordem econômica acaba por “subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.” (GRAU, 2017, p. 244).

1 “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

2 Art. 5º, caput e inciso XXII e art. 170, inciso III.

3 Para Eros Roberto Grau (2017, p. 232-233), a propriedade tida como instrumento de subsistência do indivíduo e de sua família tem função individual, sendo os seus abusos coibidos pelo poder de polícia estatal. Distinta desta propriedade é aquela incidente sobre os bens de produção, à “qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário”, que, por sua vez, correspondem à função social da propriedade. Grau esclarece, ainda, que o excesso da propriedade com função individual também pode ser afetada pela função social.

4 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

5 “A *propriedade-função social*, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III.” (GRAU, 2017, p. 244).

O ordenamento jurídico atualmente vigente não dispõe expressamente sobre o princípio da *função social da empresa*. Todavia, a doutrina reconhece a sua existência. Neste sentido, segundo Martins-Costa (2005, p. 41), inexistem dúvidas quanto às suas bases constitucional (art. 5º, XXIII e art. 170, III) e sistemática – considerando, quanto a esta última, que a regulação da atividade empresarial estaria estruturada, no Código Civil, na intercalação entre os princípios da função social do contrato e o da propriedade.” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41).

Seguindo esta linha de raciocínio, é importante considerarmos o conceito de função social da empresa trazido por Frazão (2011, p. 198), como o “princípio que orienta a atividade empresarial à realização da justiça social.”

Segundo Caminha e Lima Neto (2007), os direitos dos sócios – enquanto proprietários de participação societária – estão submetidos ao inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que “dispõe de maneira inequívoca que o direito de propriedade não pode ser exercido de forma irrestrita, mas sim atendendo a sua função social”(CAMINHA; LIMA NETO, 2007, p. 122), reforçando a autora, em seguida, que a função social é um dos princípios informadores da ordem econômica, na forma do art. 170, inciso III da CF. E prossegue:

Consequência dessas disposições, o domínio sobre bens de produção, inclusive aqueles organizados para o exercício da empresa, está submetido a interesses maiores do que os de seus titulares. A participação societária, assim, deve também atender a sua função social, dirigindo a empresa no sentido de gerar empregos, tributos, contratos e bens de consumo de qualidade, sem causar prejuízos ao meio ambiente (CAMINHA; LIMA NETO, 2007, p. 122).

Ainda no que tange à ordem econômica, ensina Coelho (2012, p. 50) que “ao nível da legislação ordinária, o direito complementa tais pressupostos constitucionais, procurando garantir a livre iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal.”

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S/A”), em duas oportunidades se remete ao termo “função social” (da companhia). Segundo Ana Frazão (2011, p. 259), os artigos 116, parágrafo único⁶ e 154⁷ da Lei das S/A contêm “cláusulas gerais que condicionam o poder de

6 “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

7 “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia. § 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis

gestão, seja o controle, seja a administração, à função social da empresa.”

O Código Civil de 2002, que revogou a Parte Primeira do Código Comercial de 1850⁸, somente se refere à “função social” do contrato (arts. 421⁹ e 2.035, parágrafo único¹⁰) e da propriedade (art. 2.035, parágrafo único), omitindo-se quanto à função social da empresa, o que foi alvo de crítica por Bulgarelli (1995)¹¹ desde a tramitação do Projeto de Lei nº 634/1975, que lhe deu origem.

A redação original do Projeto de Código Comercial (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), em trâmite na Câmara dos Deputados desde a sua apresentação pelo Deputado Vicente Cândido em 2011, contém seis menções ao termo “função social” da empresa: No inciso III do art. 4^o¹², a *função social da empresa* aparece como princípio geral informador das disposições do Código ao lado da liberdade de iniciativa e da liberdade de competição; o art. 7^o¹³ aponta parâmetros de identificação do cumprimento da *função social da empresa*; o art. 316¹⁴ condiciona o contrato empresarial ao cumprimento da sua *função social*, cuja definição se encontra, *a contrario sensu*, no parágrafo único do mesmo dispositivo; o art. 155¹⁵ condiciona o exercício do direito de voto pelo acionista à *função social da empresa*; o art. 317¹⁶ dispõe sobre a possibilidade de anulação judicial do negócio jurídico com base no descumprimento da *função social*; e o art. 600¹⁷ menciona a *função social* como um dos objetivos a serem perseguidos na recuperação judicial da empresa.

Isto ilustra a preocupação, no Projeto, com a definição de parâmetros balizadores do alcance da função social da empresa, o que seria necessário ao aumento de segurança jurídica no setor produtivo, segundo o seu relator-geral¹⁸.

Esta é, de fato, uma grande dificuldade enfrentada pelo Judiciário, sobre quem tem recaído o dever de fixar no que consiste a função social desta ou daquela empresa. A prevalecerem opiniões pessoais de um ou de outro magistrado, a autonomia privada corre grave risco de ser indevidamente

em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.”

8 Deixando em vigor apenas a Parte Segunda, dedicada ao Comércio Marítimo.

9 “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

10 “Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

11 “A ausência de qualquer referência à função social do empresário ou da empresa contrasta com a orientação geral do Projeto [...] e com o próprio direito vigente, em que se encontra essa expressão na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5^o) e na Lei das Sociedades por Ações” (BULGARELLI, 1995, p. 203).

12 “Art. 4^o. São princípios gerais informadores das disposições deste Código: I – Liberdade de iniciativa; II – Liberdade de competição; e III – Função social da empresa.”

13 “Art. 7^o. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.”

14 “Art. 316. O contrato empresarial deve cumprir sua função social. Parágrafo único. O contrato empresarial não cumpre a função social quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo.”

15 “Art. 155. O acionista deve exercer o direito de voto, em assembleia geral, de modo compatível com a função social da empresa e com vistas à realização do objeto da sociedade anônima.”

16 “Art. 317. O Ministério Público e os demais legitimados podem pleitear a anulação do negócio jurídico, provando o descumprimento da função social. [...]”

17 “Art. 600. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da atividade empresarial, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

18 O Projeto recebeu 224 emendas e o primeiro relatório foi apresentado pelo seu relator-geral, Deputado Paes Landim, em 29/02/2016, encontrando-se disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1437525&filename=PRL+1+PL157211+%3D%3E+PL+1572/2011.

mitigada. Ao mesmo tempo, entendimentos mais rasos, que, por exemplo, considerem função social sinônimo de boa fé, banalizam e esvaziam o instituto e o seu potencial benéfico a toda coletividade, causando a perda de sua efetividade (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 60).

2.2.1 Aplicações da função social da empresa

A fim de delimitar o alcance do instituto, é importante identificarmos de que maneira a doutrina tem se posicionado quanto à sua aplicação. O princípio da função social da empresa tem sido utilizado, ao menos, com dois sentidos distintos (PEREZ, 2008, p. 206). Mais comumente, aparece relacionado ao *princípio da preservação da empresa*, com grande incidência em casos de possível dissolução da sociedade, hipótese em que a função social é utilizada para tutelar os outros interesses que não os dos sócios, inerentes à atividade empresarial.

Ainda nesta primeira aplicação, a função social da preservação da empresa também é comumente aludida em situação de crise econômico-financeira, sendo interessante à coletividade a tentativa de recuperação do empreendimento, tendo em vista que:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como também para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação das atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou até mesmo, nacional (COELHO, 2012, p. 58).

De aplicação mais complexa, a função social também pode ser utilizada como justificadora do condicionamento do exercício da empresa, impondo condutas ativas por parte do controlador ou administrador do negócio¹⁹. Sustentando que, devido à “sua importância econômica” enquanto “unidade de produção da economia moderna”, a empresa “ascendeu a um significado político e social”, Lamy Filho (1992, P. 58) pontua o seguinte:

[...] decisões tão abrangentes (na pequena, média ou grande empresa, nesta especialmente) e de que depende a vida, e a realização de tantas pessoas, e o desenvolvimento econômico em geral, são tomadas pelos administradores da empresa – que exercem, assim, um poder da mais relevante expressão, não só econômica como política e social, e o das mais fundas consequências na vida moderna. A existência desse poder empresarial, de tão extraordinário relevo na sociedade moderna, importa – tem de importar – necessariamente em responsabilidade social. Este é o preço – dizia Ferdinand Stone – que a empresa moderna terá que pagar em contrapartida ao poder que detém.

19 “Talvez como fruto da imprecisão do conceito reinante na doutrina brasileira, o tema permanece envolto em questionamentos e encontra, ainda, dificuldades em sua aplicação.” (PEREZ, 2008, p. 208).

Assim, tem-se que a perseguição do lucro – objetivo de organizações empresariais – será legítima quando orientada pelos princípios informadores da ordem econômica, insculpidos no art. 170 da Constituição Federal. A função social da empresa, deste modo, serve como baliza à atividade empresarial, que deverá respeitar a concorrência, os consumidores, o meio ambiente, os seus trabalhadores. Verifica-se, portanto, que as decisões inerentes à condução do negócio devem ser tomadas considerando-se o impacto causado em toda a comunidade em torno da empresa, já que “a liberdade econômica não é absoluta” (RÊGO; RÊGO, 2002, p. 120).

Isso não importa concluir, todavia, que o princípio da função social da empresa deva ser utilizado “como forma de transferir ao empresário o *mínus* do Poder Público” (PEREZ, 2008, p. 210), o que seria uma distorção de seu conceito. O empresário permanece legitimamente orientado pelo alcance do lucro em sua atividade, mas deve respeitar os interesses protegidos pela ordem econômica para tal fim. Não se trata de obrigá-lo a agir com beneficência, mas com ética, na condução de suas atividades.

3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Para tratarmos da função social dos contratos empresariais, é preciso, em primeiro lugar, conceituar o contrato empresarial, o que se faz em consideração, inicialmente, dos seus contratantes. Na condução de suas atividades, a empresa participa de uma série de negócios jurídicos, contratando com diferentes perfis de contratantes, gerando contratos regulados por distintos campos do Direito. Assim, ao celebrar contrato de trabalho com seu empregado, a empresa deverá observar a legislação trabalhista, ao vender um produto ou serviço por ela fornecidos ao consumidor final, precisará atender à legislação consumerista e assim por diante.

Neste aspecto, Forgioni (2016, p. 23) ensina que “[a] empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações.” A autora explica que, atualmente, para a maior parte da doutrina, os contratos empresariais são distinguidos entre os celebrados com empresas e os celebrados entre empresas, esclarecendo que os contratos a que se refere em sua obra são “aqueles em que ambos [ou todos] os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro” (FORGIONI, 2016, p. 27-28). Sendo assim, os contratos empresariais são aqueles celebrados *entre* empresas.

Feita a definição, passa a autora à *função* do contrato empresarial, que conclui que “o fim imediato das contratações é a satisfação das necessidades econômicas das empresas, enquanto que o escopo máximo delas é sempre o lucro”:

Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade de um ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados (FORGIONI, 2016, p. 38-39).

Nota-se, desta forma, que os contratos empresariais viabilizam tanto o exercício das atividades de uma empresa, como a sua preservação, servindo como instrumento de alcance das duas aplicações da *função social da empresa* apontadas pela doutrina.

Daí porque, em última análise, a *função social dos contratos empresariais* é alcançada na medida em que tais contratos respeitem os interesses de terceiros²⁰ e da coletividade²¹ ao impulsionar a atividade econômica privada na busca pela obtenção de lucro.

4 ANÁLISE DE JULGADOS SELECIONADOS

À luz dos ensinamentos doutrinários expostos, passamos à análise pontual de alguns dos julgados selecionados pelo Grupo de Pesquisa que tiveram como objeto contratos empresariais.

Como já introduzido, a pesquisa revelou maioria significativa de julgados em que o princípio da função social do contrato foi utilizado para tutelar os interesses dos próprios contratantes²². A título exemplificativo, um dos casos analisados tratou de conflito decorrente do descumprimento do Memorando de Entendimentos (MOU) celebrado entre empreendedores para formalizar as bases da futura criação de sociedades numa estrutura empresarial (Apelação Cível nº 0201683-32.2013.8.19.0001²³). Além de utilizar a *função social do contrato* para justificar a proteção de interesses individuais das partes, o julgado revelou ainda outras recorrentes práticas pelos magistrados, quais sejam: a utilização do princípio da função social do contrato em mera menção na ementa – sem que o seu conceito seja destrinchado e o seu alcance definido na fundamentação decisão – e como sinônimo ou consequência da boa-fé objetiva, como se a função

20 Como “terceiros”, consideramos aqui os sujeitos individualizados afetados pela atividade empresarial.

21 Já o conceito de “coletividade” engloba trabalhadores, consumidores, fornecedores, investidores e demais grupos que venham a ser afetados pela atividade empresarial, mesmo que, eventualmente, inexista vínculo ou relação direta com a empresa, a exemplo de consequências ambientais ou econômicas que advenham da atividade realizada pela empresa.

22 Dos 58 julgados analisados neste trabalho, 50 deles foram considerados pelo Grupo de Trabalho como voltados à proteção dos interesses dos contratantes.

23 TJRJ, Nona Câmara Cível. Decisão Monocrática na Apelação Cível nº 0201683-32.2013.8.19.0001. Relator: Desembargador Carlos Azevedo de Araújo. Julgamento em 27 de maio de 2014. “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATORIA. SUMÁRIO. ASSINATURA DE MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS (MOU) PARA FUTURA CRIAÇÃO DE DUAS EMPRESAS COM OS SEGUINTE RAMOS DE ATUAÇÃO: CONSULTORIA PARA CONTRATAÇÃO DE EXECUTIVOS E PLATAFORMA ONLINE DE RECURSOS HUMANOS. TAL DOCUMENTO TEVE COMO OBJETIVO A REGULAÇÃO DOS TERMOS E CONDIÇÕES PARA A VIABILIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA OPERAÇÃO DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO DE EXECUTIVOS NO BRASIL, CONHECIDA COMO EXECUTIVE SEARCHING, QUE SERIA OPERACIONALIZADA ATRAVÉS DE UMA ESTRUTURA SOCIETÁRIA COMPOSTA DE ATÉ 3 (TRÊS) SOCIEDADES A SEREM CONSTITUÍDAS ENTRE A AUTORA, O RÉU E OUTROS SÓCIOS. POSTERIORMENTE FOI ACORDADO ENTRE AS PARTES QUE O REFERIDO MEMORANDO SERIA DESFEITO SOB ALGUMAS CONDIÇÕES. PROVA DOS AUTOS DE QUE AMBAS AS PARTES NÃO CUMPRIRAM COM O MENCIONADO ACORDO, DEIXANDO O RÉU DE ASSINAR O TERMO. PUGNA O AUTOR PELA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POR FALTA DE CUMPRIMENTO DO ACORDO DE DESFAZIMENTO DO - MOU - POR AMBAS AS PARTES. APELAÇÃO DO AUTOR SOB A FUNDAMENTAÇÃO DE QUE A PARTE QUE LHE CABIA FOI CUMPRIDA, COM A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DEVE SER RESPEITADA, DEVENDO OS CONTRATANTES SE OBRIGAR A GUARDAR, NÃO SÓ NA EXECUÇÃO, MAS TAMBÉM NA CONCLUSÃO DO CONTRATO E APÓS SUA DESCONSTITUIÇÃO, OS PRINCÍPIOS DA PROIBIDADE E BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS QUE LHE CABERIA DIANTE DO ARTIGO 333, I, DO CPC. PRECLUSÃO TEMPORAL QUE SE IMPÕE PELA NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS A COMPROVAR A TESE AUTORAL. RECURSO A QUE SE NEGÁ SEGUIMENTO NOS TERMOS DO ART.557, CAPUT DO CPC. (RIO DE JANEIRO, 2014b).

social do contrato, por si só, não fosse suficientemente dotada de significado e aplicabilidade prática.

O Acórdão na Apelação Cível nº 0009408-39.2012.8.19.0212²⁴ contém decisão sobre contrato de locação comercial (espécie que também foi o objeto de diversos outros julgados selecionados analisados no desenvolvimento deste trabalho). Embora a menção à *função social da empresa* tenha aparecido como fundamento para a continuidade das atividades empresariais – assim, em aplicação alinhada ao que discorreremos ao longo deste artigo – a sua extensão também não foi adequadamente explorada, aparecendo como mera menção na fundamentação da decisão.

A despeito de tais imprecisões, observou-se, embora numa minoria dos julgados, a preocupação com a tutela do interesse de terceiros diretamente atingidos pelos efeitos produzidos pelos contratos empresariais levados ao exame do Poder Judiciário, e também da coletividade. Neste último grupo, foram selecionados julgados em que o princípio da *função social do contrato empresarial* foi utilizado para a proteção de interesses difusos, pertencentes a pessoas que não têm relação direta com as empresas contratantes, mas que são indiretamente afetadas pelas suas atividades.

No primeiro grupo – ou seja, compreendendo os julgados que protegeram interesses de terceiros à relação contratual – encontram-se a Apelação julgada nos autos do processo nº 0006757-47.2006.8.19.0211²⁵ e o Agravo de Instrumento nº 0023087-92.2014.8.19.0000²⁶. Nos dois casos,

24 TJRJ, Primeira Câmara Cível. Acórdão na Apelação Cível nº 0009408-39.2012.8.19.0212. Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere. Julgamento em 10 de outubro de 2014. “Ação Renovatória - Locação Comercial - Pleito do locador de retomada do imóvel para uso próprio - Ausência de prova mínima da sinceridade do pedido - Função social do contrato, proteção ao fundo de comércio e princípio da continuidade da empresa que devem ser observados. Renovação que tem respaldo nos artigos 51 e 71 da Lei nº 8.245/91 - Sentença correta - Desprovemento do recurso.”

25 TJRJ, Segunda Câmara Cível. Acórdão na Apelação Cível nº 0006757-47.2006.8.19.0211. Relator: Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior. Julgamento em 12 de março de 2014. APELAÇÃO. “Embargos de terceiro. O maquinário sequestrado é objeto de contrato de compra e venda de equipamentos industriais e outras avenças, celebrado entre as apeladas e a fabricante, havendo sido pago mais de 70% do preço. Impressora oferecida à apelante pelo fabricante. Àquela incumbia sindicá-la acerca não só do objeto, como, também, do negócio jurídico pendente anterior, mormente quando, como alega, este não se havia concretizado por falta de pagamento. Princípio da relatividade que conhece mitigação em razão da função social do contrato. A eficácia externa dos contratos (efeitos transsubjetivos) obriga o terceiro a não praticar atos que venham a frustrar a execução e a manutenção de convenções alheias, que sejam de seu conhecimento. Inobservância dos deveres de boa-fé objetiva, lealdade e probidade, não se havendo de cogitar de proteção à posse, que desde a constrição se ressentia da ausência de boa-fé objetiva. Recurso a que se nega provimento.”

26 TJRJ, Décima Terceira Câmara Cível. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0023087-92.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Gabriel Zefiro. Julgamento em 11 de junho de 2014. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER, AJUIZADA PELA CLÍNICA DE ONCOLOGIA CONVENIADA EM FACE DA UNIMED. DECISÃO QUE, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, MODIFICA DECISUM ANTERIOR E DETERMINA, EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, A PERMANÊNCIA DA PARTE AUTORA NO ROL DE CREDENCIADOS APENAS PARA QUE DÊ CONTINUIDADE AOS TRATAMENTOS JÁ INICIADOS. NECESSIDADE DE REFORMA. NÃO OBSTANTE A POSSIBILIDADE DE RESILIÇÃO UNILATERAL PREVISTA EXPRESSAMENTE NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES, COM ESCOPO NO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA (ART. 473 DO CC), O CASO CONCRETO É PECULIAR, O QUE JUSTIFICA O DIRIGISMO ESTATAL DE MODO A HARMONIZAR A LIBERDADE PARTICULAR COM OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. INCIDÊNCIA AO CASO DO IDEAL DE JUSTIÇA E PRINCÍPIO DE EQUIDADE CORRETIVA, NOTADAMENTE PORQUE A HIPÓTESE ENVOLVE DIREITO À VIDA E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE, CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO CONTRATO PELO PRAZO DE 01 ANO, A FIM DE POSSIBILITAR A ADAPTAÇÃO DA AGRAVADA E DE SEUS PACIENTES À NOVA REALIDADE, PRINCIPALMENTE PORQUE A AGRAVANTE É RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO DE PACIENTES PORTADORES DE PATOLOGIA GRAVE (CÂNCER). NECESSIDADE DE ZELAR PELA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, SOB PENA DE PROVOCAR DESALINHOS NA CADEIA PRODUTIVA, EM DETRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 170, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO AO CASO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, COROLÁRIO DA LIVRE INICIATIVA (ART. 170, CAPUT, E 170, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA CRFB).

o princípio teve função argumentativa na fundamentação da decisão.

O primeiro tratou de embargos de terceiros opostos diante do sequestro de maquinário objeto de contrato de compra e venda de equipamentos industriais, celebrado entre as apeladas e a fabricante. A Segunda Câmara Cível entendeu que o princípio da relatividade pode ser mitigado em razão da função social do contrato, e que “a eficácia externa dos contratos (efeitos transsubjetivos) obriga o terceiro a não praticar atos que venham a frustrar a execução e a manutenção de convenções alheias, que sejam de seu conhecimento”²⁷.

No segundo julgado mencionado, a Décima Terceira Câmara Cível do TJRJ privilegiou o direito à saúde de pacientes atendidos por clínica oncológica conveniada à Unimed. Com base na correta aplicação da função social do contrato empresarial – neste caso, amparada na continuidade da atividade empresarial com relação aos pacientes atingidos pelo descredenciamento da clínica –, deferiu-se o pedido de manutenção do contrato pelo prazo de um ano, “a fim de que não só a agravada, mas também todos os pacientes por ela atendidos, possam se adequar à nova realidade.”²⁸.

No grupo de julgados dedicados à proteção de interesses de um grupo maior de pessoas – formadores, portanto, de uma coletividade não individualizável – o Grupo de Pesquisa identificou 6 julgados. Na metade deles, a *função social do contrato* foi manejada como mera menção na fundamentação da decisão. Trataremos deste subgrupo em primeiro lugar, para, em seguida, tratar dos que abordaram o princípio com função argumentativa na fundamentação da decisão.

Os três casos que privilegiaram interesses da coletividade, com mera menção à função social do contrato foram julgados pela Décima Sétima Câmara Cível do TJRJ em 2014. O primeiro caso²⁹ trata de apelação contra sentença que julgou procedente ação declaratória de resolução do contrato lastreada no seu inadimplemento, condenando a ré ao pagamento de cláusula penal estipulada contratualmente. Observa-se, neste caso, referência ao conteúdo do art. 421 do Código Civil desacompanhada da pertinente exploração do conceito da função social do contrato (empresarial)³⁰. Os dois outros casos, de relatoria do mesmo Desembargador e julgados na mesma data³¹, tratam de contrato de plano de saúde coletivo e aplicam a boa-fé objetiva para afastar comportamento contraditório, mencionando a *função social do contrato* como sua decorrência.

Finalmente, passa-se à análise dos julgados que protegeram os interesses da coletividade

PROVA DOS AUTOS A CORROBORAR QUE NÃO HOUE CIÊNCIA DOS CONSUMIDORES A RESPEITO DO DESCREDENCIAMENTO, COMO MANDA O ART. 17, §1º, DA LEI 9.656/98. DESIMPORTANTE QUE A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE TENHA DELIBERADO QUANTO A NÃO APLICAÇÃO DA ALUDIDA REGRA AOS PLANOS DE SAÚDE, PORQUANTO O PODER JUDICIÁRIO NÃO SE VINCULA A TAL DELIBERAÇÃO, CONFORME ART. 5º, XXXV, DA CRFB. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA NOTIFICAÇÃO DE RESILIÇÃO UNILATERAL POR PARTE DA AGRAVANTE QUE SE IMPÕE, PELO PRAZO DE UM ANO, A PARTIR DA DENÚNCIA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, PARA ESSA FINALIDADE.”

27 Acórdão na Apelação Cível nº 0006757-47.2006.8.19.0211, cit.

28 Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0023087-92.2014.8.19.0000.

29 TJRJ, Décima Sétima Câmara Cível. Decisão Monocrática na Apelação nº 0107919-94.2010.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. Julgamento em 07 de outubro de 2014.

30 “[...] 2. Merece ser afastada a alegação de incompatibilidade entre os objetos do contrato, bem como a de ilicitude, por suposta violação à ordem econômica e financeira. O art. 421 do CC prevê a liberdade de contratar, desde que exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Portanto, o fato de o negócio celebrado não estar expressamente previsto como modalidade no Código Civil não o torna ilícito ou com objetos incompatíveis. [...]”

31 TJRJ, Décima Sétima Câmara Cível. Acórdãos nas Apelações nº 0149169-15.2007.8.19.0001 e 0209615-81.2007.8.19.0001. Relator: Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Julgamentos em 24 de setembro de 2014.

e utilizaram a *função social do contrato (empresarial)* com função argumentativa em suas fundamentações.

No primeiro caso³², a função social do contrato apareceu como o principal argumento da decisão, que, como forma de assegurar a segurança da população afetada pelo contrato de locação de área destinada ao estacionamento do Jockey Club Brasileiro (que era o locador), determinou a imediata imissão na posse do imóvel, em razão de descumprimento contratual por parte do locatário do espaço (que não teria providenciado as autorizações e licenças de funcionamento do estacionamento), que levou a Secretaria Municipal de Fazenda do Rio de Janeiro a interditá-lo. A decisão considerou que a função social do imóvel não estava sendo observada em razão da falta de manutenção e da insegurança que se instaurou no local após o seu abandono, tendo sido registrado, inclusive, um caso de estupro.

No acórdão analisado em seguida³³, a Décima Sétima Câmara Cível do TJRJ decidiu, por maioria – vencida a relatora –, em sentido semelhante ao já relatado no início deste tópico. Tratou o caso de manutenção do credenciamento de clínica oncológica à Unimed por período superior ao inicialmente fixado em primeira instância. Os magistrados entenderam que o princípio da autonomia da vontade deveria ser balizado pela função social do contrato.

Por fim, o Grupo de Pesquisa identificou a presença da tutela do interesse da coletividade em observância à função social do contrato no julgamento de apelação em ação que objetivou a extinção do contrato de compartilhamento da infraestrutura de postes, em razão de suposto inadimplemento contratual³⁴. A Câmara entendeu que a interrupção abrupta de serviços a diversos

32 TJRJ, Sexta Câmara Cível. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0034409-12.2014.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira. Julgamento em 10 de dezembro de 2014. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMISSÃO NA POSSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO. LIMINAR INDEFERIDA. REFORMA QUE SE IMPÕE. Descumprimento do contrato de locação ao não providenciar as competentes autorizações e licenças para o funcionamento do estacionamento que há no Jockey Club Brasileiro, o que ensejou a interdição do mesmo pela Secretaria Municipal de Fazenda. Falta de manutenção. Abandono do local. Insegurança. Função social do contrato e do imóvel que não está sendo observada. Estacionamento, localizado em bairro nobre do Rio de Janeiro, onde é notória a falta de vagas para automóveis. Notícia da ocorrência do crime de estupro no local. Provimento do recurso, por maioria de votos, com a imediata imissão na posse do agravante no imóvel locado.”

33 TJRJ, Décima Sétima Câmara Cível. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0050782-84.2015.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Flávia Romano Rezende. Julgamento em 07 de outubro de 2015. “ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. UNIMED E CREDENCIADA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ONCOLOGIA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. PRAZO PARA O DISTRATO QUE DEVE OBSERVAR O FATO DE QUE A AGRAVADA PRESTAVA SERVIÇOS HÁ MAIS DE 20 ANOS. OBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. - Segundo doutrina especializada, a função econômica-social do contrato foi reconhecida como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil. - Ainda que o mercado sinalize para eventual verticalização na prestação dos serviços oncológicos, não parece de todo razoável o prazo exíguo de 30 (trinta) dias para se resiliir o contrato, sobretudo por tratar-se de relação que vige há 20 (vinte) anos ininterruptos. - Provimento parcial do recurso para ampliar o prazo de descredenciamento de 30 (trinta) dias para 60 (sessenta) dias.”

34 TJRJ, Décima Sétima Câmara Cível. Acórdão na Apelação nº 0048861-58.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga, Julgamento em 08 de junho de 2016. APELAÇÃO CÍVEL. AMPLA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPARTILHAMENTO DA INFRAESTRUTURA DE POSTES. AMPLIAÇÃO DA REDE UTILIZADA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO QUE SE JUSTIFICA. 1- A sociedade autora faz uso da infraestrutura de postes da concessionária ré, para a prestação de seu serviço, com base em previsão legal e contrato firmado entre as partes, mas alega que a concessionária ré vem ameaçando privar-lhe do uso em virtude da discussão a respeito dos valores a serem pagos pela expansão da rede. 2- O ponto controverso, devolvido pela ré em seu recurso, diz respeito à possibilidade de o contrato ser mantido, a despeito de a autora ter ampliado sua utilização da rede sem aumento dos valores a serem pagos. Sustenta a concessionária recorrente que, dos 100 postes originais, agora são utilizados 2537 e que não foram cumpridas pela autora as formalidades acordadas contratualmente para envio de solicitação de autorização para expansão de sua estrutura na rede. 3- A

usuários desrespeitaria a função social do contrato, justificando, assim, a manutenção do contrato. Ainda, registrou que a discussão acerca da necessidade de revisão contratual estaria sendo feita em outra demanda.

Desta análise, notamos que embora o princípio da função social do contrato (neste caso, empresarial) seja frequentemente utilizado pela jurisprudência do TJRJ dos últimos anos, a maioria de suas menções não está acompanhada do significado adequado que deve ser dado ao instituto, à luz da doutrina exposta. Nota-se, portanto, uma utilização majoritariamente a técnica do princípio. Todavia, os julgados selecionados e acima expostos, que fazem referência à função social do contrato empresarial como forma de justificar a consideração de interesses de terceiros e da coletividade, demonstram o seu uso adequado por alguns órgãos julgadores.

CONCLUSÃO

O princípio da função social tem o intuito de mitigar a autonomia privada conferida aos titulares de determinados direitos – a propriedade e aqueles que lhes são conferidos por sua situação de contratantes – diante da constatação de que o exercício destas situações causam impactos extracontratuais. Trata-se do fenômeno da *funcionalização* do direito privado, mediante a interferência do Estado na propriedade e no contrato, a fim de evitar excessos e distorções decorrentes do extremo liberalismo.

A função social encontra fundamento no inciso III do art. 170 da Constituição Federal, que expõe os princípios da ordem econômica, dentre os quais, o da função social da propriedade. Diante disso, temos que o contrato e a propriedade privada – inclusive a propriedade dos meios de produção, logo, a “propriedade da empresa” – merecem tutela pelo ordenamento brasileiro enquanto respeitarem a sua função, o seu papel na ordem econômica e os demais princípios e valores previstos no art. 170 da Constituição. A empresa, assim, deve atuar – através dos contratos – em respeito à livre concorrência, aos direitos de seus trabalhadores e consumidores, ao meio ambiente, e aos interesses de toda a comunidade atingida pelas suas atividades.

Em sede infraconstitucional, a função social do contrato está prevista no art. 421 do Código Civil, que não faz menção à função social da empresa, somente à da propriedade (parágrafo único do art. 2.035). A LSA contém previsões expressas no parágrafo único do art. 116 e no art. 154,

exceção de contrato não cumprido, bem como a resolução extrajudicial, como é cediço, permitem que o contratante, vítima de inadimplemento, deixe de cumprir com sua parte no acordo diante do descumprimento da prestação que lhe era devida, em razão da reciprocidade existente entre elas. Sua utilização, todavia, deve revestir-se de parcimônia e excepcionalidade, já que configuram mecanismos de autotutela. Entendo que, no caso em exame, faltam requisitos à possibilidade de sua invocação. 4- Em primeiro lugar, é questionável que tenha a sociedade autora descumprido o contrato pelo simples fato de ter ampliado a utilização da rede da concessionária ré, eis que continua cumprindo suas prestações conforme avençado. O simples fato de, alegadamente, não ter atendido aos requisitos formais não justifica a medida radical de suspensão ou extinção dos efeitos do acordo. Da mesma forma, eventual revisão do valor a pagar está sendo discutida em sede própria. 5- Em segundo lugar, a retirada abrupta dos cabos de telecomunicações da autora geraria a interrupção do serviço para diversos usuários, dentre eles a prefeitura de Rio das Ostras e Casimiro de Abreu. Como bem destacado pelo juízo a quo, a função social do contrato impõe que se leve em consideração interesses coletivos juridicamente relevantes na tutela da execução do contrato. Dessa forma, considerando o número de pessoas que podem ser atingidas e o grave dano que pode ser gerado, caso a ré retire os cabos de rede da autora de seus postes, entendo dever ser afastada a possibilidade de rompimento imediato do contrato, cabível somente discutir sua revisão em sede própria. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

que, respectivamente, impõem o respeito à função social da empresa pelos controladores e pelos administradores da companhia.

Registrou-se neste estudo a preocupação com a segurança jurídica tendo em vista a aplicação desorientada deste conceito geral através da inclusão, no Projeto de Código Comercial, de dispositivos balizadores da extensão da função social da empresa e do contrato empresarial, a fim de conferir maior estabilidade à economia.

A doutrina reconhece a existência de duas aplicações principais à função social da empresa, estando a primeira relacionada à preservação da empresa e à continuidade de suas atividades, enquanto a segunda a coloca como balizadora da atuação dos controladores e administradores. Ambas levam em conta o impacto da empresa em terceiros e na coletividade, e a consequente necessidade de observância dos interesses destes *stakeholders* nas decisões empresariais, inclusive diante de seu possível encerramento.

Em seguida, demonstrou-se a importância central do contrato na vida da empresa, que só existe enquanto agente econômico, ou seja, por meio de suas relações contratuais. Tais contratos podem ser celebrados com diversos perfis de contratantes, sendo o objeto do presente estudo os contratos empresariais, definidos como aqueles celebrados *entre empresas* (agentes voltados ao lucro).

Sendo a finalidade primeira da empresa o alcance do lucro, o contrato empresarial não poderia deixar de visar tal objetivo. Porém, o lucro deve ser perseguido respeitando-se a coletividade afetada pelo exercício das atividades empresariais, impondo-se as limitações necessárias à tutela de tais interesses. Conclui-se, então, que o contrato empresarial atinge a sua função social na medida em que, respeitando os interesses de terceiros e da coletividade ao seu redor, serve de instrumento para que a empresa alcance o lucro.

Passando à análise da produção jurisprudencial do TJRJ nos anos de 2014 a 2016 quanto ao tema, notou-se que, na maioria dos julgados, o termo “função social do contrato” foi utilizado com mera menção na fundamentação e, muitas vezes, como sinônimo de boa-fé ou de outro princípio, o que poderia levar à conclusão de que ela própria não carrega consigo significado suficientemente robusto. Também se destacou que grande parte dos julgados veiculou a “função social do contrato” (empresarial) a fim de conferir proteção aos interesses dos próprios contratantes, desvirtuando-se do contexto doutrinário apresentado.

Não são estes os entendimentos que devem prevalecer, contudo. Sinal disso é a existência de julgados que utilizaram a função social para tutelar os interesses de terceiros e da coletividade afetada pela relação contratual empresarial. Neles, notou-se a correta aplicação do princípio como limitador da autonomia das partes em detrimento dos interesses de pessoas relacionadas com a sociedade ou mesmo de uma gama muito mais abrangente de interessados, que sequer podem ser individualizados.

Feitos estes apontamentos, conclui-se que o conceito da função social do contrato empresarial ainda precisa ser corretamente assimilado pelo Poder Judiciário a fim de que passe a ser apropriadamente aplicado enquanto princípio autônomo ao da boa-fé e carregado de

significado próprio, voltado à proteção de interesses extracontratuais. Isto para evitarem-se dois efeitos indesejados, quais sejam: a perda da efetividade do princípio e a indevida interferência do Poder Judiciário sobre a autonomia privada. Tal tarefa pode ser favorecida através de contribuições doutrinárias dedicadas à definição do alcance do princípio e às suas formas concretas de aplicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1572/2011**. Institui o Código Comercial. Brasília: Palácio do Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884> . Acesso em 29 jun. 2017.

CAMINHA, Uinie; LIMA NETO, Luís Bezerra. A resolução do vínculo societário por iniciativa do sócio: direito de recesso e função social da empresa. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 12, p. 120-127, mar. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **RDA** nº 190, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf . Acesso em 22 set. 2017.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa: Uma proposta de sistematização do conceito. *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (org.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197-221.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÊGO, Werson Franco Pereira; RÊGO, Oswaldo Luiz Franco. O código de defesa do consumidor e o direito econômico. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 116-131, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-405.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 945, p. 59-72, jul. 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

Como Citar: SOARES, NATÁLIA DE MOURA. SANT'ANNA, LEONARDO DA SILVA. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: ANÁLISE DE JULGADOS DO TJRJ ENTRE 2014 E 2016. **Scientia Iuris**, Londrina, v.23, n.3, p. 107-124, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p107. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 25/04/2019

Aprovado em: 28/08/2019

**ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA:
REFLEXÕES SOBRE VULNERABILIDADE E JUSTIÇA DO
TRABALHO**

ACCESS TO JUSTICE AND THE LABOR LAW REFORM:
REFLECTIONS ON VULNERABILITY IN THE LABOR COURT

Ana Luisa Souza Correia de Melo Palmisciano*
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva **

* Doutoranda na Universidade
Universidade Federal do Rio de
Janeiro (UFRJ/RJ)
Graduada em Direito em 2001
pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro (PUC/
Rio)
Mestrado em Ciência Política
Universidade Federal do Rio de
Janeiro (UFRJ/RJ)

**Doutora em Direito em 2017
pela Universidade Federal do Rio
de Janeiro (UFRJ)
Mestre em Ciência Jurídicas em
1996 pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro (PUC/
Rio)
Graduada em Ciências Jurídicas
e Sociais em 1996 pela
Universidade Federal do Rio de
Janeiro (UFRJ)

Como citar: PALMISCIANO, Ana Luisa Souza Correia de Melo; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Acesso à justiça diante da reforma trabalhista: reflexões sobre vulnerabilidade e justiça do trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23 n. 3, p. 125-145, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p125. ISSN: 2178-8189

Resumo: A Reforma Trabalhista alterou profundamente as regras de acessibilidade à Justiça do Trabalho. O artigo problematiza tais mudanças sob a perspectiva das teorias de *acesso à justiça*, examinando os diferenciais estratégicos de atuação que existem entre *litigantes habituais e eventuais*, as especificidades da discussão sobre a *judicialização das relações sociais e de classe*, e o papel da Justiça do Trabalho, instituição integrante de um sistema voltado para a desmercantilização do trabalho humano. Para tanto, apresenta as alterações introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 e que se relacionam com o processo do trabalho, em especial os institutos originalmente construídos para superar os obstáculos reconhecidamente existentes no acesso à justiça. Argumenta que a Reforma Trabalhista regulariza um conjunto de barreiras processuais que retrocedem nos processos de democratização do acesso à justiça, ampliando situações de vulnerabilidade. A reflexão se beneficia dos estudos de Boaventura de Sousa Santos sobre o papel do Direito e dos Tribunais em face de conflitos estruturais. Neste sentido, ao analisar a Reforma Trabalhista sob a perspectiva do acesso à justiça, reflete-se sobre a atuação da Justiça do Trabalho diante dos conflitos e litígios entre capital e trabalho.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Reforma Trabalhista. Vulnerabilidade.

Abstract: The Labor Reform deeply altered the rules of

accessibility to Labor Justice. The article problematizes such changes from the perspective of theories of access to justice, examining the strategic differentials of action existing between habitual and eventual litigants, the specificities of the debate on the legalization of social and class relations, and the role of the Labor Court, institution integral part of a system aimed at the de-commodification of human labor. To do so, it presents the changes introduced in the Consolidation of Labor Laws by Law No. 13467/2017 and related to the labor process, especially the institutes originally built to overcome the obstacles known to exist in access to justice. It argues that Labor Reform institutionalizes a set of procedural barriers that retreat in the processes of democratization of access to justice, expanding situations of vulnerability. The reflection benefits from the studies of Boaventura de Sousa Santos on the role of Law and Courts in the face of structural conflicts. In this sense, when analyzing the Labor Reform under the perspective of access to justice, reflects on the performance of the Labor Justice in the face of conflicts and disputes between capital and labor.

Keywords: Access to justice. Labor Reform. Vulnerability.

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.476/2017 foi aprovada em tempo recorde no Congresso Nacional. Além das mudanças nas regras de direito material do trabalho, a nova legislação modificou uma série de dispositivos que alteram a sistemática do acesso à justiça pelo trabalhador. O presente artigo examina o redesenho do direito do trabalho e de seu processo a partir das perspectivas teóricas que envolvem o acesso à justiça, em especial com base nos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) e de Boaventura de Sousa Santos (1995), renovados entre nós por Élide de Oliveira Lauris dos Santos (2009, 2013). Em um segundo momento, problematiza as reformas adotadas sob a perspectiva dos princípios constitucionais relativos ao acesso à justiça, compreendendo suas diversas dimensões como direitos fundamentais dos indivíduos e coletividades.

Uma primeira concepção de acesso à justiça parte da compreensão dos obstáculos tradicionais para demandar no judiciário, sejam eles de ordem econômica, social e cultural. A litigância jurisdicional é onerosa. As classes populares são afetadas por amplos processos de vulnerabilidade, com barreiras econômicas às quais se acrescem obstáculos sociais, relativos ao desconhecimento dos direitos, ou culturais, referentes à disponibilidade para demandar. Enfatiza-se as diferenças entre litigantes habituais e eventuais (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), com diferenciais estratégicos de acesso a uma ordem jurisdicional justa, conceito que envolve não apenas a possibilidade de litigar, mas o de obter uma efetiva tutela. Por um lado, enfrentaram as questões concernentes à garantia de igualdade postulatória e à superação dos desequilíbrios processuais, para assegurar igualdades de oportunidades na produção de provas, condições adequadas para a defesa dos direitos etc. Por outro, os estudos clássicos de Garth e Cappelletti avançaram para examinar a perspectiva de efetivação dos direitos. Nesta linha de análise, acessibilidade se traduz em efetivação dos direitos violados, capacidade para reconhecer lesões e para defender estes direitos em situação de possibilidades concretas de reparar os danos sofridos.

Enfoques contemporâneos ampliam o olhar para o acesso à justiça. Diante da desigualdade e da exclusão, o tema passa a se articular com inclusão social e cidadania. A ausência de acesso à justiça alimenta o círculo vicioso de exclusão socioeconômica, vez que sua negação mantém os padrões de desigualdade existentes, perpetuando processos de hierarquização e diferenciação social, com o reforço dos desníveis de inclusão e de cidadania (SANTOS, 2009, p. 122). A tais premissas, crescem-se a baixa efetividade de determinados conjuntos de direitos, mormente os sociais, e o reconhecimento de que as decisões sobre partilhas de direitos entre grupos que possuem interesses divergentes envolvem dimensões políticas, a exigir uma atenção especial para os conflitos estruturais e às clivagens socioeconômicas, de gênero, etnia, classe etc. (SANTOS, 2009, p. 123), que estratificam discriminações sociais de acesso à justiça que não devem ser reduzidas diante de sua complexidade. Neste caminho analítico, há que se observar e superar as metodologias de cegueira em relação aos conflitos sociais estruturais decorrentes de desvio de poder nas sociedades (SANTOS, 2013, p. 381).

Os conflitos entre trabalho e capital, sejam eles expressos em lides envolvendo empregados e empregadores ou sindicatos e empresas, expressam as desigualdades estruturais que existem na sociedade de mercado. A institucionalização destes conflitos na história brasileira seguiu por caminhos singulares, relacionados ao modo específico de inclusão das classes dos trabalhadores na cena pública e da construção de uma cidadania regulada (SANTOS, 1998). O alargamento dos cânones democráticos e da inserção cidadã dos trabalhadores na arena pública foram importantes para um maior acesso às instituições e aos direitos dos trabalhadores, mas não são capazes de reverter as disparidades existentes no mercado de trabalho brasileiro, suas exclusões e diferenciações. Assim, os estudos acerca do acesso à justiça e direito do trabalho devem reunir diferenciadas dimensões analíticas. Para além das questões tradicionais que envolvem a acessibilidade ao Poder Judiciário, existem aspectos específicos relacionados à judicialização das relações de classe no país, diante do massivo descumprimento de direitos e de contestação à ordem jurídica trabalhista pelo empresariado (CARDOSO e LAGE, 2007).

No Brasil, a existência da Justiça do Trabalho é representativa do complexo sistema voltado para desmercantilizar o trabalho (ESPING-ANDERSEN, 1991; DELGADO e DELGADO, 2013). Diante de tal singularidade, o processo do trabalho foi constituído para reduzir barreiras e obstáculos de modo a adjudicar os conflitos laborais, para que fossem equacionados dentro das estruturas estatais. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi desenhada contendo um conjunto de regras voltadas para assegurar um processo acessível, dentre os quais se destacavam gratuidade de justiça, a inexistência de previsão de honorários de sucumbência, as distintas consequências pelo não comparecimento das partes na audiência, a obrigatoriedade de depósito recursal exigido unicamente do empregador etc. Tais características clássicas denotam, ainda que com limites, a incorporação do princípio da proteção ao direito processual.

Partindo destes pressupostos o artigo analisa as alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 e seus impactos no processo do trabalho sob a perspectiva do acesso à justiça. Argumenta que inúmeras alterações procedimentais aparentemente neutras, - como a incorporação de honorários de sucumbência, a imposição de custas por ausência do reclamante à audiência, a facilitação de recursos de empregadores beneficiados com a redução do depósito recursal, a admissão da profissionalização do preposto, as restrições à concessão de gratuidade de justiça, a admissão de cláusulas de arbitragem etc. - provocam retrocessos nos processos de democratização do acesso à justiça. Examina os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade destas barreiras processuais e defende que a interpretação destes dispositivos não pode desconsiderar que o acesso à justiça foi elevado à categoria de direito fundamental na ordem constitucional de 1988. Para tanto, apresenta a temática do acesso à justiça no direito processual do trabalho, em um segundo momento realiza um inventário dos impactos da reforma trabalhista no acesso à justiça do trabalho, e reflete sobre os empecilhos à aplicação imediata das alterações processuais, utilizando-se de pesquisa documental, legislativa e de revisão bibliográfica nas áreas da sociologia do direito, direito material e processual do trabalho, com abordagem interdisciplinar.

1 PROLEGÔMENOS: ACESSO À JUSTIÇA E SISTEMA INSTITUCIONAL TRABALHISTA

Nas democracias constitucionais, variegados sistemas de relações laborais foram instituídos no mundo contemporâneo. Não obstante a pluralidade de modelos de estado social, instituídos a partir da segunda metade do século XX, cada qual com modos singulares de articular o papel do Estado nas relações sociais e de regular o mundo do trabalho, em geral foram criados sistemas públicos de equacionamento de conflitos trabalhistas, em processos denominados de *desmercadorização institucional* (HYMAN, 2002, p.13).

No Brasil, a existência da Justiça do Trabalho é representativa do complexo sistema voltado para desmercantilizar o trabalho humano, como salientam Delgado e Delgado (2013, p. 304). Segundo os autores, em especial a partir da Constituição de 1988, esse sistema institucional favoreceu a afirmação do trabalho humano ao estabelecer regras de proteção trabalhista superiores aos imperativos do mercado e destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais. Com princípios protetivos que incidem na seara processual, na qual, em alguns aspectos¹, conferiu-se tratamento equalizador ao trabalhador, diante de sua desigualdade estrutural em relação ao empregador.

O desenho do processo do trabalho objetivou a redução de obstáculos socioeconômicos existentes e a abertura de mecanismos de acessibilidade às instituições públicas que equacionam os conflitos laborais. Um conjunto de institutos voltados para assegurar um processo acessível, dentre os quais se destacaram a dispensa de recolhimento prévio de custas para o ajuizamento de demandas; a ampla possibilidade de concessão da gratuidade de justiça às partes pelos magistrados trabalhistas; a inexistência de previsão de honorários de sucumbência; as distintas consequências pelo não comparecimento das partes na audiência; a obrigatoriedade de depósito recursal exigido apenas do empregador etc., foi positivado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Tais características denotam não apenas a incorporação, ainda que parcial, do princípio da proteção ao direito processual do trabalho, mas o estímulo à adjudicação dos conflitos laborais pelas instituições do sistema de justiça.

Em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu o princípio do amplo acesso à justiça como direito fundamental e a garantia de assistência jurídica gratuita integral. Esclareça-se que em sentido amplo, a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os Tribunais: implica auxílio para que as pessoas participem de maneira mais ativa das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas

1 Não obstante as controvérsias sobre o tema, registre-se a posição de Estevão Mallet, para quem o processo do trabalho ainda não permite a devida igualdade material entre as partes envolvidas. Para o autor, assim como o legislador tem o dever de procurar compensar as desigualdades existentes no plano material, sendo isso inclusive exigência constitucional (art. 3º, inciso III, da Constituição), tem da mesma forma, o dever de fazê-lo também no plano processual. Nessa perspectiva, salienta que a legislação que se limitar a tratar de modo rigorosamente igual ambos os litigantes, sem quaisquer distinções, mais do que contribuindo para a adequada solução do litígio, estaria frequentemente trazendo, para o campo do processo, a desigualdade existente entre as partes, comprometendo, por consequência, a qualidade da decisão prolatada. Como salienta o professor, “A ideia de dever o processo permanecer neutro, indiferente à condição peculiar dos litigantes, não se sustenta e contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal.” (MALLET, 2000, p. 156-168).

(CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 47). Nesta linha, a própria Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica *integral* e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (e não apenas assistência judiciária gratuita) denotando, portanto, uma preocupação para além do simples ingresso ao Judiciário. Como registra Santos (1995, p. 170), a assistência jurídica a ser prestada pelo Estado deve significar um sistema de serviços jurídico-sociais que garanta a igualdade do acesso à justiça das partes de diferentes camadas sociais e que não se limite a eliminar apenas os obstáculos econômicos.

Neste sentido, enquanto nos demais ramos judiciários brasileiros a concretização do princípio da assistência jurídica integral se expressou através da criação e consolidação do sistema de defensorias públicas – estaduais e da União, no âmbito da Justiça do Trabalho tal institucionalização não ocorreu, amparando-se na singularidade dos mecanismos de acesso, do sistema de isenção prévia de custas, do *jus postulandi* e da ausência de sucumbência recíproca, da assistência realizada por sindicatos, facilitada pela contribuição sindical obrigatória etc. existentes no campo trabalhista.

Sem a criação de um sistema público de assistência judiciária gratuita e profissional por defensorias públicas, a ideia de ampla acessibilidade à Justiça do Trabalho se traduziu em um conjunto de procedimentos manejados pelos Tribunais e pelos sindicatos ou outros organismos de prestação de serviços advocatícios. Uma sistemática de massificação da prestação de serviços, com práticas disseminadas na advocacia trabalhista de cobranças de honorários atreladas de maneira exclusiva ao êxito final nas reclamações trabalhistas, amparadas pelo reduzido risco por parte dos trabalhadores de terem de suportar os ônus decorrentes da litigância laboral, diante das protetivas regras processuais trabalhistas consolidadas, concretizou, ainda que de modo indireto, o princípio constitucional de acesso à justiça, não obstante a omissão do poder público em estruturar uma defensoria pública trabalhista.

Contudo, na contramão do processo de concretização da Constituição de 1988 e de reforço do sistema institucional de ampla acessibilidade à Justiça, foi aprovada a reforma trabalhista com profundas mudanças no direito material e processual do trabalho, em direção à remercantilização do trabalho humano (HARVEY, 2011; AUTOR, 2016). A globalização e a introdução de novos regimes de acumulação do capital ampliaram os processos de internacionalização e de privatização dos campos decisórios, com demandas empresariais intermináveis por flexibilidade laboral, transformando os sistemas nacionais de desmercantilização institucional em campos de tensão (HYMAN, 2002), perpassados por lutas normativas sobre os desenhos institucionais de regulação do trabalho. Na arena da regulação do trabalho abre-se uma disputa entre os defensores de uma sociedade de mercado em contraponto com as posturas de defesa de princípios de economia moral (HYMAN, 2002, p.15). Tais disputas são ampliadas e renovadas em cenários de crise econômica pós-crack de 2008 por políticas de austerização (BLYTH, 2013), que estimula a redução dos custos empresariais, das políticas sociais e do papel do Estado na economia. À desconstitucionalização fática causada pelas políticas neoliberais dos anos 1990 agrega-se o redesenho dos sistemas laborativos que foram constitucionalizados nos processos de democratização e reconhecimento

dos direitos de cidadania, desvalorizando as garantias e princípios que acolhem os direitos sociais fundamentais.

Neste contexto deve ser compreendida a reformulação infraconstitucional promovida com a aprovação da reforma trabalhista de 2017, proposição que agrega às profundas mudanças no conteúdo material dos direitos o enfraquecimento do sistema jurisdicional trabalhista, com a restrição do acesso à justiça. Não obstante durante a tramitação da reforma, os pareceres legislativos tenham alegado que as disposições apresentadas não acarretariam supressão de direitos assegurados, foi evidenciado nos documentos legislativos inúmeros aspectos concernentes à (suposta) grande litigiosidade perante a Justiça do Trabalho, ao tempo de duração dos processos trabalhistas, carregados de críticas à jurisdição trabalhista e à jurisprudência dos tribunais do trabalho, considerada altamente protetiva.² O estudo e a problematização das regras processuais introduzidas pela Lei nº 13.467 de 2017 refutam tais assertivas, retrocedendo na sistemática atual do acesso à justiça, como se observa a seguir.

2 REFORMA TRABALHISTA E ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

Os profundos impactos no processo do trabalho, com o desestímulo à litigância trabalhista e com significativas consequências sociais se fizeram sentir no primeiro dia de vigência da novel regra. Antes mesmo que o judiciário trabalhista abrisse suas portas, várias sentenças foram divulgadas em meio eletrônico no próprio sábado, dia 11 de novembro de 2017, demonstrando o dissenso hermenêutico existente quanto à aplicação das novas regras a reclamações trabalhistas ajuizadas antes de sua vigência. Uma sentença em particular foi objeto de ampla divulgação na mídia: na Vara do Trabalho de Ilhéus como consequência da improcedência de ação indenizatória, o reclamante foi condenado a pagar honorários de sucumbência em favor do advogado de seu ex-patrão, mais custas judiciais, em valores superiores a sete salários mínimos.³ O receio da postulação judicial em tempos pós-reforma é potencializado e as novas regras processuais da reforma se apresentam como o mais novo obstáculo sociocultural ao acesso à justiça. O medo de ser condenado a pagar custas e honorários diante de pretensões não acolhidas vem desestimulando novas ações

2 Conforme Relatório apresentado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao “Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 21 de ago. de 2017.

3 Sentença disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-baseada-reforma-trabalhista.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018. Uma descrição dos fatos foi bem realizada na matéria publicada no El País: “O desempregado que deve quase um ano de salário por perder uma ação trabalhista. Trabalhador rural perdeu ação contra ex-patrão e juiz aplica regra da reforma trabalhista. Sentença é controversa porque caso é anterior à lei sancionada por Governo Temer.” Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/15/economia/1510773029_686202.html. Acesso em: 15 jan. 2018.

Já a repercussão dada pela mídia brasileira à sentença pelos jornais O Globo, e revistas Veja e Exame, dentre outros, pode ser avaliada pelas notícias disponíveis nos seguintes links: <https://oglobo.globo.com/economia/com-base-na-reforma-juiz-condena-trabalhador-pagar-custas-de-processo-empresa-22063190>; <https://exame.abril.com.br/brasil/trabalhador-na-ba-c-condenado-a-pagar-r-85-mil-em-honorarios/>; <https://veja.abril.com.br/economia/juiz-usa-reforma-para-condenar-trabalhador-a-pagar-processo/>; https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/15/economia/1510773029_686202.html. Acesso em: 15 jan. 2018.

judiciais.⁴ O medo instituído pela reforma⁵ se acresce às outras inseguranças específicas que já obstaculizavam a busca pela reparação das lesões aos direitos sofridos durante o curso do contrato de trabalho, pela ausência de garantia no emprego, bem como pela permanência de discriminações pré-contratuais comprovadamente existentes em alguns setores econômicos que dificultam a empregabilidade dos demandantes.

Há que se descrever a reconfiguração havida. A Lei nº 13.467 de 2017 pretendeu impor limites ao reconhecimento do direito à gratuidade de justiça aos reclamantes, ao fixar que o mencionado benefício poderá ser concedido àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (parágrafo 3º do art. 790, CLT)⁶ ou comprovarem insuficiência de recursos para o pagamento das custas no processo. O retrocesso evidencia-se pelo afastamento da sistemática de simples declaração pela parte de sua condição de miserabilidade jurídica, substituída por uma exigência de comprovação da situação econômica que o impede de litigar sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Considerando que o menor valor de custas possível de ser cobrado no procedimento ordinário na Justiça do Trabalho equivale atualmente a R\$ 764,00 (setecentos e sessenta e quatro reais), não resiste a uma verificação de proporcionalidade, critério legal que presume que uma pessoa que receba apenas três vezes mais que tal quantia, possa dispor de 1/3 (um terço) de seu vencimento para recorrer a um Tribunal do Trabalho sem prejuízo de seu sustento e de sua família, mormente quando estudos independentes denotam que no país tal remuneração é inclusive inferior ao que deveria ser o salário mínimo se os parâmetros constitucionais para sua fixação fossem observados.

Superados os obstáculos à obtenção do direito à gratuidade processual, os benefícios decorrentes diminuem. A nova redação do *caput* do art. 790-B da CLT estabelece que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente do objeto da perícia, ainda quando beneficiária da justiça gratuita. E somente no caso em que a parte a qual foi concedido o benefício da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa (ainda que em outro processo) o encargo financeiro será assumido pela União (Art.

4 Embora seja pequeno o lapso temporal de vigência da reforma, a queda do número de ações trabalhistas pode ser mensurada comparativamente. Somente no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região o número de novas ações em dezembro de 2017 (7.268) foi substancialmente menor que no mesmo mês dos anos de 2016 (20.430) e 2015 (19.627) Dados levantados em: http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2017_dezembro_Casos.pdf; http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2016_dezembro_Casos.pdf e http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2015_dezembro_Casos.pdf. Acesso em: 17 fev. 2018.

5 Para uma análise da relação entre gestão do medo e políticas de austeridade, consultar Antonio Casimiro Ferreira (2013, p. 59-61) que demonstra como a construção social do medo se articula com a incerteza sobre o futuro por parte dos trabalhadores e molda um novo *habitus*, um modo de vida moldado a partir da insegurança subjetiva e que estrutura estratégias de legitimação e poder.

6 Ou seja, valor igual a R\$ 2.258,32 em 2018, correspondente a 2,36 salários mínimos oficiais e menor que o salário mínimo ideal para concretizar o mandamento constitucional apurado pelo DIEESE em R\$ 3.752,65 (Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 19 fev. 2018). O tratamento regressivo fica ainda mais claro quando se confronta com o limite que fora estabelecido na Lei nº 10.288 de 20 de Setembro de 2001 para definir a assistência judiciária gratuita que deveria ser prestada pelos sindicatos aos trabalhadores desempregados ou que percebessem “salário inferior a cinco salários mínimos” (Art. 789, § 10 da CLT, revogado posteriormente e que equivalem hoje a R\$ 4.770,00. Em comparação, a jurisprudência do TRF-4 fixou o teto de 10 salários mínimos (R\$ 9.550,00) como presunção para a miserabilidade jurídica para efeitos de gratuidade de justiça (Cf. TRF-4 2007.71.20.000017-1, 5002896-25.2013.404.0000).

790-B, parágrafo 4º CLT). Outra mudança substancial que restringe o acesso à justiça ocorre com a instauração do regime de responsabilização dos litigantes por honorários decorrentes de mera sucumbência. A Consolidação das Leis do Trabalho passa a admitir a condenação da parte vencida, ainda que seja o demandante trabalhador, em honorários de sucumbência (Art. 791-A), inclusive na hipótese de acolhimento parcial de suas pretensões, em que o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca (Art. 791-A, parágrafo 3º, CLT). Não obstante as históricas reivindicações de modificação do regime restritivo de honorários fixado pela Lei nº 5.584/1970 por setores da advocacia⁷, não se pode perder de vista que a inexistência do regime da mera sucumbência para fixação de honorários também decorria da reconhecida posição desigual do trabalhador na relação de emprego e das desigualdades insuperáveis entre as partes. A imposição da sucumbência a todas as demandas, incorporadas em conjunto com as regras que impõem condições e restrições à obtenção da gratuidade, pode ampliar os obstáculos ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p.17), os altos custos com a litigância no sistema que impõe ao vencido o ônus da sucumbência é uma barreira poderosa à acessibilidade, pois salvo quando existe a certeza do êxito, o que é improvável diante das incertezas que o processo traz, há um alto risco a ser avaliado pela parte, que poderá ser condenada a arcar com os custos de ambas as partes, em situação na qual não é possível estimar precisamente o risco. As regras procedimentais relacionadas ao comparecimento das partes na audiência trabalhista também foram alteradas. O enunciado normativo anterior estabelecia a obrigatoriedade da presença das partes nas audiências. O objetivo da exigência relaciona-se à facilitação da conciliação, com obtenção de acordos, e a um maior contato dos magistrados com as partes, exigida pelo princípio da oralidade, permitindo uma melhor solução para o litígio.

Pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pelo Instituto de Estudos da Religião (ISER) sugere um maior grau de confiança da população no judiciário trabalhista, comparativamente à confiabilidade atribuída à justiça estadual⁸. Em estudo realizado anteriormente, Autor (2009) associa a percepção da população que atribui à Justiça do Trabalho maior grau de confiabilidade com as características específicas do processo do trabalho, em especial nas regras que enfatizam a proximidade do juiz com as partes, bem como a ampla acessibilidade, com possibilidade alargada de concessão de justiça gratuita e inexistência de sucumbência.

Contudo, a reforma também altera esses pressupostos. Por um lado, o parágrafo 2º do art. 844 da CLT passa a impor maior ônus ao reclamante que não comparece à audiência inicial. Muito embora a consequência pelo não comparecimento do reclamante continue sendo o arquivamento do processo, com a extinção sem resolução do mérito, pretende-se que este mesmo trabalhador tenha que pagar as custas da ação arquivada para ajuizar nova demanda, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita. Segundo o Relatório da Comissão Especial da Reforma Trabalhista, a modificação

7 Disponível em: <https://oab-pa.jusbrasil.com.br/noticias/1729336/conselho-federal-aprova-honorario-de-sucumbencia-na-justica-do-trabalho-em-proposta-da-oab-rj>. Acesso em: 21 ago. 2017.

8 Na pesquisa “Lei, justiça e cidadania” foram entrevistados mais de 1.500 pessoas com o objetivo de conhecer as diversas visões e os graus de conhecimento da população sobre os direitos e seus mecanismos institucionais de defesa, além de dimensionar sua participação política e social (CPDOC-FGV; ISER, 1997).

não cercearia o direito de ação, atribuindo um custo processual necessário para evitar “condutas irresponsáveis” por parte dos trabalhadores, como se o não comparecimento às audiências se originasse da mera escolha ou exclusiva vontade do demandante ausente. Trata-se de caso singular e desproporcional de imputação de responsabilidades econômicas aos juridicamente reconhecidos em situação de miserabilidade jurídica pelo simples arquivamento de uma demanda.

Por outro lado, não foram distribuídos ônus proporcionais para os representantes dos empregadores que se ausentarem. Ao contrário, atenuam-se as consequências processuais existentes em caso de inércia ou ausência do preposto. A nova regra permite que a contestação e os documentos apresentados pelo reclamado ausente sejam aceitos, sem que se declare a revelia da parte, caso presente seu advogado (Art. 844, parágrafo 5º, CLT). Embora a reforma enfatize a composição dos litígios, inclusive mediante acordo extrajudicial, é notório que a supressão das sanções processuais pela ausência do reclamado segue na contramão da perspectiva de resolução dos conflitos por meio da conciliação, ao desestimular a presença do empregador perante a Justiça do Trabalho.

Não podem ser desprezados, neste plano, também os receios de retaliação do empregado que ajuíza demandas trabalhistas. Existem vários julgados e inquéritos civis públicos que demonstram represálias aos trabalhadores litigantes.⁹ Não à toa foi editada a Resolução nº 139/2014, pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)¹⁰, que dispõe sobre medidas a serem tomadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho para impedir ou dificultar a busca de nome de empregados com o fim de elaboração de “listas sujas”. Uma das razões mencionadas pelo CSJT para a adoção da medida seria “a prática de utilização de informações processuais com o objetivo de se elaborar as denominadas “listas sujas” contendo informações sobre autores de reclamações trabalhistas no âmbito do Judiciário do Trabalho”.

Neste panorama, é evidente que as alterações propostas, em especial no que tange à imposição de custas pela ausência do reclamante à audiência (inclusive nos casos de deferimento de justiça gratuita), podem ter repercussões de grande dimensão no acesso dos trabalhadores à justiça do trabalho. As modificações parecem ter ignorado, ainda, o temor de sofrer represálias em decorrência de práticas discriminatórias encontradas no mercado de trabalho brasileiro.

Necessário resgatar, neste aspecto, as denominadas barreiras sociais e culturais que afetam o acesso à justiça, que transcendem a dimensão econômica. Os cidadãos com menos recursos tendem a conhecer menos seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer como jurídico um problema que os afete. Em segundo lugar, mesmo que reconheçam esse problema,

9 O Ministério Público do Trabalho atua para prevenir a existência das chamadas listas discriminatórias contendo a relação nominal de trabalhadores que exigiram anteriormente a reparação judicial de seus direitos subtraídos. O MPT moveu ações, por exemplo, contra as Casas Pernambucanas, Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (CTEEP), o grupo Cyrela Brazil Realty, dentre outros. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticias-antigas/2014/fevereiro/pernambucanas%20e%20proibida%20de%20prestar%20informacoes%20sobre%20ex%20empregados/; [http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/b1b8c64a-5246-423c-aeae-554bf2587e28/](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticias-antigas/2014/abril/companhia%20eletrica%20e%20proibida%20de%20praticar%20selecao%20discriminatoria/) e http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1467c923-4f0c-4abd-8900-79a12e5cffa9&groupId=955023. Acesso em: 21 ago. 2017

10 Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1467c923-4f0c-4abd-8900-79a12e5cffa9&groupId=955023. Acesso em: 21 ago. 2017.

como violação a um direito, é necessário que essas pessoas se disponham a ajuizar uma ação judicial - existe um temor geral de represálias por se recorrer aos tribunais, como salientam Cappelletti e Garth (1988, p. 15-18) e Santos (1995, p. 167). No Brasil, observa-se que além do temor aos tribunais, há medos específicos, construídos pelas sanções indiretas sofridas no mercado.

Esses obstáculos culturais inserem-se no que se denomina de possibilidade das partes. As pessoas com recursos financeiros consideráveis têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Trata-se de capacidade jurídica pessoal (aptidão para reconhecer um direito ou propor uma ação ou sua defesa) e se relaciona com as vantagens financeiras e diferenças de educação, meio e *status* social.

Todavia, mesmo depois de ultrapassada a barreira inicial e ajuizada uma ação, aspectos relacionados ao funcionamento da máquina judiciária persistirão perpassando as discussões sobre acesso à justiça. Se a confiança é fator que inibe ou incentiva o acesso à instituição judicial, a percepção acerca do que se passa nos Tribunais pode interferir nas decisões individuais ou coletivas, estimulando ou inibindo o acesso dos cidadãos. A distinção entre litigantes habituais e eventuais (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.25) também não pode ser desprezada eis que, na exposição de motivos para a promulgação da reforma encontram-se, dentre outros, argumentos relacionados à grande litigiosidade atribuída, em especial, aos trabalhadores,¹¹ desconsiderando o diagnóstico contemporâneo que salienta a conduta dos litigantes habituais para os fenômenos da judicialização.

Para a discussão apresentada é importante mencionar os dados sistematizados em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre os graus de litigância na Justiça do Trabalho. O Relatório do CNJ foi elaborado com base em informações fornecidas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos 24 Tribunais Regionais do Trabalho. Os documentos revelaram as empresas que têm a maior quantidade de processos em tramitação no TST e em âmbito regional¹².

Os dados revelam que 61% (sessenta e um por cento) do total de processos dos 100 (cem) maiores litigantes da Justiça do Trabalho referem-se a empregadores, incluídos no polo passivo. Segundo o CNJ, na Justiça do Trabalho, empresas ligadas a amplos setores econômicos, inclusive organismos públicos, encontram-se representadas entre os 100 maiores litigantes, o que indica uma litigiosidade mais disseminada pela sociedade, quando comparado aos demais ramos judiciários.

O levantamento indica as empresas que estão entre os 100 maiores litigantes da Justiça do Trabalho sendo que destes, 80% (oitenta por cento) encontram-se nos setores bancário, da

¹¹ Vale transcrever os seguintes argumentos elaborados pelo Relator da reforma, o Deputado Ricardo Ferraço, sobre este aspecto: “Além de valorizar e fortalecer os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, a nossa sugestão também prevê algum “risco” para quem ingressar com uma ação judicial. Hoje, a pessoa que ingressa com uma ação trabalhista não assume quaisquer riscos, uma vez que grande parte das ações se resolvem na audiência inicial, gerando o pagamento de uma indenização sem que ele tenha que arcar nem mesmo com as custas processuais. Nesse sentido, estamos propondo que o instituto da sucumbência recíproca seja aplicado na Justiça do Trabalho. Portanto, no que se refere ao objetivo de garantir a segurança jurídica, a primeira linha de ação é a de se estimular a solução extrajudicial do conflito; depois, a proposta visa a estabelecer um risco decorrente do ingresso com a ação”. (BRASIL, 2017).

¹² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 ago. 2017.

indústria e da telefonia. Sob esta perspectiva, o trabalhador que ingressa individualmente com uma demanda na Justiça do Trabalho, não pode ser compreendido como litigante habitual, sendo necessário agregar à análise o descumprimento reiterado de direitos pelos maiores litigantes, que optam por desconsiderar as normas do trabalho ou por testar novas práticas contratuais não reconhecidas em lei, flexibilizando a frio as relações laborais (CARDOSO, 2002; ARTUR, 2009).

Os argumentos em favor das alterações processuais contidas na Lei nº 13.467/2017 parecem ter desprezado, por completo, as análises sobre a diferenciação entre litigantes habituais e eventuais, instituindo entraves processuais especialmente aos eventuais, comprovadamente mais vulneráveis nos processos judiciais.¹³ Na concretude das relações de trabalho e de judicialização das relações de classe no Brasil, com base no diagnóstico de que são as empresas as maiores litigantes, pode-se afirmar que a reforma reforça a estrutura de poder de que dispõem, permitindo que somente elas possam testar estratégias processuais, teses inovadoras etc. As consequências para o direito do trabalho tendem a ser mais profundas, na medida em que aos trabalhadores em geral ficará mais difícil testar novas teses, construir novas pretensões e avançar no desenvolvimento do ramo juslaboral por meio da importante construção e atualização jurisprudencial.¹⁴

Por outro lado, ao contrário dos argumentos trazidos pela reforma, Cardoso e Lage (2007, p. 101) demonstraram, mediante pesquisa empírica envolvendo o sistema de fiscalizações do Ministério do Trabalho, a atuação de Sindicatos e a própria Justiça do Trabalho, que os controles e limites impostos pelos trabalhadores ou pelo Estado, e os incentivos seletivos de um ou de outro, tiveram sua eficácia bastante reduzida nas duas primeiras décadas posteriores à Constituição de 1988. Os baixos custos pelo descumprimento das regras e a deslegitimação da legislação trabalhista foram evidenciados como razões para o aumento da judicialização das relações de classe, diante da reiterada burla de direitos trabalhistas por parte das empresas.¹⁵

13 Com base nos estudos do “Projeto Florença”, Cappelletti e Garth (1988, p. 26) advertem sobre a importância desta distinção para compreender os reais obstáculos à uma ordem jurisdicional justa: “[...] esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.”

14 Vale lembrar que inúmeros dos direitos atualmente consagrados em lei, como o dano moral por lesão extrapatrimonial no curso do contrato de trabalho, a responsabilidade do empregador por lesões sofridas por assaltos em atividades empresariais de risco, a vedação de revistas íntimas, as reparações por discriminação de gênero etc. foram demandadas durante muito tempo no Judiciário Trabalhista até serem reconhecidas como direitos dos trabalhadores. Eram teses de alto risco, embora hoje reconhecidas majoritariamente. A prática de pluralização de pretensões reunidas em uma única demanda, usual no ramo especializado, possibilita vital construção em prol do empregado, o que atualmente, diante dos riscos de condenação em sucumbência recíproca (com vedação de compensação) é fortemente desestimulado.

15 Cardoso e Lage (2007, p. 101) afirmam: “De fato, na ausência ou insuficiência de poder do trabalho organizado, o órgão fiscal do Estado pode bastar na garantia da obediência à lei, como bem o demonstra na ditadura Vargas. Mas na ausência do órgão fiscal, o trabalho organizado talvez não seja suficiente para assegurar no mercado aquela obediência, principalmente nas relações individuais. É por o órgão fiscal ser frágil e o trabalho organizado estar em crise no nível micro ou de empresa que o resultado da deslegitimação da norma pelos empresários é o aumento da judicialização das relações de classe: os trabalhadores são titulares de direitos burlados, e procuram fazê-los valer nesse único outro lugar de sua afirmação e obrigação, que é a Justiça do Trabalho. É porque os capitalistas estão testando os limites da ordem constitucional, num ambiente em que os trabalhadores organizados não conseguem

Em relação aos litígios apreciados pela justiça do trabalho, o levantamento de Cardoso e Lage (2007, p. 118) demonstrou que os maiores itens demandados referem-se à diferenças de remuneração (93% das ações continham pretensões salariais), verbas resilitórias (88% dos casos postulam alguma verba rescisória), jornada de trabalho (2/3 dos processos referiam-se também à jornada) e em metade dos casos eram pleiteados direitos relacionados ao vínculo de emprego ou assinatura de carteira de trabalho. Segundo apuraram os pesquisadores, à época, processos envolvendo direitos previdenciários ou convencionais eram raros. Em resumo, apuraram que 39% (trinta e nove por cento) de todas as pretensões demandadas referiam-se à remuneração, seguindo-se o pagamento de verbas rescisórias com 29% (vinte e nove por cento) do total. Somados, os dois itens compunham quase 70% do conteúdo das demandas processadas pela Justiça do Trabalho.

O estudo evidencia que a grande litigiosidade atribuída ao judiciário trabalhista se relaciona com o sistemático descumprimento, por parte dos empregadores, das normas trabalhistas. Os argumentos utilizados para a alteração legislativa em estudo estão em dissonância com a realidade do mundo do trabalho nacional.

Outra inovação da reforma é o dispositivo que admite que o preposto não seja empregado, diferentemente da compreensão que prevalece na jurisprudência, cristalizada na Súmula 377, do TST¹⁶. Uma das virtudes da referida Súmula é a de dificultar a utilização de “prepostos profissionais” (pessoas contratadas com a finalidade única de fazer a defesa do empregador na justiça, ainda que descoladas da realidade do litígio trabalhista), e, por outro lado, de facilitar o entendimento do magistrado sobre o conflito mediante a colheita dos depoimentos das partes envolvidas no processo (incluindo representante do empregador, preposto, que tenha vivenciado a realidade do trabalho na empresa).

Não é demais lembrar que o princípio da oralidade tem como características a primazia da palavra, a concentração dos atos, a imediatidade, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Todas essas características, além de buscar conferir celeridade aos litígios, permitem aproximar o juiz das partes e da realidade da relação material em discussão no processo.

A existência de prepostos profissionais, que não foram integrantes do quadro funcional de determinado empregador, sem contato direto com as características daquele empreendimento, pode dificultar a compreensão do litígio por parte do magistrado. O depoimento do empregador ou de seu representante é importante para a formação do conjunto probatório e para uma melhor cognição judicial.

Outras duas alterações devem ser examinadas. O acesso ao duplo grau de jurisdição é facilitado pelo empregador, com mudanças relacionadas ao depósito recursal, pois ao empregador

impedi-los e o órgão fiscal do Estado pareceu desinteressado nisso, que a Justiça do Trabalho ostenta a explosão de reclamações observada depois de 1988.”.

16 PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) - Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

é facultado substituí-lo por fiança bancária.

A falta de isonomia entre as partes é reforçada em desfavor do sujeito vulnerável. O rigor pretendido com os limites à dispensa das custas dos trabalhadores beneficiários da gratuidade, em caso de ausência à audiência inicial, não se estende aos empregadores. Em sentido inverso, os demandados que forem beneficiários da gratuidade, bem como as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial, são dispensadas de efetuar o depósito recursal para apresentar seus recursos (Art. 899 da CLT, parágrafo 10, CLT). Por outro lado, o valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (Art. 899, parágrafo 9º, CLT).

As regras que facilitam o acesso ao duplo grau de jurisdição dos demandados são incoerentes com a argumentação utilizada para sustentar a reforma, pois não reduzem os litígios. De um lado, o empregado, reconhecidamente vulnerável, tem maiores obstáculos para acessar a Justiça do Trabalho. Por outro, o empregador, em reconhecida posição de superioridade social, econômica e política, tem prerrogativas para estender essa lide e tem maiores possibilidades de recursos e ampliação do tempo da demanda. As contradições e incoerências do novo texto com o conteúdo finalístico original do direito do trabalho são imensas e seus impactos na atuação da Justiça do Trabalho em prol da desmercantilização do trabalho parecem ser grandiosos.

Os estudos que demonstraram que os obstáculos criados pelos sistemas jurídicos são maiores para os autores individuais, para as pequenas causas, que as vantagens estão nos litigantes organizacionais, que usam e abusam do sistema judicial em prol de seus interesses, como concluíram Cappelletti e Garth (1988, p.28), foram desconsiderados. Assim, caso não seja reconhecida a inconstitucionalidade de parte dos enunciados textuais trazidos pela Lei nº 13.467, de 2017, acerca do acesso à justiça, o sistema de justiça brasileiro retrocederá no objetivo de assegurar o acesso a uma ordem jurisdicional de justiça, o que é ainda mais grave quando há um consenso em torno da advertência feita por Cappelletti e Garth (1988, p.29), no sentido de que “é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações”.¹⁷

3 EMPECILHOS À ADOÇÃO IMEDIATA DAS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS

Nas seções anteriores o presente ensaio procurou salientar a incoerência de dispositivos da CLT alterados pela reforma e que parecem limitar o acesso à justiça do trabalho pelos trabalhadores.

Se a Constituição Federal alçou o acesso à justiça à direto fundamental e se o objetivo

¹⁷ Por fim, registre-se que a admissão de cláusula de arbitragem individual trazida pelo novel artigo 507-A, CLT, para os casos em que a relação laboral seja fixada com empregado detentor de curso superior e receba salário duas vezes maior que o teto do RGPS (ou seja, mais que R\$ 11.062,62 em 2018) institucionaliza novo óbice ao acesso à justiça. Contudo, como as fórmulas de métodos alternativos de solução de conflitos foram descritas como integrantes da terceira onda de acessibilidade (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), o exame da questão merece aprofundamento específico.

constituente foi abrandar os reconhecidos obstáculos ao acesso ao judiciário, eventuais compreensões que inviabilizem o acesso à justiça pelo trabalhador ou que lhe ofereçam retaliações pelo exercício de um direito fundamental podem ter sua aplicabilidade questionada¹⁸.

De qualquer forma, para além destas questões, a jurisprudência do País também tem consolidado entendimento no sentido de que, quando as questões processuais têm natureza híbrida, ou seja, quando afetam também uma ordem de direitos materiais, eventuais alterações legislativas neste sentido têm aplicabilidade imediata (aplicando-se, por consequência, aos processos já em curso).

Seria o caso, por exemplo, da aplicação de honorários de sucumbência em demandas ajuizadas anteriormente à vigência da Lei nº 13.467/2017. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.111.157/PB, cujo relator foi o Min. Teori Albino Zavascki. Naquela demanda, que questionava a aplicabilidade imediata do art. 29-C da Lei nº 8.036/1990 que afastou os honorários de sucumbência nas ações relativas ao FGTS, entendeu-se que o direito aos honorários já reconhecidos não poderia ser retirado por lei posterior. Ou seja, reconheceu-se, em relação às alterações relativas a honorários de sucumbência, aplicabilidade apenas às demandas ajuizadas após as alterações processuais.

Este precedente, aplicável às alterações relativas à introdução de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, também pode ser parâmetro de interpretação para outras alterações processuais que tenham natureza híbrida, ou seja, que alterem dispositivos que causem, simultaneamente, abalos nos direitos processuais e materiais das partes envolvidas no processo.

A partir de decisões judiciais que desconhecem os desníveis de poder na sociedade, observa-se que parcela do Judiciário Trabalhista opera em uma lógica de cegueira, como denominou Santos (2013, p. 381), desprezando os desníveis de poder existentes na sociedade, que se sustenta em um jogo de deslocação de responsabilidade entre agentes institucionais diversos.

CONCLUSÃO

O presente ensaio procurou analisar algumas alterações promovidas pela chamada reforma trabalhista no processo do trabalho, com ênfase nas reflexões sobre acesso à justiça.

Verificou-se que a reforma concretamente desconsidera a posição de vulnerabilidade do empregado, muito embora, em sua exposição de motivos, defenda o argumento de que tal premissa

18 Em agosto de 2017 a Procuradoria Geral da República ajuizou a ADI 5766 perante o Supremo Tribunal Federal na qual pediu a suspensão da eficácia das seguintes normas, inseridas pela Lei 13.467/2017: a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no caput, e do § 4 o do art. 790-B da CLT; b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” no § 4 o do art. 791-A da CLT; c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no § 2 o do art. 844 da CLT. A ação tem como relator o Ministro Luis Roberto Barroso, que proferiu seu voto no julgamento iniciado no dia 10/05/2018 no sentido da improcedência da maior parte dos pedidos. Em seu voto o ministro entendeu que não existiria desproporcionalidade nas regras questionadas, tendo afirmado que “O Estado tem o poder e dever de administrar o nível de litigância para que permaneça em níveis razoáveis”. O Ministro Edson Fachin abriu divergência e posicionou-se pela procedência do pedido. No seu entender, “Mesmo que os interesses contrapostos a justificar as restrições impostas pela legislação impugnada sejam assegurar um maior compromisso com a litigância para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, verifica-se, a partir de tais restrições, uma possibilidade de negar-se direitos fundamentais dos trabalhadores”. O pedido de vista do Ministro Luiz Fux suspendeu o julgamento da ADI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>. Acesso em: 14 mai. 2018.

não estaria sendo afetada.

Verificou-se, ainda, que, para além de desconsiderar a condição vulnerável do empregado, a reforma desconsidera a perspectiva constitucional que assegura o pleno acesso à justiça, inclusive por meio de assessoria jurídica integral e gratuita, bem como ignorou as análises acerca do acesso à justiça, em especial a diferenciação entre litigantes eventuais e habituais e os obstáculos culturais que afetam especialmente as partes com maior vulnerabilidade econômica e social. Vale lembrar que os obstáculos culturais (relacionados à disposição de ajuizar uma demanda, como visto) têm ainda maior impacto na justiça do trabalho diante da existência das chamadas listas sujas e as costumeiras retaliações a trabalhadores que ingressam com demandas trabalhistas.

Nesta perspectiva, a interpretação dos novos dispositivos legais deve ser feita à luz dos princípios constitucionais e perspectivas sobre acesso à justiça, bem como com base nos princípios do direito material e processual do trabalho, que não foram alterados pela reforma trabalhista.

A Constituição Federal de 1988 elencou o direito à assistência jurídica e gratuidade de justiça plena àqueles que não disponham de recursos para acionar o judiciário. A compreensão da doutrina é no sentido de conferir máxima efetividade às disposições constitucionais que asseguram o acesso ao judiciário.

Vale citar ainda os reconhecidos “carentes organizacionais”, também mencionados por Grinover (1996, p. 116-117):

[...] as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio jurídicas existentes na sociedade contemporânea [...]. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.

Não é demais lembrar, ainda, que a Lei nº 1060/50, em seu art. 2º, dispôs sobre sua plena aplicabilidade ao processo do trabalho e a jurisprudência pátria sempre se manifestou neste sentido.¹⁹

O art. 9º da referida lei dispõe que a gratuidade abrange todos os atos processuais. Ou seja, não há restrições a atos processuais que não sejam abrangidos pelo benefício da gratuidade de justiça. Vale lembrar que referido dispositivo continua em vigor, mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil (art. 1072, III do CPC/15).

19 GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Está sedimentado na jurisprudência trabalhista, inclusive na nossa Corte Superior, o entendimento segundo o qual o disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060/50 é plenamente aplicável no Processo do Trabalho, bastando para o deferimento da gratuidade de justiça, tão-somente, a declaração da parte. Cumprido esse requisito, deve ser concedido o benefício, desde que formulado no prazo para interposição do recurso (TST/OJ nº 269). Apelo a que se dá parcial provimento. (TRT-1 - RO: 00113632020145010202 RJ, Relator: Marcelo Antero de Carvalho, Data de Julgamento: 12/08/2015, Décima Turma, Data de Publicação: 25/08/2015)

GRATUIDADE DE JUSTIÇA. É majoritário na jurisprudência trabalhista, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que a disposição contida no artigo 4º, da Lei nº 1.060/50 é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, bastando para o deferimento da Gratuidade de Justiça, tão-somente, a declaração da parte, tendo, inclusive, a Lei nº 7.115/83, que alterou a Lei nº 1.060/50, abolido o atestado de pobreza. (TRT-1 - RO: 10871620125010002 RJ, Relator: Monica Batista Vieira Puglia, Data de Julgamento: 27/08/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 06/09/2013)

O Código de Processo Civil também estabelece, no parágrafo 3º do artigo 99, que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural e que a gratuidade compreende as taxas ou custas processuais, sem restrições (parágrafo 1º do art. 99).

Tanto as disposições da Lei nº 1060/50 que continuam em vigor quanto as disposições do novo Código de Processo Civil parecem ser mais favoráveis ao trabalhador do que os dispositivos da CLT alterados pela reforma. Desta forma, referidos normativos devem ser aplicados em conformidade com o princípio da norma mais favorável, consequência do princípio da proteção e vigente no sistema de interpretação e aplicação da lei trabalhista. Como salienta Silva (1999, p. 66):

Diferentemente do princípio prooperario, cuja aplicação tem oportunidade ao se interpretar uma norma de sentido duvidoso, no caso do princípio da norma mais favorável não se trata de interpretar um preceito ambíguo do modo mais benéfico ao trabalhador mas de selecionar entre várias a norma, qualquer que seja sua posição, que contenha disposições mais favoráveis para este.

No mesmo sentido é o magistério de Delgado (2017, p. 199), segundo o qual a visão mais ampla do princípio (da norma mais favorável) entende que este atua em tríplice dimensão no direito do trabalho – informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra preponderante em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador. Como princípio de interpretação do direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, ou seja, no processo de aplicação e interpretação da lei deve o operador jurídico adotar a mais favorável ao trabalhador, ou seja, aquela que melhor realize o sentido teleológico essencial do direito do trabalho.

Por fim, em relação aos dispositivos da reforma que retrocedam em termos de conquistas aos trabalhadores, é relevante destacar também o princípio da progressividade dos direitos humanos sociais, como destaca Reis (2010). Referido princípio, em conjunto com o princípio da norma mais favorável, estabelece obstáculo intransponível ao retrocesso sociojurídico do trabalhador. Como salienta a professora, o princípio da progressividade dos direitos sociais (concebido no Direito internacional dos direitos humanos) enuncia um compromisso internacional dos Estados promoverem, no máximo de seus recursos, a proteção da pessoa humana em sua dimensão econômica, social e cultural. Pelo referido princípio (com caráter econômico, social e cultural) vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das condições de proteção à pessoa humana, razão pela qual, prossegue a autora, seria juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidos em a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e mais vantajoso.

Diante de tudo o que foi colocado e como destaca Filgueiras (2013, p. 263), cabe aos juízes a aplicação de normas que se fundamentam em concepções mais amplas de justiça, realizando escolhas com base em concepções de justiça razoáveis do ponto de vista dos afetados pelo Direito. Como salienta o autor, esta concepção, que relaciona justiça e Direito, requer uma noção mais aberta do conceito de normas e uma ideia mais ampla de Judiciário enquanto instituição

democrática fundamental, e não uma simples instituição burocrática, sendo o juiz mais que mera “boca da lei”, mas agente político com atuação representativa.

Sob tais perspectivas analíticas reconhece-se a insuficiência das abordagens meramente técnicas para compreender o acesso à justiça, diante das potencialidades que de transformação social (SANTOS, 2009, p. 122).

Por fim, fundamental o alerta de Santos (2014, p. 124) no sentido de que o potencial emancipatório do direito e da justiça só se confirma se os tribunais se virem como parte de uma iniciativa política ampla e suprapartidária que se faça prevalecer sobre as “exigências” dos mercados e a concepção possessiva e individualista dos direitos.

REFERÊNCIAS

ARTUR, Karen. **O novo poder normativo do TST: dissídios individuais e atores coletivos.** 152f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/949>.

AUTOR, 2009.

AUTOR, 2016.

BLYTH, Mark. **Austeridade: a história de uma ideia perigosa.** Lisboa: Quetzal, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório apresentado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016. 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em 21 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 maiores litigantes.** Brasília, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

BRASIL. **Resolução CSJT nº 139/2014, de 24 de junho de 2014.** Dispõe sobre medidas a serem tomadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho para impedir ou dificultar a busca de nome de empregados com o fim de elaboração de “listas sujas”. 2014. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1467c923-4f0c-4abd-8900-79a12e5cffa9&groupId=955023. Acesso em 21 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Acórdão em recurso ordinário nº

00113632020145010202. Relator: Marcelo Antero de Carvalho. Décima Turma. Rio de Janeiro. Data de julgamento: 12/08/2015. Data de Publicação: 25/08/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Acórdão em recurso ordinário n. 10871620125010002. Relator: Monica Batista Vieira Puglia. Quarta Turma. Rio de Janeiro. Data de Julgamento: 27/08/2013. Data de Publicação: 06-09-2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Sentença. RTOrd 00002427620175050493. Juiz: José Cairo Junior. 3ª Vara do Trabalho. Ilhéus, 11 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-baseada-reforma-trabalhista.pdf>. Acesso em 10 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Processos distribuídos e solucionados por vara do trabalho – Meta 1 do CNJ. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. 15 fev. 2016. Disponível em: http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2015_dezembro_Casos.pdf. Acesso em 17 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Processos distribuídos e solucionados por vara do trabalho – Meta 1 do CNJ. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. 23 jan. 2017. Disponível em: http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2016_dezembro_Casos.pdf. Acesso em 17 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Processos distribuídos e solucionados por vara do trabalho – Meta 1 do CNJ. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. 17 jan. 2018. Disponível em: http://www.trt1.jus.br/documents/10157/1050988/2017_dezembro_Casos.pdf. Acesso em: 17 fev. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Adalberto. Direito do trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 493-555.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. **As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL – FGV e INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO. Lei, justiça e cidadania: direitos, vitimização e cultura política na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. **CPDOC-FGV/ISER**. Rio de Janeiro, 1997.

COM base na reforma, juiz condena trabalhador a pagar custas de processo à empresa. **O Globo**. [S.l.], 13 nov. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/com-base-na-reforma-juiz-condena-trabalhador-pagar-custas-de-processo-empresa-22063190>. Acesso em: 15 jan. 2018.

COMPANHIA elétrica é proibida de praticar seleção discriminatória. **MPT Notícias**. Campinas, 28 abr. 2014. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticias-antigas/2014/abril/companhia%20eletrica%20e%20proibida%20de%20praticar%20selecao%20

discriminatória/. Acesso em: 21 ago. 2017.

CONSTRUTORA é processada por criar “lista negra”. **MPT Notícias**. Pará e Amapá, 28 set. 2015. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/b1b8c64a-5246-423c-aeae-554bf2587e28/. Acesso em: 21 ago. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed., São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Justiça do Trabalho no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. **Lua Nova**. São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

FILGUEIRAS, Fernando. Accountability e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor. In: **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

HYMAN, Richard. Europeização ou erosão das relações laborais? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 62, p. 7-32, jun. 2002.

JUIZ usa reforma para condenar trabalhador a pagar processo. **Veja**. [S.l.], 13 nov. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/juiz-usa-reforma-para-condenar-trabalhador-a-pagar-processo/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

JULGAMENTO de ação ajuizada pela PGR contra reforma trabalhista é suspenso por pedido de vista. **STF NOTÍCIAS**. [S.l.], 10 mai. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MALLET, Estêvão. Discriminação e Processo do Trabalho. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio (org.) **Discriminação** São Paulo: LTr, 2000, p. 156-168.

PERNAMBUCANAS é proibida de prestar informações sobre ex-empregados. **MPT Notícias**. Minas Gerais, 04 fev. 2014. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticias-antigas/2014/fevereiro/pernambucanas%20e%20proibida%20de%20prestar%20informacoes%20sobre%20ex%20empregados/. Acesso em: 21 ago. 2017.

PESQUISA nacional da cesta básica de alimentos: salário mínimo nominal e necessário. **Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 19 fev. 2018.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Élide de Oliveira Lauris dos. Entre o social e o político: A luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. **Revista Crítica de Ciências Sociais (Online)**. Coimbra, n. 87, p. 121-142, 2009. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1464>.

SANTOS, Élide de Oliveira Lauris dos. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal**. 416f. Tese (Doutorado em pós-colonialismos e cidadania global) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

Como citar: PALMISCIANO, Ana Luisa Souza Correia de Melo; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho. Acesso à justiça diante da reforma trabalhista: reflexões sobre vulnerabilidade e justiça do trabalho. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23 n. 3, p. 125-145, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p125. ISSN: 2178-8189

Recebido em 28/02/2019

Aprovado em 01/11/2019

MEDIAÇÃO EM LUIS ALBERTO WARAT: HUMANIZAÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MEDIATION IN LUIS ALBERTO WARAT: HUMANIZATION OF THE CONFLICTS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Caroline Isabela Capelesso Ceni*
Janete Rosa Martins**

*Mestranda em Direito pela Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI
Especialização em Mediação, Conciliação e Arbitragem pela Universidade Regional do Alto do Uruguai e das Missões – URI
Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI
Email: Caroline.ceni@hotmail.com

**Doutora em Ciências Sociais em 2017 pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Mestre em Direito em 2001 pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC
Especialista em Direito Público em 1998 pela Universidade Regional Integrada do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI
Graduada em Direito em 1995 pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI
Email: Janete@san.uri.br

Como citar: CENI, Caroline Isabela Capelesso. MARTINS, Janete Rosa. Mediação em Luis Alberto Warat: Humanização dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. *Scientia Iuris*, Londrina, v.23, n.3, p. 146-161, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p146. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A conflituosidade é uma constante natural do meio social, especialmente na sociedade contemporânea em razão da complexidade presente na individualidade humana, na psique do ser humano. Nessa senda, discute-se se a mediação proposta por Luis Alberto Warat pode ser utilizada como uma ferramenta apta a humanizar os conflitos sociais. Tais questionamentos surgem em razão da inadequação do procedimento jurisdicional no tratamento dos conflitos e do aumento da litigiosidade e da não pacificação social. Assim, objetiva-se com a utilização da mediação no Estado Democrático a concretização da pacificação social e a humanização dos conflitos a partir da compreensão do outro indivíduo, bem como de suas particularidades e necessidades. Para tal intento a pesquisa utilizou-se do método analítico descritivo.

Palavras-chave: Cultura. Humanização. Luis Alberto Warat. Mediação.

Abstract: The conflict is a constant natural present in the social environment, especially in contemporary society on grounds of complexity present in human individuality, in the psyche of the human being. In this path, discusses whether the mediation proposal by Luis Alberto Warat can be used as a tool able to humanize the social conflicts. Such questions arise due to the inadequacy of judicial procedure in the treatment of conflicts and increased litigation and non-social pacification. Therefore, the goal is with the use of mediation in the Democratic State to achieve social peace and humanization of the conflict from the

understanding of another individual, as well as of their particularities and needs. To this end, the research used the descriptive analytical method.

Keywords: Culture. Humanization. Luis Alberto Warat. Mediation.

INTRODUÇÃO

A sociedade na contemporaneidade se caracteriza a partir de um alto índice de controvérsias sociais que se confirmam por meio dos diversos tipos de conflitos¹ que a envolvem. A função jurisdicional do Estado Democrático de Direito em razão da maneira como foi estruturada, e da alta conflituosidade presente no tecido social, não corresponde aos anseios apresentados pelos indivíduos, provocando a desumanização do conflito quando judicializado.

Há uma conversão do conflito – que tem potencial transformador – em litígio, que transmite a dualidade de vencedor e perdedor, não possibilitando que as pessoas aprendam com as divergências que as acometem diariamente. Há uma incapacidade de compreensão dos aspectos positivos que podem decorrer dos conflitos, tais como a humanização dos indivíduos e a compreensão do outro.

Dessa maneira, é necessária a construção de mecanismos que possibilitem a pacificação social no Estado Democrático de Direito, algo que vai além da função jurisdicional do Estado, é necessária uma ferramenta que enseje em uma convivência social pacífica, humana. Tal intento pode ser atingido a partir do desenvolvimento da mediação proposta por Luis Alberto Warat, em razão de sua capacidade em humanizar os conflitos, a partir da transformação das pessoas. A importância reside no ideal democrático de pacificação das relações, internas e externas.

Assim, a presente pesquisa se justifica em razão da alta litigiosidade presente no âmbito social e da necessidade de efetivação dos ideais democráticos propostos pelo Estado. Tal conjuntura agrava-se ao levar-se em consideração a situação estrutural judiciária, bem como a inadequação procedimental dispensada pelo Poder Judiciário no tratamento das contendas judiciais, em razão do desrespeito as características de cada conflito.

Assim, se questiona: a mediação proposta por Luis Alberto Warat pode humanizar os conflitos no Estado Democrático de Direito? Desse modo, o trabalho tem como objetivos: i) realizar uma breve análise do Estado Democrático de Direito; ii) analisar, brevemente, a função jurisdicional do Estado e o tratamento que é dispensado aos jurisdicionados; e, iii) apresentar a mediação proposta por Luis Alberto Warat como ferramenta apta a humanizar os conflitos no Estado Democrático de Direito.

Para tal intento a pesquisa utilizou-se do método analítico descritivo, a fim de possibilitar a análise do Estado Democrático de Direito, bem como do Poder Judiciário, com o fim de propor a mediação de Luis Alberto Warat como meio de humanização dos conflitos sociais. A técnica utilizada foi a bibliográfica, com pesquisa em livros, artigos e demais materiais auxiliares.

¹ A presente pesquisa compreende que o conflito representa um elemento positivo na vida das pessoas e é inerente à condição humana, embora as pessoas tenham dificuldade em compreendê-lo dessa maneira em razão da dor emocional que ele causa (FOLEY, 2010). Também se diferencia o conflito de litígio, pois o conflito se transforma em litígio sob a ótica legal em razão de sua judicialização e por decorrer de uma “[...] violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social”. (FOLEY, 2010, p. 119). Mas o conflito “[...] deve ser visto como uma oportunidade, na medida em que pode veicular um processo de transformação [...] conflitos possuem sentidos e, quando compreendidos, as partes nele envolvidas têm a oportunidade de desenvolver e transformar suas vidas” (FOLEY, 2010, p. 119-120). O conflito tem relevância sociológica, pois ele pode modificar as comunidades e também ser uma forma de socialização (SIMMEL, 2013).

1 O ESTADO, A DEMOCRACIA E A CONCRETIZAÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

Uma sociedade mais igualitária, digna e justa deve ser um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, mas tal condição deve se dar a partir das diferenças que compõem a sociedade. Assim, tem-se que a participação efetiva das pessoas nos processos decisórios do país, bem como nos processos decisórios de problemas que permeiam suas vidas, caracterizam o Estado Democrático de Direito, uma vez que a vida em sociedade ocorre de maneira conexa com as demais pessoas e de suas interações e a sociedade é produto desses vínculos (WARAT, 2004e).

Nessa senda, faz-se necessário colocar as bases referentes a Habermas sobre o Estado Democrático de Direito em que se confirma que o sistema jurídico desempenha a função de coordenar a ação e solucionar os conflitos de ação entre os cidadãos. Todavia, a moral racional pós-convencional tornou-se um saber que somente pode obrigar por meio da força frágil da convicção, enquanto o direito dispõe da capacidade de coagir os arbítrios privados. Já o sistema político, por outro lado, permite aos agentes realizarem programas coletivos de ação, pois os cidadãos que interagem não somente divergem sobre a interpretação de valores e normas morais ou jurídicas, mas também definem metas de ação que transcendem a capacidade dos cidadãos isolados e precisam ser implementadas por meio de uma estrutura política que conjugue os esforços do grupo (HABERMAS, 1994, p. 179).

A participação democrática passa por diversos desafios em razão da complexidade do tecido social e da dependência do Poder Jurisdicional para a tomada de decisões, o que vem aumentando no contexto social da contemporaneidade, conforme se depreende do congestionamento do Poder Judiciário. Percebe-se, assim, a necessidade de efetivação do viés democrático de maneira mais ampla que apenas a garantia de acesso ao Poder Judiciário. Diante disso, depreende-se que é necessário que se garanta o acesso a uma ordem jurídica justa, que permita que as pessoas desenvolvam a autonomia. “A justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir entre si como *pares* [...]” (FRASER, 2002, p. 13, grifo da autora).

A concretização da justiça e dos ideais democráticos ocorrem a partir da efetivação da autonomia das pessoas quando se relacionam entre si. Tal aspecto deve ocorrer de maneira paralela a um processo pedagógico que permita que essas se (re)conheçam para (re)conhecer o outro². Tal condição evita situações de litigiosidade, uma vez que possibilita aos indivíduos lugares de fala e retomada de consciência, efetivando um viés democrático, ensejando a efetivação da pacificação social.

Para a constituição de uma sociedade democrática é necessário que os indivíduos convivam de maneira harmoniosa, pacífica, resolvendo seus conflitos de forma não violenta. A sociedade democrática não é uma sociedade perfeita, uma vez que esse não é um projeto possível, mas é uma sociedade aperfeiçoável. “A democracia não está a serviço da sociedade ou dos indivíduos, mas

2 Nesse sentido, a mediação permite o (re)conhecimento do outro, uma vez que em processos mediativos ocorrem interações comunicativas contínuas, pautadas na alteridade para com o outro e sua história (MORAIS; VERAS, 2018).

dos seres humanos como Sujeitos, isto é, criadores de si mesmos, de sua vida individual e coletiva [...]” (TOURAINÉ, 1996, p. 34).

Isso confirma que a democracia é matriz simbólica das relações sociais e por isso não pode ser dominada por concepções jurídicas que limitam a sociedade, mas sim deve permitir a instituição de uma ordem simbólica democrática que permita discussões, lutas, negociações e diálogo (WARAT, 2004e). Um espaço público assim instituído permite a compreensão do outro e a pacificação do tecido social, que se constitui de maneira plural e necessita de consciência crítica para entender a complexidade dos demais indivíduos.

Antes de tudo, para se constituir uma cultura político-jurídica mais democrática, marcada pelo pluralismo, pela descolonização e pela liberação, faz-se necessário, refletir e forjar um pensamento crítico, construído a partir da práxis das sociedades emergentes, capaz não somente de viabilizar novos conceitos, categorias, representações e instituições sociais, como também repensar as fontes do direito, tomando em conta os critérios da pluralidade e interculturalidade. Assim, inicialmente há que discorrer sobre a construção de um conhecimento crítico, como estratégia contra-hegemônica, para combater a cultura globalizada, neoliberal, eminentemente tecno-formalista e colonizadora (WOLKMER, 2015, p. 95).

Nesse aspecto, tem-se que “[...] a democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas” (SEN, 2011, p. 11). Compreende-se, portanto, que para superar as injustiças sociais e humanizar os conflitos decorrentes dessas é necessária a organização de arranjos sociais que permitam a participação de todos os indivíduos em âmbito social (FRASER, 2009). Confirma-se, assim, que essa deve ser uma das políticas propostas por um Estado Democrático.

Tal condição é uma quebra de paradigma, uma vez que é necessário que se dê voz a todos os indivíduos do corpo social e para tanto é preciso um novo horizonte de pensamento para a política e a condução social. A democracia, especialmente nesse período de transição, precisa de um desejo de inovação (WARAT, 2004c, p. 316), a fim de que inclua os cidadãos no sistema e no processo de participação democrática.

São necessárias “novas instituições para adaptar e promover provisoriamente a resolução de disputas de maneira democrática, em permanente diálogo com a sociedade civil transnacional³” (FRASER, 2010, p. 69). Torna-se de essencial importância a promoção de políticas que permitam essa participação democrática, inclusive em respeito aos dispositivos já propostos e existentes no ordenamento jurídico no que tange à pacificação social.

A pacificação social se encontra no ordenamento jurídico a partir da previsão da solução pacífica das controvérsias constante do preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Além disso,

3 Tradução livre do seguinte trecho em inglês: “[...] new institutions for staging and provisionally resolving such disputes democratically, in permanente dialogue with transnational civil society” (FRASER, 2010, p. 69).

há a previsão da normatização da solução pacífica das controvérsias como princípio no art. 4º, VII, do diploma legal referido anteriormente e também a previsão da defesa da paz no inciso VI (BRASIL, 1988).

Contudo, a mera previsão legal não basta. O Estado Democrático de Direito exerce um importante papel na garantia de diversos direitos fundamentais, como o acesso à justiça, a liberdade, a segurança. Tais direitos se relacionam de maneira direta com a pacificação social e a humanização dos conflitos, assim não se pode admitir que esses se tornem impossíveis, ou de difícil concretização em razão da estrutura estatal deficitária.

Portanto, a fim de efetivar o viés democrático é necessário que se possibilitem outros meios de tratamento de conflitos. Meios que desenvolvam a capacidade de empoderamento dos indivíduos. Nesse aspecto, tem-se como necessária a criação de espaços que vão além do poder estabelecido e de lugares fechados. “[...] Se convida a criar novas formas de experiência político jurídica, novas modalidades de convivência social; inventando contrapoderes sociais capazes de enfrentar a onipotência da cultura oficial [...]”⁴ (WARAT, 2004c, p. 317).

Estamos pensando na democracia como uma matriz simbólica das relações sociais. Ela é atualmente dominada por concepções juridicistas que criam um horizonte de representações imaginárias totalmente desvinculadas do tecido social. Elas se apresentam como mecanismo de instituição da sociedade, como sociedade heterônoma (WARAT, 2004b, p. 327).

A partir disso tem-se que o Estado Democrático precisa possibilitar novos meios para que a convivência social se desenvolva, respeitando todas as diferenças existentes. Contudo, se torna necessário o incentivo a meios pacificadores, uma vez que a função do Poder Judiciário se centrou em um caráter de jurisdição, não atingindo o intento de pacificação social e humanização dos conflitos em razão de suas características próprias e atuais problemas estruturais.

2 O PODER JUDICIÁRIO E A SUA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A preocupação da evolução e aprimoramento da justiça acompanha a evolução da humanidade. Nos séculos XVIII e XIX o acesso à justiça limitava-se a garantia de ajuizamento de um processo, ou seja, o acesso apenas formal, mas não efetivo. Contudo, com o advento do Estado Social no século XX inauguraram-se os movimentos de ampliação do acesso à justiça, reclamando-se a atuação positiva do Estado a fim de assegurar materialmente acesso aos direitos sociais proclamados para todos os indivíduos (CABRAL, 2013).

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) referem que o acesso à justiça pode ser “encarado como o requisito fundamental – mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”. Dessa maneira,

4 Tradução livre do seguinte trecho em espanhol: “[...] se invita a crear nuevas formas formas de experiencia político jurídica, nuevas modalidades de convivencia social; inventando contrapoderes sociales capaces de enfrentar la omnipotencia de la cultura oficial” [...] (WARAT, 2004c, p. 317).

devem-se buscar soluções a fim de proporcionar uma mudança de mentalidade no meio social e se chegar à efetividade jurisdicional, que pode se dar por diversos meios que vão além da solução adjudicada.

Internamente o Estado tem reforçado a pacificação social por meio do Poder Judiciário, que detém capacidade e atribuições para tal intento, contudo a realidade que se apresenta é de intensa litigiosidade, caracterizando-se o Poder Judiciário a partir de uma função jurisdicional e não pacificadora e humanizadora no tratamento dos conflitos. A sociedade se move com imensa rapidez e dela emerge uma enorme força que torna necessária uma condução e um tratamento adequado dos conflitos a fim de que se permita o aprimoramento do caráter humano dos indivíduos, respeitando as características que lhes são intrínsecas.

O conflito faz parte da vida em sociedade e se caracteriza como um espaço de aprendizado, transformação e evolução. Contudo, a atividade jurisdicional, ofertada pelo Estado “[...] deseja eliminar esse *locus* cósmico de re-integração. O exercício da jurisdição, a partir de seus procedimentos, não pode revelar, nem identificar, o modo como o fluxo da realidade se comporta [...]” (AQUINO, 2010, p. 108). Nessa senda, confirma-se que na contemporaneidade a judicialização excessiva resulta na percepção de negatividade do conflito – que se transforma em litígio – e não permite a sua humanização, além do seu não reconhecimento como transformador das relações e como forma de socialização⁵.

Contudo, “[...] a sociedade necessita de um combinado de harmonia e dissonância, de associação e luta, de simpatia e antipatia para definir sua forma [...]” (SIMMEL, 2013, p. 19). Entretanto é necessária a consciência da capacidade transformadora dos conflitos para que o ser humano cresça individualmente e, dessa maneira, fortaleça sua capacidade de enfrentar as condições adversas do mundo de maneira madura (MENDONÇA, 2012). Tais premissas são as que conduzem a uma humanização dos conflitos, o que vai de contramão a atividade jurisdicional.

Na jurisdição institucionalizada, o juiz é um “terceiro” que dita a solução, através de imperativos concretos (normas jurídicas) dirigidas à conduta das partes processuais. Assim, a jurisdição não administra os conflitos apresentados, pois utiliza uma sutileza normativa que propõe o deslocamento da conflictividade (sentimento de insatisfação), *reinstitutionalizando o conflito através da judicialização da insatisfação pessoal do sujeito em um fato litigioso quantificável ao imprimir-lhe a necessária decidibilidade*: esquece-se das insatisfações e do retorno à harmonia entre indivíduos para tratar de algarismos racionais, ou melhor, cifras [...] (MENDONÇA, 2012, p. 106, grifo do autor).

Tal condição se agrava, uma vez que “[...] a maioria dos juristas acredita também que todas

5 Tais condições ocorrem, uma vez que “O Direito Positivo [...] revela-se insuficiente para promover cenários pacíficos que estabeleçam modos de integração e interação entre as pessoas [...]” (AQUINO, 2011, p. 107). A jurisdição, como ação impositiva do Estado, decide sem compreender as angústias e temores das pessoas envolvidas e tal condição agrava as interações humanas “[...] porque se incentiva a atomização do ego de cada Ser humano [...]” (AQUINO, 2010, p. 107).

6 Tradução livre do seguinte trecho em espanhol: “[...] la sociedad necesita un combinado de armonía y disonancia, de asociación y lucha, de simpatía y antipatía para definir su forma [...]” (SIMMEL, 2013, p. 19).

as verdades de seu universo se encontram nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça [...]” (WARAT, 2010, p. 4). Como consequência, o poder jurisdicional por meio da instauração do litígio não resolve o conflito real, mas apenas o aparente; por isso é preciso ampliar a “[...] compreensão do direito como princípio e instrumento da transformação social politicamente legitimada [...]” (SANTOS, 2014, p. 13).

É necessário possibilitar a realização da autonomia das pessoas e a intervenção no conflito por meio do diálogo – e não da judicialização – buscar um denominador comum e não a destruição do outro. O direito e a justiça exercem um importante papel na sociedade contemporânea, mas precisam ser fatores de democratização da vida coletiva e não de autoritarismos (SANTOS, 2014).

Além disso, a judicialização excessiva torna necessária a presença constante da figura de um pai superior que transforma o indivíduo e a coletividade em “[...] meros objetos administrados [...]” (MAUS, 2000, p. 185), em que a justiça é venerada por uma sociedade órfã (MAUS, 2000). Como consequência desse amparo excessivo a sociedade não consegue se autodeterminar nos próprios conflitos e judicializa frustrações e sentimentos mal resolvidos para que alguém solucione.

A democratização e a humanização dos conflitos advêm de um Estado promotor de uma cultura, jurídica e social, voltada para a paz, que permita a construção da paz social e desenvolva a capacidade de autonomia nos indivíduos de maneira humanizada. Contudo, a humanização dos conflitos sociais necessita do desenvolvimento de mecanismos, bem como de uma consciência voltada a tal objetivo, o que acontecerá de maneira gradual no meio social.

[...] A democracia e o Direito moderno ficaram presos nas redes das formas e das palavras. Agora começa a surgir a necessidade de trocar substantivos pela experiência das pessoas e suas relações. Começa a procurar-se princípios de democracia, de política e de direito baseados nas relações interpessoais e em seus conflitos. E o Direito com o outro e a cidadania, a democracia e o direito como mediação. Cidadãos que decidem suas vidas em todas as esferas do social e que não somente participam simulando decidir com a emissão de um voto. São cidadãos que contam e não saem contados na hora de uma eleição. Para que um cidadão conte, é preciso que tenha a possibilidade de compartilhar o conhecimento e desfrutar de uma informação, que possa ajudá-lo a eleger, livremente, entre as opções que lhe oferecem. Para que um cidadão possa contar, é preciso que lhe permitam realizar sua imersão em processos de mediação. Nisso consiste a democracia radical e a justiça cidadã (WARAT, 2004e, p. 123).

Tais aspectos representam, inclusive, conforme Buzaid (1972 *apud* ARRUDA, 2014), a ideia da crise do Poder Judiciário. Isso ocorre em razão de um desequilíbrio entre o aumento de demandas ajuizadas e o número de julgamentos proferidos. Em razão disso, há um congestionamento do fluxo normal da tramitação processual em razão da instauração da cultura do litígio, que transmite a ideia de que apenas uma decisão judicial pode resolver o problema vivido pelas pessoas. O binômio vencedor/perdedor imposto pela sentença distancia a possibilidade de emancipação dos indivíduos e impõe a cultura do litígio na sociedade (WARAT, 2010).

O processo decisório litigioso enseja em “[...] marcas traumáticas que toda decisão

deixa em nossos estados de consciência. A transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que inevitavelmente traumatiza as partes [...]” (WARAT, 2010, p. 58). Tal condição ocorre, pois para a cultura do litígio só importa a realidade dos autos e essa compreensão gera traumas processuais em razão de uma falsificação de fundamentações para a decisão, condição oposta a concepção de conflito da mediação em que se compreende a realidade das pessoas, os sentimentos (WARAT, 2010). Tal condição pode ser transformada com a mediação proposta por Luis Albert Warat, que prioriza o indivíduo e seus sentimentos, uma vez que esses são aspectos envoltos pelos conflitos.

Contribuindo para a situação de crise do Poder Judiciário, há o acúmulo de instâncias, a falta de servidores e magistrados, bem como falta de agilidade dos procedimentos judiciais em decorrência do formalismo⁷. A título de ilustração, conforme relatório do Projeto “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, relativamente ao ano-base de 2017, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 80,1 milhões de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Conquanto para a melhoria do tratamento dos conflitos sociais dispensados à sociedade fazem-se necessários novos meios que tornem o mecanismo ofertado pelo Poder Estatal adequado aos anseios da comunidade e efetivem seus direitos, a fim de acabar com a crise do Poder Judiciário. Conforme Willani (2014) o volume de processos, a morosidade processual, a crescente produção de leis, a imposição de normas que não atendem à complexidade do conflito, bem como o distanciamento do magistrado são alguns dos fatores que ocasionam essa crise jurisdicional e criam uma barreira entre a sociedade e o Poder Judiciário.

Dessa maneira, questiona-se a adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais contemporâneas. Na medida em que o Estado Moderno chamou para si o monopólio estatal, a sociedade passou a ter a necessidade de atendimento e tratamento dos conflitos sociais, contudo tal condição não se resolve apenas com os dispositivos legais, mas sim de maneira paralela com uma teoria e prática jurídica que respondam a essas pretensões sociais.

[...] A forma tradicional de solução dos litígios através dos tribunais e mediante decisão de um juiz imparcial é considerada hoje, como incapaz de assegurar, só por si, a paz jurídica e de garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas. A isto acresce a objeção de a forma estatal autoritária de fazer justiça constituir um obstáculo à tendência generalizada de *autoregulação dos litígios*. Por fim, avança-se ainda com a tese de muitos litígios actuais “consumirem” a justiça e os tribunais sem, materialmente, se configurarem como verdadeiros conflitos carecedores de um processo judicial formal e de uma sentença ou decisão judicial. (CANOTILHO, 2003, p. 672-673, grifo do autor).

A ineficácia torna-se notória diante da complexidade dos fatos sociais e a realidade a que

⁷ No cenário brasileiro a crise se apresenta de maneira estrutural em suas instalações, na seara funcional com carência de pessoal, no aspecto substancial em razão da inadequação dos métodos disponibilizados e, inclusive, em razão da crise generalizada das instituições, como a crise na educação, na saúde, na previdência, na economia (MORAIS, 1999).

estão inseridos, uma vez que os problemas envolvem não apenas a decisão de uma lide jurídica e a garantia de determinado direito, mas o tratamento de uma lide sociológica que é envolvida por sentimentos. Depreende-se, portanto que, muitas vezes, é preciso que a resolução se dê pelas próprias partes, tornando-se conveniente a utilização de meios de tratamento de conflitos que vão além da solução adjudicada proporcionada por meio de uma sentença prolatada pelo Juiz, como a mediação proposta por Luis Alberto Warat.

3 MEDIAÇÃO WARATIANA: FERRAMENTA PARA A HUMANIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

A mediação possibilita a compreensão do conflito de maneira construtiva respeitando seu potencial transformador, ou seja, respeitando a importância que o conflito exerce no meio social. Contudo, para efetivação de tal finalidade é necessário dispensar um tratamento adequado ao conflito, de maneira humanizada. A pedagogia da mediação proposta por Luis Alberto Warat permite a compreensão da diferença desde o outro (WARAT, 2004e), humanizando as relações interpessoais.

A mediação possui um valor pedagógico para a prevenção, para a administração e para o tratamento dos conflitos, além de possibilitar que os indivíduos encontrem no conflito um sentido. Ela possibilita a humanização do Direito e a concretização do viés democrático, evidenciando o empoderamento pessoal e a realização de autonomia nos indivíduos por meio do diálogo. “[...] A mediação pressupõe uma forma de ação capaz de provocar uma sensibilidade que possa apreender as circunstâncias relevantes não apenas do conflito, mas da vida dos atores de forma integral [...] (MORAIS; VERAS, 2018, p. 20). Por isso se compreende que a mediação porta valores

[...] humanistas que consagram a representação ideal do homem considerado sujeito livre e consciente. Ele representa o valor supremo e deve ser protegido contra todas as formas de sujeição política, religiosa ou econômica. Os princípios éticos e deontológicos da mediação priorizam a capacidade dos indivíduos de fazer escolhas e de usar palavras que lhes sejam próprias. Esse postulado da competência dos indivíduos está no coração de um processo que considera de forma deliberadamente otimista que todo ser humano pode, a qualquer momento, progredir, mudar e melhorar suas capacidades de ouvir, de comunicar e de compreender. Tal habilidade às vezes é projetada individualmente, às vezes coletivamente. Os ingleses fazem sempre referência ao termo *empowerment* para qualificar o processo que permite retomar o poder de sua própria vida, de desenvolver suas atitudes de progredir, de se organizar, de defender seus direitos, de se emancipar e de sair de uma situação de alienação. (FAGET, 2012, p. 239).

Dessa maneira, a mediação em âmbito social permite um novo modo de “[...] pensar o lugar do Direito na cultura emergente do terceiro milênio [...]” (WARAT, 2004e, p. 51), ou seja, de pensar a humanização dos conflitos no Estado Democrático de Direito. A compreensão do conflito no meio social deve ser aproveitada como uma oportunidade para a humanização e a mediação dos

indivíduos, ensejando na autonomia e na emancipação de um Estado que tutela todos os interesses individuais.

A mediação não é apenas direcionada para as relações interpessoais, mas também para as relações que as pessoas podem ter com instituições (SIX, 1997, p. 32). Dessa maneira, ela possibilita que a participação em ambientes democráticos se efetive além da garantia do voto, tal condição auxilia na concretização de uma humanidade mais humana em suas relações interpessoais.

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). E a autonomia uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. E uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores (WARAT, 2004e, p. 66).

Práticas sociais de mediação permitem que os cidadãos se autodeterminem nos seus conflitos intrapessoais, e também interpessoais, uma vez que estarão preparados para administrá-los e reconhecer seus sentimentos. A mediação possibilita que as pessoas se tornem efetivamente autores de suas próprias vidas a partir de redes comunitárias, uma vez que oportuniza, além do conhecimento do Direito, o conhecimento de seus sentimentos.

A mediação é um grande paradigma, uma pedagogia que ajuda a aprender a viver e não mais como lei apenas pune o que considera conflitivo, traz-se, assim, uma nova concepção dos conflitos (WARAT, 2004e). A sociedade transmoderna, multicultural e complexa precisa produzir a diferença, em razão da presença da diferença no meio social e ir além da imposição de condutas e tipificações legais, propiciar o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos de maneira à educá-los para o diálogo.

Nesse sentido, confirma-se que “[...] a mediação apresenta um escopo psicopedagógico ou educacional: leva o ser humano a aprender-se como parte da humanidade, ou seja, lidar diretamente consigo e com o outro” [...] (MENDONÇA, 2012, p. 126-127). Esse escopo deve ser concretizado a partir dos ideais que o Estado Democrático de Direito objetiva e que, por consequência, são concretizados em uma sociedade pacífica e apta à comunicação dialógica.

A tradição da cultura jurídica fragmenta o pensamento e judicializa os sentimentos. Tais fatos ensejam no esquecimento dos atores dos conflitos uma vez que se separam as normas e os fatos que são passíveis de produção de provas e não se leva em consideração as necessidades sócio

emocionais dos envolvidos (WARAT, 2005).

A mediação permite a construção de espaços de diálogo, ou seja, de participação, de escuta e como filosofia diária de vida permite que os indivíduos desenvolvam uma forma de (r) evolução social e efetivação democrática que, hoje, se encontra fragilizada em razão, inclusive, do excessivo tecnicismo burocrático. A significação das vidas individuais se dá a partir da educação, essa é um meio de transformação social, mas para isso são necessárias práticas sociais, como a mediação proposta por Luis Alberto Warat, que permitam a compreensão de que os indivíduos não vivem isolados do mundo.

Vivemos nas diferenças: costumes, valores, gostos, roupas, modos de comunicação, preferências afetivas, desejos, sentimentos, representações, palavras, enfim, a diferença em tudo e em todos. Transitá-las e decidir os conflitos do próprio fazer, é um modo de aprender a aceitar a realidade, a realizar os caminhos da própria autonomia. Lamentavelmente, a pedagogia tradicional esqueceu de nos ensinar o resto. (WARAT, 1999, p. 40).

A compreensão da diferença, bem como da sua importância e necessidade, não ocorre a partir de uma visão reducionista. É necessário um paradigma pedagógico que permita o (re) conhecimento do outro indivíduo e sua importância como ser humano no tecido social. Nessa senda, o papel do Direito, como regulador da vida em sociedade, é de extrema relevância, a fim de que não ocorra uma homogeneização social e nem mesmo uma limitação da capacidade de diálogo dos indivíduos.

Tais movimentos possibilitam a compreensão de que “[...] as pessoas que parecem ser monstros são apenas seres humanos cuja linguagem e comportamento às vezes nos impedem de perceber sua natureza humana [...]” (ROSENBERG, 2006, p. 168). Nessa conjuntura a técnica de mediação possibilita que se desenvolvam “habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas [...]” (ROSENBERG, 2006, p. 21). É a utilização de uma linguagem compassiva, de palavras que não provoquem sofrimentos ao outro, que permitam o aprofundamento das relações e dos sentimentos nas relações interpessoais, gerando intimidade e confiança.

A importância reside no fato de que “a palavra pode ser igualmente violenta quando humilha, difama, desqualifica, ofende, ironiza, ridiculariza ou demoniza alguém, um grupo, uma tradição ou nacionalidade [...]” (DISKIN, 2008, p. 34). Uma linguagem pode possuir palavras alienantes e agressivas que rotulam e criam estereótipos nos cidadãos, como algumas condições expostas pelo sistema do Direito, em razão de sua característica de embate e acusação.

Assim, confirma-se que a mediação faculta uma compreensão da importância do conflito e do diálogo para o crescimento individual e social. Tal técnica quando utilizada em âmbito social⁸

8 “[...] A mediação, em uma perspectiva ampliada, pode se ocupar de todos os tipos de conflito – comunitário, empresarial, escolar, familiar, conflitos amplos vinculados aos direitos humanos [...] até mesmo a mediação inserida nos conflitos do saber, como possibilidade de superação do imaginário normativista jurídico tendo como horizonte a alteridade” (MORAIS; VERAS, 2018, p. 18).

permite a humanização dos conflitos, além de empoderar as pessoas para o diálogo, para a fala e também para a escuta ativa e o (re)conhecimento dos demais, concretizando os ideais democráticos presentes no Estado Democrático de Direito.

“A autocomposição dos procedimentos de mediação demanda a presença de um terceiro, que colabore e ajude as partes a alcançar sua decisão considerando a transformação do próprio conflito” (MORAIS; VERAS, 2018, p. 17). A mediação possibilita não a concretização de um acordo, mas o redimensionamento do conflito pelas partes, uma vez que leva em conta as condições psicológicas, culturais e sociais que deflagram as relações conflituosas (MORAIS; VERAS, 2018, p. 17).

A mediação promove uma terapia do reencontro – o que Warat (2004e) nomeia de ‘Terapia do Reencontro Mediado’ em que o conflito é compreendido a partir de um viés educativo e transformativo⁹. “A mediação, como terapia do reencontro, considera o universo conflituoso dos sentimentos amorosos a partir de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária [...]” (WARAT, 2004e, p. 40). A dinâmica proposta pela mediação permite que se compreenda que o mundo é um lugar de vivência e convivência, de criação do novo com os demais a partir dos conflitos nas suas mais variadas formas¹⁰ (WARAT, 2004e). Essas condições ensejam na abertura de espaços democráticos de diálogo que sensibilizam a partir do conflito.

CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que o Estado Democrático de Direito falhou na sua função pacificadora e humanizadora dos conflitos. Dessa maneira, torna-se necessária a promoção de uma renovação democrática que vá além dos espaços de poder já instituídos. É necessário possibilitar às pessoas uma democracia participativa no meio social por meio de práticas como a mediação proposta por Luis Alberto Warat.

A função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário não tem se mostrado adequada para o tratamento dos conflitos sociais em razão da alta complexidade social. Além disso, a situação agrava-se em razão da complexidade inerente aos indivíduos. Disso decorre uma realidade jurídica intensamente litigiosa e que emana uma concepção negativa do conflito, sem o reconhecimento de seu potencial transformador. Soma-se a isso a inadequação procedimental dispensada aos jurisdicionados, a demora processual e a concretização de um direito tardio que, como consequência, não concretiza o Direito.

Tal conjuntura reverbera consequências em nível social, uma vez que os indivíduos não compreendem o aspecto positivo que advém do conflito em razão de sua transformação em litígio

9 Na Terapia do Reencontro Mediado a figura do mediador é essencial para que se atinja a humanização dos conflitos, uma vez que é ele quem facilita a interpretação dos mediandos, auxilia na retirada da carga negativa dos conflitos e no enfrentamento dos medos que o próprio conflito impõe às pessoas (WARAT, 2004e).

10 O Balcão do Consumidor pode ser referido como exemplo da mediação proposta por Warat, uma vez que tais ações promovem uma educação para o consumo, informando os consumidores sobre seus direitos e também disponibilizando a mediação que respeita a complexidade dos conflitos consumeristas. A mediação “[...] emerge cada vez mais como uma solução extremamente positiva para a resolução de litígios e a construção de uma cidadania consumerista efetiva (PILAU SOBRINHO; ZIBETTI; SILVA, 2018).

(binômio vencedor x perdedor) quando resolvido pelo Poder Judiciário, assim não se concretiza o ideal de pacificação social do Estado Democrático de Direito. Tal condição pode ser alterada com a efetivação da mediação proposta por Luis Alberto Warat que tem o potencial de humanizar as relações e as pessoas e que podem ser desenvolvidas a partir de ações como o ‘Balcão do Consumidor’.

Confirma-se com isso que referida técnica de mediação detém uma capacidade transformadora e humanizadora dos conflitos. Possibilita-se, assim, que as pessoas sintam e vivam o conflito a partir de suas experiências, o que pode, inclusive, em longo prazo, diminuir o nível da litigiosidade social e da dificuldade que os indivíduos têm em promover o diálogo no seu cotidiano.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. Estado de direito e estado constitucional: qual o devir de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In*: PASOLD, Cesar Luis (coord.). **Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 107-131.

ARRUDA, Paula Roberta Côrrea dos Santos. A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano 18, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013. (Coleção Administração Judiciária, n. 14). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina: 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DISKIN, Lia. **Vamos ubuntu?** um convite para cultivar a paz. Brasília: UNESCO: Fundação Vale: Fundação Palas Athena, 2008.

FAGET, Jacques. As vidas divididas da mediação. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 229-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/>

view/1602/1003. Acesso em: 20 fev. 2019.

FOLEY, Glauca Falsarella. **Justiça comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 7-20, out. 2002. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-020.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, v. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n77/a01n77.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

FRASER, Nancy. **Scales of justice**: reimagining political space in a globalization world. New York: Columbia University Press, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidade e validade**: contribuições para a teoria do discurso do direito e do estado constitucional democrático. São Paulo: Edições 70, 1994.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)modernidade e mediação de conflitos**: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos. Petrópolis: KRB, 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, Jose Luis Bolzan; VERAS, Mariana Rodrigues. Mediação e transformação social. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 15-28, maio/ago. 2018.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; ZIBETTI, Fabíola Wüst; SILVA, Rogério da. **Balcão do consumidor**: coletânea cidadania, mediação e conciliação. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2018.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-a-ideia-de-justica-amartya-sen-em-pdf-epub-e-mobi/>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SIMMEL, Georg. **El conflicto**: sociología del antagonismo. Tradução de Javier Eraso Ceballos. 2. ed. Madrid: Sequitur, 2013.

SIX, Jean-François. **Dinámica de la mediación**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996.

WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *In*: MEZZAROBÀ, Orides; WARAT, Luis Alberto (org.). **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b. p. 323-336.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Junior e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. Crisis de la democracia y crisis de la modernidad. *In*: MEZZAROBÀ, Orides; WARAT, Luis Alberto (org.). **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c. p. 313-322.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**. 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004e.

WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. O acesso à justiça e a crise no sistema jurisdicional: a mediação como alternativa de tratamento/solução para os conflitos sociais. *In*: GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline (org.). **O novo no direito civil**. Ijuí: Unijuí, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde América Latina. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (org.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

Como citar: CENI, Caroline Isabela Capelesso. MARTINS, Janete Rosa. Mediação em Luis Alberto Warat: Humanização dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. **Scientia Iuris**, Londrina, v.23, n.3, p. 146-161, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p146. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 09/07/2019

Aprovado em 30/10/2019

**A INSUSTENTABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE BONS
COSTUMES: PLURALISMO E LAICIDADE NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

THE UNSUSTAINABILITY OF THE GENERAL CLAUSE OF BONI
MORES: PLURALISM AND LAICITY IN CONTEMPORARY
SOCIETY

Fábio Queiroz Pereira*
Mariana Alves Lara**
Daniel de Pádua Andrade***

*Doutor em Direito em 2015 pela
Universidade Federal de Minas
(UFMG)
Mestre em Direito em 2010 pela
Universidade de Coimbra (UC)
Bacharel em Direito em 2006
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
E-mail: fabio.queiroz@gmail.
com

** Doutora em Direito em 2017
pela Universidade de São Paulo
(USP)
Mestre em Direito em 2012 pela
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
Bacharel em Direito em 2009
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
E-mail: ml.marianalara@gmail.
com

***Doutorando em Direito pela
pela Universidade Federal de
Minas (UFMG)
Mestre em Direito em 2018 pela
Universidade Federal de Minas
(UFMG)
Especialista em Direito em 2014
pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais (PUC/
MG)
Bacharel em Direito em 2014
pela Faculdade Milton Campos
(FMC)
E-mail: danieldepadaandrade@
gmail.com

Como citar: PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p162. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo problematiza a adequabilidade da cláusula geral dos bons costumes à conformação atual do ordenamento jurídico brasileiro. Nos sistemas de matriz romano-germânica, os bons costumes são tradicionalmente utilizados como limitação à autonomia privada. Trata-se de orientação refletida em diversos dispositivos restritivos do Código Civil de 2002. No Brasil, contudo, o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial dos bons costumes tem sido marcado pela ausência de demarcações objetivas. Em geral, observa-se uma aplicação fundamentada na moral social e voltada preponderantemente para o controle de vivências sexuais e familiares. Nesse sentido, o uso dos bons costumes evidencia uma imposição homogeneizante e injustificada do modelo de vida boa defendido pelos grupos majoritários. Essa realidade contraria o reconhecimento jurídico do pluralismo e da laicidade enquanto importantes vetores democráticos. Ademais, percebe-se que os fins almejados pelos bons costumes poderiam ser atingidos satisfatoriamente por meio de outros institutos com bases dogmáticas mais sólidas, como a boa-fé objetiva e a ordem pública. Nesse contexto, mediante uma investigação teórica, de vertente jurídico-dogmática e tipo compreensivo-propositivo, conclui-se pela insustentabilidade da cláusula geral dos bons costumes na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Bons costumes. Pluralidade. Laicidade. Cláusulas gerais.

Abstract: The paper problematizes the suitability of the general clause of boni mores in view of the current conformation of Brazilian legal order. In Roman-German matrix systems, the boni mores are traditionally used as a limitation to private autonomy. This guideline is reflected in several restrictive provisions of the Civil Code of 2002. In Brazil, however, the legal, doctrinal and jurisprudential treatment of the boni mores has been marked by the absence of objective demarcations. In general, its application is based on social morality and is focused predominantly on the control of sexual and family living. In this sense, the use of boni mores evinces a homogenizing and unjustified imposition of the model of good life defended by the majority groups. This reality contradicts the legal recognition of pluralism and laicity as important democratic vectors. In addition, it can be noted that the ends sought by the boni mores could be satisfactorily reached through other institutes with more solid dogmatic bases, such as the objective good faith and the public order. In this context, through a theoretical investigation of juridical-dogmatic strand and comprehensive-propositional type, it is concluded by the unsustainability of the general clause of boni mores in the contemporary society.

Keywords: Boni mores. Pluralism. Laicity. General clauses.

INTRODUÇÃO

A expressão “bons costumes” é de uso comum no âmbito das Ciências Jurídicas. Quase sempre é mencionada na legislação como forma de limitar a autonomia privada: ao sujeito é vedado agir de determinada maneira porque sua conduta violaria o que se entende por bons costumes. Nas palavras de António Menezes Cordeiro, “os bons costumes surgem [...] sempre como algo exterior, que delimita o campo de actuação permitida no domínio da permissão genérica de produção de efeitos jurídicos – isto é, da autonomia privada – mas que, em si, não prescreve o teor do comportamento a assumir.” (CORDEIRO, 2007, p. 1213).

A codificação civil brasileira, por exemplo, apoia-se nos bons costumes para controlar o uso do corpo (art. 13)¹, para considerar ilícitas certas condições inseridas em negócios jurídicos (art. 122)², para configurar o abuso de direito (art. 187)³, para limitar a conduta de condôminos (art. 1.336)⁴ e para definir a perda do poder familiar (art. 1.638)⁵. Segundo alguns autores, como Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 148), os bons costumes são invocados até mesmo para invalidar negócios jurídicos, apesar de inexistir regra legal expressa nesse sentido.

Embora os bons costumes sejam referência constante no campo do Direito, seu conceito não se encontra definido com precisão na legislação e nem mesmo na doutrina ou jurisprudência. Frequentemente são associados à moral, sobretudo à moral social, o que acaba por impor à coletividade uma vivência específica. Em outros contextos, os bons costumes se confundem com as cláusulas gerais de boa-fé e de ordem pública, revelando ausência de técnica jurídica no tratamento do tema.

Uma vez que os bons costumes são utilizados para limitar o exercício da autonomia privada até sob aspectos íntimos, como o livre uso do corpo, mister empreender uma análise mais detida acerca de seu campo de abrangência, de modo a serem afastadas possíveis violações a direitos fundamentais e ao exercício das liberdades individuais.

1 BONS COSTUMES E SUA VINCULAÇÃO À MORAL

Os costumes, como uma das fontes do Direito, são definidos com base em dois elementos constitutivos: o uso e a convicção de obrigatoriedade. Trata-se de práticas sociais reiteradas que geram em determinado círculo social a convicção de que devem ser seguidas (ASCENSÃO, 2005, p. 265). Uma vez qualificados pelo adjetivo “bons”, os costumes têm seu significado sensivelmente alterado, passando a designar um conjunto de práticas e hábitos que são aceitos

1 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes (BRASIL, 2002).

2 Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes (BRASIL, 2002).

3 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

4 Art. 1.336. São deveres do condômino: [...] IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes (BRASIL, 2002).

5 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (BRASIL, 2002).

por uma dada sociedade e vistos como moralmente relevantes, sendo, portanto, mercedores de proteção. Contudo, não se encontra na legislação uma definição precisa e nem mesmo um rol de quais comportamentos são considerados em conformidade ou em desconformidade com os ditos bons costumes. Ao contrário, tem-se um conceito indeterminado e de difícil apreensão, revelando significativa variação no tempo e no espaço. Anderson Schreiber afirma tratar-se de uma noção tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento (SCHREIBER, 2013, p. 35).

Face à inexistência de demarcação objetiva do tema e devido ao fato de que parte da doutrina entende que os bons costumes implicam referência a critérios supraleais (VASCONCELOS, 2012, p. 235), sua determinação acaba sendo delegada ao juiz na análise de cada caso concreto. Mas a jurisprudência também não fornece critérios seguros para a delimitação do conceito, sendo que, não raras vezes, se verificam decisões contraditórias.

A esse respeito podem ser citados julgamentos acerca da manutenção de casas de prostituição e a tipicidade ou não dessa conduta como crime, enquadrada no art. 229 do Código Penal brasileiro⁶. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou em 2014 o proprietário de um estabelecimento de exploração sexual, ao argumento de que “eventual tolerância social não exclui o objetivo da norma, que é tutelar a dignidade sexual da pessoa e os bons costumes” (MINAS GERAIS, 2014). Contudo, em 2011, o mesmo Tribunal havia absolvido outra ré, também acusada de manter casa de prostituição, ao argumento de que a conduta é materialmente atípica, “não havendo lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, a moralidade sexual e os bons costumes” (MINAS GERAIS, 2011).

No Supremo Tribunal Federal, os bons costumes já foram utilizados como fundamento para proibir a realização de loterias e jogos de azar por particulares (BRASIL, 1987), a prática de *trottoir* por prostitutas, ou seja, o uso das calçadas para aliciamento de clientes (BRASIL, 1982) e a manutenção de casas de exploração sexual (BRASIL, 2011). Neste último julgado, a Ministra Relatora Cármen Lúcia chega a afirmar que o crime de manter casa de prostituição visa a proteger, em benefício de toda a coletividade, os bens jurídicos da moralidade sexual e dos bons costumes, valores de elevada importância e que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal, motivando a não aplicabilidade do princípio da fragmentariedade⁷. Todavia, a análise desses julgados não permite extrair um conceito unívoco de bons costumes e nem mesmo fixar com precisão o que a Suprema Corte brasileira tem entendido a esse respeito.

Na grande maioria das vezes, os bons costumes são associados à moral social. Seriam “o modo constante e comum de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo concebe” (RAO, 1999, p. 137). Ocorre que essa vinculação é bastante questionável.

A moral é caracterizada pela não positividade e pela ausência de regras elaboradas e

6 Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa (BRASIL, 1940).

7 O caráter fragmentário do Direito Penal significa que a norma penal incriminadora deve se limitar às ações mais graves, perpetradas contra os bens jurídicos mais relevantes. Os demais bens deverão ser protegidos pelos outros ramos do direito, como direito civil e administrativo. (BITENCOURT, 2008, p. 14).

aplicadas pela Ciência do Direito. De acordo com António Menezes Cordeiro, a existência de uma moral social seria demonstrável pela observação, “tratar-se-ia dum corpo de regras de actuação social, reconhecíveis pelo grupo, mas cuja exigência não decorreria de esquemas próprios do Direito”. Para além de não ser sancionada por instâncias jurídicas, sua projeção exata e as condições em que o Direito para ela remete são questões sem solução dogmática própria. Assim, a associação entre bons costumes e moral social não se prestaria a resolver casos concretos (CORDEIRO, 2005, p. 705).

Mais além, direito e moral são campos que não se confundem. A ordem moral é uma ordem das consciências, que pretende o aperfeiçoamento dos indivíduos orientando-os para o bem. Já o Direito não se assenta na ordem interna das ações humanas. Ao contrário, busca ordenar aspectos fundamentais da convivência, preservando a sociedade e a realização pessoal de seus membros (ASCENSÃO, 2005, p. 102).

A vinculação a uma moral acaba por fazer com que os bons costumes sejam invocados para dar suporte jurídico ao conservadorismo de classes dominantes e à rígida manutenção de um *status quo* (SCHREIBER, 2013, p. 35). Essa questão fica evidente quando se trata de condutas sexuais e familiares, campo em que os bons costumes são mais comumente lembrados e invocados na tentativa de certos grupos de conter práticas não proibidas por lei, mas que lhe seriam estranhas. Ilustrativamente, Marcos Bernardes de Mello afirma que negócios jurídicos envolvendo a prostituição, como o contrato de locação de uma casa para que nela se instale um bordel, seriam ilícitos por violarem os bons costumes. O autor afirma que, muito embora não exista lei penal que tipifique como crime a prostituição, essa atividade jamais poderia ser considerada moral (MELLO, 2014, p. 150).

Em sentido diametralmente oposto, o Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão, reconheceu proteção jurídica as profissionais do sexo. No caso, os julgadores entenderam configurar o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal), e não de roubo (art. 157 do Código Penal), a conduta da prostituta maior de dezoito anos que, ante à falta de pagamento do valor ajustado pelo serviço sexual prestado de maneira consentida, arrancou o colar com pingente foleado a ouro do pescoço do cliente. Na fundamentação, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz argumentou exatamente com base na diferença entre os campos da moral e do direito:

O tipo penal em apreço relaciona-se, na espécie, com uma atividade que, a despeito de não ser ilícita, padece de inegável componente moral relacionado aos “bons costumes”, o que já reclama uma releitura do tema, à luz da mutação desses costumes na sociedade pós-moderna.

Não é despidendo lembrar que o Direito Penal hodiernamente concebido e praticado nas democracias ocidentais passou por uma “longa encubação no pensamento jusnaturalista da época iluminista”, resultando na “separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 172).

Lembro, a propósito, modificação legislativa relativamente recente (Lei 12.015/2009) que, inter alia, alterou a denominação dos crimes previstos no Título VI do Código Penal, com a substituição da vetusta ideia de que o bem jurídico tutelado eram os costumes, passando a conferir proteção mais imediata à liberdade de autodeterminação sexual de adultos e reafirmando a proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral (BRASIL, 2016).

Ou seja, entendeu-se que, “enquanto de adulto se trate, cada um dá à sua vida sexual o rumo que bem entender. O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico” (GOMES, 2009).

Além disso, sobretudo durante períodos ditatoriais brasileiros, face à inexistência de uma Constituição democrática que permitisse o controle axiológico do ordenamento jurídico, as cláusulas gerais de conteúdo moralizante como os bons costumes tornaram-se uma potente arma de limitação da autonomia existencial (VIVEIROS DE CASTRO, 2017b, p. 430). Ou seja, a previsão legal de um dispositivo de conteúdo incerto acabava por representar uma carta branca para os intérpretes no intento de exercer o controle social da autonomia em suas variadas manifestações⁸.

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro defende que a cláusula geral de bons costumes, desde que constitucionalizada, pode assumir papel de instrumento legítimo de efetivação dos valores constitucionais a partir da imposição de fronteiras democráticas à autonomia privada existencial (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 274). A autora parte da teoria tríplice da autonomia existencial, segundo a qual há atos de autonomia de *eficácia pessoal*, cujos efeitos não alteram a esfera jurídica alheia, repercutindo exclusivamente na esfera do seu titular; atos de autonomia de *eficácia interpessoal*, cujos efeitos transcendem a esfera do titular e causam lesão ou ameaça a direito de terceiros concretamente identificados; e atos de autonomia de *eficácia social*, cujos efeitos repercutem na esfera jurídica de um número indefinido de pessoas, atingindo a coletividade. Assim, a autora defende que a cláusula de bons costumes pode ser invocada para limitar os atos de autonomia existencial de eficácia interpessoal e social, uma vez que não haveria justificativa democrática para incidência da cláusula nos atos de eficácia pessoal, sob pena de se cair em um enorme paternalismo do Estado (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 277).

Contudo, para a correta aplicação da cláusula geral de bons costumes como limite externo à autonomia existencial, a autora parte da constitucionalização do direito civil, propondo um conceito constitucionalizado de bons costumes, que promova o equilíbrio entre os princípios da liberdade e da solidariedade, ampliando a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas de direito privado. Ou seja, não se trataria de consolidar a moral social, mas de promover a moralidade constitucional (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 279).

Ocorre que a pretendida constitucionalização da cláusula geral de bons costumes e de outras cláusulas do direito civil pode aumentar a complexidade dos processos jurídico-decisórios,

8 Thamis Dalsenter Viveiro de Castro (2017b, p. 431) ilustra essa afirmação com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RMS nº 18.534/SP, cujo relator foi o Ministro Themistocles Cavalcanti, em 1967. No julgamento, os bons costumes foram usados para motivar a censura à imprensa, com o recolhimento de exemplares da revista Realidade que trazia reportagens sobre sexo.

afetando drasticamente a possibilidade de controle das amplas margens de discricionariedade judicial na resolução de casos pontuais (LEAL, 2015, p. 132). Pode-se afirmar que o direito civil constitucional cria condições para uma inundação do direito por padrões de moralidade, muitas vezes oriundos da amplitude do conceito de dignidade (LEAL, 2015, p. 154).

No tocante aos bons costumes, esse cenário de constitucionalização aumenta as incertezas no desfecho de casos concretos e possibilita que o conservadorismo de alguns magistrados continue imperando para afastar comportamentos tidos como desviantes e indesejáveis. Estabelecer que “a postura criativa do magistrado deve ser limitada pelos valores constitucionais sempre” e pelo dever de fundamentação de suas decisões (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 275) não resolve o problema da vagueza da cláusula, da insegurança jurídica e dos riscos de limitação indevida da autonomia privada em razão da má aplicação de uma cláusula de conteúdo moralizante, como vem ocorrendo nos casos já citados.

Dessa feita, a expressão “bons costumes” não encontra um conceito claro e bem definido na legislação. A doutrina e a jurisprudência associam-na à moral, de modo que seu uso acaba por culminar na imposição de uma moral específica e, normalmente, conservadora, sobretudo no campo sexual e religioso. Todavia, a adoção pelo Estado de uma moral particular mostra-se incompatível com uma sociedade plural e com um Estado laico.

2 PLURALISMO E LAICIDADE: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS DIFERENTES MORAIS

O cunho moralizante da cláusula geral dos bons costumes opõe-se ao crescente reconhecimento jurídico das formas alternativas de vida. Nos últimos tempos, acirraram-se as críticas à pretensão uniformizadora que marca o direito desde o advento do Estado-Nação. A artificialidade e a insuficiência do modelo centralizador oitocentista têm sido confrontadas praticamente desde o seu aparecimento. “Várias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no caráter redutor do legalismo e na necessidade de uma concepção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico” (HESPANHA, 2014, p. 59). Atualmente, entretanto, a demanda por uma revisão pluralista do direito é intensificada pela conjugação de uma série de fatores.

É certo que as sociedades ocidentais são cada vez mais dinâmicas e diferenciadas. Os recentes fluxos migratórios, por exemplo, acentuaram a complexidade étnico-cultural ao introduzir nessas comunidades ideários destoantes dos padrões usuais. Além disso, observa-se o paulatino reconhecimento de cosmovisões divergentes defendidas por movimentos feministas, juvenis, ecologistas, sexualmente divergentes etc. (HESPANHA, 2014, p. 28-29). A própria noção de Estado Nacional passa hoje por uma crise. As mudanças do breve século XX (HOBBSAWM, 2003) provocaram profundas alterações na geopolítica mundial e colocaram em xeque os conceitos tradicionais de soberania interna e externa. O processo de globalização, potencializado pelo desenvolvimento tecnológico, evidencia o problema da coexistência de valores locais e globais na constelação pós-nacional (HABERMAS, 2001).

No campo religioso, para além da mera secularização, busca-se hodiernamente a laicidade estatal. Isso porque, “se toda a laicidade é uma secularização, nem toda a secularização é (ou foi) uma laicidade” (CATROGA, 2010, p. 273). A ideia de secularização compreende basicamente a neutralidade confessional do Estado. Esta postura abstencionista, contudo, não impede por si só a colonização das instâncias político-jurídicas pela religião dominante. A cláusula geral dos bons costumes, por exemplo, é frequentemente preenchida na apreciação pelo Poder Judiciário por imperativos da fé cristã católica. Percebe-se, portanto, que a concreta proteção das diferentes crenças exige uma atuação estatal ativa e voltada à emancipação racional das esferas decisórias. Este é o sentido da laicidade, que abrange o direito à liberdade religiosa não apenas em sua faceta negativa, mas também em seu aspecto positivo.

Todos esses elementos, dentre outros, justificam a atual necessidade de compatibilização do direito com a complexa realidade pluralista. A tarefa de atualização da instrumentária jurídica, no entanto, é bastante tormentosa. Por um lado, não é mais possível a utilização de fórmulas homogeneizantes que desprezam as diferenças e remontam a um período totalitário. Por outro lado, não se pode perder de vista os benefícios propiciados pelo regime democrático, pois, a despeito de suas várias mazelas, a democracia representativa mantém-se enquanto “forma mais regulada, mais controlada e provavelmente mais adequada de manifestação da vontade popular” (HESPANHA, 2014, p. 29).

Nesse contexto, destacam-se as propostas de legitimação procedimental do direito. Estas doutrinas objetivam conferir uma maior abertura aos diversos posicionamentos sociais, sem abrir mão de mecanismos mínimos de controle institucionalizado. Ilustrativamente, incluem-se nessa vertente a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e a teoria discursiva de Jürgen Habermas. Também integra esse grupo a teoria do direito dúctil formulada por Gustavo Zagrebelsky (2011).

A alegoria da ductilidade do direito utilizada por Zagrebelsky representa bem a aspiração por um ordenamento jurídico mais flexível, que não pretenda a padronização, mas sim a concordância prática das diferentes mundividências. Para o autor, perspectivar a Constituição democrática em um panorama pluralista significa compreendê-la como um compromisso de possibilidades ao invés de um projeto rigidamente ordenador (ZAGREBELSKY, 2011, p.14). Zagrebelsky (2011, p. 13) parte da premissa de que as sociedades atuais são “marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para se fazer exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado”⁹. Nessa conjuntura relativista, “somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e da lealdade em seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental)” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14)¹⁰.

9 No original em espanhol: “marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 13).

10 No original em espanhol: “[s]olamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto substancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

No mesmo sentido, Antônio Manuel Hespanha (2014, p. 156-157) desenvolve uma interessante analogia entre direito e música:

É esta natureza compósita das sociedades contemporâneas que as democracias constitucionais procuram respeitar e proteger, quer contra as maiorias parlamentares conjunturais e que não reflectam a complexidade da constelação comunitária de valores (princípio contramaioritário), quer contra a apropriação da vontade popular por uma minoria de especialistas, de burocratas ou de tecnocratas. [...] Os juristas aparecem aqui não como hermenutas mais qualificados da vontade popular (que dela saberiam mais do que o próprio povo), mas apenas como técnicos especializados na descoberta de uma “«concordância prática» das discordâncias”, de um arranjo harmónico das várias vozes (da polifonia), apoiados (tal como os técnicos do *music mixing*, ou arranjo musical) em instrumentos conceptuais desenvolvidos – alguns desde há muitos séculos – pelo seu saber especializado.

Em suma, espera-se do direito contemporâneo a consideração e a conformação racional dos diversos pontos de vista confrontantes. Com efeito, é inadmissível a imposição de uma moral específica, ainda que adotada pela maioria da população. Pelo contrário, os postulados do pluralismo e da laicidade reclamam o reconhecimento e a proteção estatal das diferentes morais presentes na sociedade. Na prática, isso significa a imposição de um pesado ônus argumentativo para o repúdio jurídico em relação à determinada concepção de vida boa. Apenas um instituto com sólidas bases dogmáticas poderia preencher tais exigências, e esse parece não ser o caso da cláusula geral dos bons costumes.

3 A INSUSTENTABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE BONS COSTUMES

Observa-se uma tendência prática de aproximação dos bons costumes da moral religiosa. De acordo com Cordeiro (2007, p. 1163), “a Ética dos grandes sistemas religiosos distingue-se por ser preconizada não para um indivíduo isolado, mas para uma multiplicidade, assumindo, à partida, uma vocação universal”. Assim, quando um determinado grupo religioso se impõe como majoritário em um corpo social, verifica-se uma tentativa de controle dos comportamentos dos agentes, tendo por base a prescrição cogente de valores ligados ao seu credo. Em países de marcada influência cristã é possível observar a tentativa de consagração de modelos religiosos de atuação, por intermédio direto ou indireto do ordenamento jurídico, sendo a cláusula geral de bons costumes uma das principais formas de alcançar o referido intento. Por conseguinte, a condenação da usura, a repressão a determinadas vivências sexuais e o controle dos deveres conjugais, por exemplo, acabam por configurarem campo de acentuada utilização dos bons costumes.

O referido fenômeno é agravado no campo específico da moral sexual, subjacente aos sistemas religiosos. Problemas envolvendo a prostituição e os negócios jurídicos correlatos ao seu exercício acabam por sofrer influência dos bons costumes, sendo o comércio sexual uma das áreas de maior aplicação da cláusula, que atua enquanto mecanismo de controle do objeto

pactuado. Identifica-se em determinadas narrativas jurídicas, a tentativa de domínio de um pretensão sentimento de decência, que, em detrimento da plena realização do indivíduo, acaba por tolhê-lo e impedir o livre uso de seu corpo. Quando o Poder Judiciário impede que um profissional do sexo receba o valor combinado com seu cliente, tendo por fundamento único ser o negócio atentatório aos bons costumes, impede-se que um indivíduo exerça a sua autonomia de maneira plena, além de gerar locupletamento na esfera de titularidade daquele que se utilizou dos serviços contratados.

Para além dos problemas apresentados, o emprego dos bons costumes como elemento a fundamentar uma dada atuação jurídica acaba por se aproximar de outras cláusulas gerais, tais como a ordem pública¹¹ e a boa-fé objetiva. Não raramente, inclusive, as referidas construções são enunciadas conjuntamente pela legislação e, por conseguinte, acabam por não serem diferenciadas no plano da argumentação. Essas zonas de sobreposição revelam uma ausência de técnica jurídica no tratamento dado às variadas cláusulas gerais previstas em lei, requerendo do intérprete um adequado posicionamento quanto ao uso das cláusulas gerais em análise.

Assim, apesar das diferenças históricas e dogmáticas existentes entre bons costumes e boa-fé objetiva, observa-se que algumas decisões que se assentam na primeira categoria poderiam ser melhor fundamentadas na consagração da boa-fé objetiva. Isso se dá, notadamente, nas situações em que se busca solucionar problemas de ordem patrimonial, campo de aplicação da referida cláusula geral¹². A título de exemplo, o controle de pactos abusivos de não concorrência – que já se deu tendo por elemento justificador os denominados bons costumes (CORDEIRO, 2007, p. 1215) – poderia ter seu fundamento nos deveres laterais ligados à boa-fé objetiva, notadamente no dever de cooperação que deve marcar o comportamento das partes envolvidas na negociação analisada. Desse modo, situações subjetivas de natureza patrimonial demonstram ser passíveis de controle com o uso da boa-fé, sem que seja necessário o recurso a ponderações assentadas na moralidade intrínseca à cláusula geral de bons costumes.

O aludido argumento é reforçado ao se analisar a forma como o abuso de direito foi positivado no Código Civil brasileiro. De acordo com o art. 187, do referido texto normativo, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Apesar de serem apresentadas três diferentes válvulas de controle do exercício de um direito, a prática revela a desnecessidade de recurso aos bons costumes para a solução de qualquer contingência fática. A título de exemplo, as próprias decisões da jurisprudência francesa posterior ao Código Napoleão de 1804¹³, que deram origem às primeiras reflexões sobre o abuso de direito, se analisadas no

11 De acordo com Thamis Dalsenter Viveiros de Castro (2017a, p. 143), “as noções de ordem pública e de bons costumes sempre caminharam de mãos dadas no cenário constitucional brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta democrática foi elaborada sem que houvesse qualquer menção aos bons costumes, o que constituiu uma imensa alteração na tradição constitucional e foi fruto de intensos debates durante a Assembléia constituinte.”

12 Thamis Dalsenter Viveiros de Castro sustenta que a boa fé objetiva não pode ser aplicada “ao terreno das existencialidades, tendo em vista, sobretudo, que nestas a função é pessoal e ilimitada, a saber, a realização do projeto de livre desenvolvimento da personalidade” (VIVEIROS DE CASTRO, 2017a, p. 165).

13 Segundo Cordeiro (2007, p. 671): “As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de

contexto da atual codificação brasileira, poderiam ser fundamentadas somente com base no fim econômico-social ou na função limitadora da boa-fé objetiva. Assim, tais recursos revelam-se como instrumentos suficientes para o controle de condutas, além de permitirem um exame centrado em elementos de ordem objetiva, que dispensam a aplicação de juízos de moralidade.

Relativamente à ordem pública, Enzo Roppo (2009, p. 186) chega a sustentar que “as fronteiras entre ordem pública e bons costumes não são nítidas e, na presença de casos concretos, muitas vezes, não é fácil estabelecer se estamos perante um ou outro conceito”. Apesar da dificuldade de distinguir os dois conceitos, grande parte da doutrina apresenta uma diferenciação correlata à natureza dos princípios afetados. Nesse sentido, Jorge Morais Carvalho (2016, p. 120) sustenta que “a ordem pública opera num plano estritamente jurídico, dizendo respeito a princípios fundamentais do ordenamento jurídico, enquanto os bons costumes remetem para princípios extrajurídicos, de natureza ética ou moral”. Ocorre que princípios extrajurídicos não devem servir de embasamento para limitações da autonomia privada e, somente nas hipóteses em que esses mesmos princípios são incorporados no ordenamento, sendo afetados pela juridicidade, poder-se-ia utilizá-los como fundamento de uma decisão jurídica. Isto significa dizer que a ordem pública é suficiente para o controle dos comportamentos dos indivíduos, notadamente por consagrar um determinado valor como cânone ou modelo jurídico a ser seguido. A lesão a ordem pública está correlacionada a elementos constantes da estrutura do próprio ordenamento jurídico, enquanto o uso dos bons costumes como forma de controle da autonomia assenta-se em juízos de moralidade internos, ligados ao subjetivismo de cada julgador.

Assinala-se, ainda, que o uso da cláusula geral de bons costumes revela dificuldades quando contrastado com os textos de variadas Constituições de Estados ocidentais. As garantias previstas nos referidos textos, principalmente aquelas ligadas aos direitos fundamentais e ao exercício das liberdades individuais, não se coadunam com o emprego indiscriminado dos bons costumes como elemento de controle do exercício de direitos. A título de exemplo, a Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso II, enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O controle do exercício da autonomia, tendo por elemento basilar a moralidade inerente aos bons costumes, configura cenário de clara inadequação e desajustamento. Para além desse problema pontual, é necessário destacar a existência de verdadeira inconformidade no emprego dos bons costumes, se tomada em consideração a própria axiologia que advém de um texto constitucional, principalmente, se contrastado com a dignidade da pessoa humana. O referido princípio deve ser sempre sopesado em consonância com a autonomia e a alteridade, concretizando as dimensões que devem estar presentes no conceito de pessoa natural (STANCIOLI, 2010, p. 84). Assim, a limitação da autonomia embasada nos bons costumes – principalmente quando fundamentada em uma moralidade adstrita a juízos subjetivos do ente julgador – atenta contra a

precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.”

dignidade, na medida em que obsta a própria realização pessoal e interpessoal do indivíduo.

Justifica-se, pois, a crescente preocupação em perspectivar os institutos jurídicos no atual ambiente pluralista, e os bons costumes não fogem a essa premissa. Apesar de a moral social e o direito apresentarem-se em interface, não parece ser por meio da ponderação assentada nos bons costumes, que a referida conexão seja empreendida. A imposição da moralidade dominante, independentemente de sua origem (moral autônoma, moral social ou moral religiosa) revela-se inadequada, pois reduz as possibilidades de autorrealização do indivíduo, podendo causar-lhe prejuízos assentados em percepções preconceituosas de determinadas vivências pessoais.

CONCLUSÃO

Apesar da tradição que marca o emprego da cláusula geral de bons costumes nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, observa-se que o seu uso tem sido efetivado em dissonância com as exigências impostas por uma sociedade que se pretenda pluralista. Percebe-se, em verdade, que os bons costumes são habitualmente identificados com o pensamento majoritário presente em um determinado corpo social, redundando na repressão de variadas vivências individuais que se voltam para a realização de cada um dos projetos de vida boa existentes.

A cláusula geral de bons costumes é normalmente apresentada como um limite para o exercício da autonomia individual, em diferentes campos jurídicos. Como destacado, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, os bons costumes limitam a autonomia contratual, o exercício dos direitos – enquanto qualificadora do abuso – e até o livre uso do corpo. O controle da autonomia privada por meio dos bons costumes, entretanto, oferece ampla margem para a concretização de juízos discriminatórios e atentatórios à liberdade consagrada por um ordenamento jurídico de natureza democrática.

A crescente complexidade da coletividade acentua o anacronismo da aplicação atualmente dispensada à cláusula geral dos bons costumes. No campo do direito, o antigo desiderato totalizante tem cedido espaço para a pretensão de reconhecimento e coordenação das diferenças. Nesse sentido, os valores do pluralismo e da laicidade estatal afastam a imposição de padrões morais privilegiados. Para além do descompasso principiológico, contudo, é questionável a justificação dos bons costumes frente à possibilidade de recurso a outros instrumentos jurídicos com bases dogmáticas mais precisas. Os institutos da boa-fé objetiva e da ordem pública, por exemplo, viabilizam um controle mais técnico e objetivo da conduta individual. Ao menos em sua feição usual, portanto, evidencia-se a insustentabilidade da cláusula geral dos bons costumes na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: parte geral.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus 211.888**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-rogerio-schietti-prostitutas.pdf>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Turma. **Habeas Corpus 104467**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 fev. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18381692/habeas-corpus-hc-104467-rs>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Conflito de Jurisdição 6655**. Relator: Min. Celio Borja, 17 jun. 1987. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14677661/conflito-de-jurisdicao-cj-6655-sp>. Acesso em: 5 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Habeas Corpus 59518**. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 26 ago. 1982. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/49_RHC%2059518%20-%20Caso%20Trottoir.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.
- CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016.
- CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a dignidade sexual e outras reformas penais**. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (2. Grupo de Câmaras Criminais). **Revisão Criminal 1.0000.11.013706-4/000**. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, Relator para o acórdão: Des. Eduardo Brum, 6 de setembro de 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4504>. Acesso em: 9 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. (6. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0024.11.275224-1/001**. Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 14 de outubro de 2014. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B1434FD6E34053F6B4F7BAB42D196672.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.039893-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 out. 2019.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017a.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017b.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

Como citar: PEREIRA, Fábio Queiroz. LARA, Mariana Alves. ANDRADE, Daniel de Pádua. A Insustentabilidade da Cláusula Geral de Bons Costumes: Pluralismo e Laicidade da Sociedade Contemporânea. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 162-175, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p162. ISSN: 2178-8189

Recebido em 28/02/2019

Aprovado em 01/11/2019

**DIREITO PÓS-NACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A
PROTEÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FRENTE À CRISE
DOS ESTADOS NACIONAIS**

POSTNATIONAL LAW: A STUDY ON THE PROTECTION
OF LEGAL AFFAIRS IN THE FACE OF THE CRISIS OF THE
NATIONAL STATES

Elve Miguel Cenci*
Luiz Gustavo Campana Martins**

*Doutor em Filosofia em 2003 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
Mestre em Filosofia em 1998 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)
Graduado em Direito em 2012 pela Faculdade Metropolitana Londrinense (UMP)
Graduado em Filosofia em 1992 pela Universidade de Passo Fundo (UPF)

** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Graduado em Direito em 2013 pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL)

Como citar: CENCI, Elve Miguel; MARTINS, Luiz Gustavo Campana. Direito pós-nacional: um estudo sobre a proteção dos negócios jurídicos frente à crise dos estados nacionais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 3, p. 176-191, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p176. ISSN: 2178-8189

Resumo: Os Estados nacionais perderam competitividade frente à globalização e à comunicação digital. Nesse âmbito, urge a necessidade de superar essa crise, bem como de realizar uma nova leitura acerca dos negócios jurídicos, que leve em consideração a dignidade da pessoa humana e os princípios democráticos. Habermas, em *A constelação pós-nacional*, em vista da autolimitação das atribuições estatais, sugere como possibilidade de resposta a formação de fusões em âmbito mundial, de Estados Globais, para a recuperação da força política estatal e da própria soberania, em âmbito interno e externo. Enquanto que Marcelo Varella busca responder às crises, sob o prisma internacional, com a criação de um direito pós-nacional. Este artigo tem como hipótese que um direito pós-nacional, calcado na organização de blocos globais e instituições de força e soberania internacionais, sirva de resposta à crise dos Estados Nacionais e fortaleça uma leitura democrática dos negócios jurídicos. Através de uma metodologia bibliográfica e exploratória, faz-se uma leitura pós-nacional no cenário de constitucionalismo global.

Palavras-chave: Constelação Pós-Nacional. Direito Pós-Nacional. Crise do Estado-Nação. Negócio Jurídico.

Abstract: National states have lost competitiveness in the face of globalization and digital communication. In this context, there is a need to overcome this crisis, as well as to make a new read-

ing about legal affairs, which takes into account the dignity of the human person and democratic principles. Habermas, in *The Post-National Constellation*, in view of the self-limitation of state attributions, suggests as a possible response the formation of global mergers, of Global States, for the recovery of state political force and sovereignty itself, internally and external. And Marcelo Varela seeks to respond to crises from an international perspective by creating a post-national law. This paper hypothesizes that a post-national law, based on the organization of global blocs and institutions of international strength and sovereignty, will serve as a response to the crisis of national states and strengthen a democratic reading of legal affairs. Through a bibliographic and exploratory methodology, a post-national reading is made in the scenario of global constitutionalism.

Keywords: Post-National Constellation. Post-National Law. Nation-State Crisis. Juridic Business.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a discussão do tema a ser desenvolvido, no âmbito do direito negocial, é fundamental que preliminarmente se conceitue este, a fim de delimitar os desdobramentos deste trabalho. Com essa finalidade, entende-se o direito negocial, enquanto ramo do direito, como o conjunto de normas responsável pela interpretação, regulação e direcionamento dos negócios jurídicos, que se consubstanciam em manifestações de vontade com *animus* de gerar efeitos jurídicos.

Nesse âmbito, é notável que o processo de globalização e as recentes transformações do capitalismo afetam diretamente as relações negociais e de consumo, bem como a estrutura político-administrativa dos Estados.

Imprescindível se faz destacar, neste debate, o art. 170, da CF/88 – Constituição Federal de 1988, que constitui importante fundamento do trabalho e da livre iniciativa. Ao regular a ordem econômica e, portanto, os negócios jurídicos, o referido artigo demonstra forte relação com a própria construção do Estado Democrático de Direito, uma vez que as relações de troca, compra e venda, são essenciais no atual mundo capitalista globalizado.

A proteção da ordem econômica não se opõe à proteção dos indivíduos, na perspectiva de um Estado que busca o bem-comum e a paz social. A esse respeito, ensina o professor Eros Grau (2010) que a ordem econômica constitui um conjunto de normas programáticas em uma constituição dirigente, ou seja, são normas que visam estabelecer os fins e os objetivos de um Estado social, e não apenas um retrato do “dever-ser” econômico.

Essas normas devem ser analisadas e interpretadas sob a égide da justiça social, da função social da propriedade e dos contratos e em sintonia com os fundamentos e objetivos da república estipulados nos artigos 1º e 3º da CF/88, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Com este entendimento, torna-se fundamental a atuação positiva de intervenção do Estado na economia, não somente enquanto ente regulador, mas também como agente promotor da defesa dos interesses coletivos e sociais, haja vista o atual cenário da globalização que afeta diretamente a capacidade política e de controle administrativo dos Estados-nação.

É essencial, em verdade, a interpretação integrativa que se deve ter da ordem econômica com os princípios de justiça social, equidade, direitos humanos, transparência, respeito e responsabilidade. A democracia, sob a ótica do constitucionalismo moderno, se concretiza a partir de uma leitura principiológica da constituição somada à categoria positivista inerente ao atual estágio dos sistemas jurídicos.

Assim, no atual momento capitalista de globalização, é imprescindível pensar a efetiva proteção da democracia como um fim em si e, também, como necessária à realização da ordem econômica. Hoje, a realização dos negócios jurídicos, através da atuação das empresas, deve se pautar por princípios democráticos e de justiça social. Essa interpretação, conquistada ao longo do tempo, à custa de muitas vidas, deve ser mantida e somente alterada para ampliar e aperfeiçoar os

direitos tutelados.

Segundo Canotilho (2003, p. 338), o princípio do não retrocesso social confere às normas constitucionais de direitos sociais uma aura protetiva, impedindo a atuação perniciosa de grupos específicos ou governos que tentem prejudicar a efetividade desses direitos. O autor afirma que essa aura confere uma garantia institucional e um direito subjetivo. Dessa forma, limita-se a atuação do legislador e exige-se uma atuação política condizente com essas garantias, de forma que se torna inconstitucional qualquer medida que prejudique o núcleo essencial desses direitos.

O reforço e a discussão dessa posição, que se demonstra no decorrer deste artigo, são fundamentais tendo em vista as frentes e os poderes capitalistas transnacionais que afrontam diretamente os interesses econômicos, culturais e socioambientais. Atua-se, desta forma, na busca pela construção de uma sociedade mais justa, equilibrada e sustentável.

Ainda, em seu texto, contrário à interpretação individualista de negócio jurídico, Luiz Edson Fachin (2012, p. 277) ao explicar que o dogma da autonomia privada, individualista, estaria ultrapassado, sugere uma nova compreensão transdisciplinar sobre a temática, pois que “O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinaridade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais”.

Por essa linha de raciocínio, este trabalho passa a adotar em sentido amplo a noção de negócio jurídico, à qual o ser humano se integra, bem como também adota a democracia como conceito basilar que promove o encontro entre o indivíduo, a sociedade e os direitos humanos, sob o enfoque do direito negocial no atual mundo globalizado.

Assim, os próximos capítulos tratarão, nessa ordem, (1) da crise do Estado nacional, no contexto do mundo globalizado; (2) do debate acerca do direito internacional, sob a perspectiva de Habermas e Luigi Ferrajoli; e, por fim, (3) do conceito de direito pós-nacional, sob a perspectiva de Marcelo Varela, aplicado à proteção dos negócios jurídicos.

1 GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA E CRISE DO ESTADO NACIONAL

Em dezembro de 1972, na assembleia geral da Organização das Nações Unidas (ONU), já denunciava Salvador Allende, então presidente do Chile, que o poder político e econômico das grandes corporações transnacionais afetava diretamente a capacidade de controle, a autonomia e a própria soberania dos Estados Nacionais.

Estamos diante de um verdadeiro conflito frontal entre as grandes corporações transnacionais e os Estados. Estes aparecem interferidos em suas decisões fundamentais - políticas, econômicas e militares - por organizações globais que não dependem de nenhum Estado e que na soma de suas atividades não respondem nem são auditadas por nenhum Parlamento, por qualquer instituição representativa do interesse coletivo. Em uma palavra, é toda a estrutura política do mundo que está sendo minada. [...] Mas, as grandes corporações transnacionais não só atacam os interesses genuínos dos países em desenvolvimento, sua ação avassaladora e

descontrolada também ocorre nos países industrializados, onde se instalam. [...] É nossa confiança em nós mesmos que aumenta nossa fé nos grandes valores da humanidade, na certeza de que esses valores terão que prevalecer, e não poderão ser destruídos! (ALLENDE, 1972).

Se vivo estivesse, certamente o presidente Allende constataria que esse cenário em muito se agravou. Hoje, a própria democracia é afetada quando se constata que o universo empresarial, com toda sua força internacional e avanços da modernidade, continua a violar os direitos fundamentais. Surge então a necessidade de debater e refletir acerca dessa dualidade entre empresas e direitos humanos, a fim de promover práticas empresariais saudáveis e fortalecer uma leitura democrática dos negócios jurídicos.

De modo preliminar, cabem algumas considerações para um entendimento mais amplo e profundo acerca do conceito de Estado-Nação.

Octavio Ianni (1999, p. 105), no ensaio *O Estado-Nação na época da globalização*, afirma: “cabe reconhecer que a Nação, compreendendo sociedade civil e Estado, formas de sociabilidade e jogos de forças sociais, classes sociais e grupos sociais, pode ser vista como um processo histórico simultaneamente problemático, difícil, possível e errático.”

Pode-se notar, do ponto de vista das ciências políticas e sociais, que o conceito que se discute tem uma abordagem plural. É importante que ele seja percebido, portanto, de sua interdisciplinaridade política, econômica e social. Ainda, para o sociólogo:

Na maioria dos casos, os projetos nacionais são projetos de capitalismo nacional. Foram projetos apoiados em blocos de poder emergentes, combinando setores burgueses, de classes médias, operários, camponeses e intelectuais. Uma aliança de classes sociais, ou setores de classes, em formação ou em fase de amadurecimento, em luta por transformações socioculturais e político-econômicas [...] e em busca de novas perspectivas e afirmações de soberania, conquistas sociais, democratização (IANNI, 1999, p. 107).

Dito isto, é necessário, pois, iniciar a análise do ponto de vista histórico-filosófico para que se tenha uma compreensão crítica a respeito da construção do Estado contemporâneo e da ideia de soberania. Sob esse viés, é notório que o liberalismo clássico de Adam Smith, com a defesa da autorregulação do mercado, e de John Locke, com a tese da propriedade como um direito natural, não atendeu às demandas mais essenciais da sociedade.

Esse liberalismo, segundo Clodomiro José Bannwart Júnior (2012, p. 584) destaca, foi responsável pela depreciação da qualidade de vida, intensificação dos problemas ambientais, e também pela precarização das relações de trabalho. Surge, num momento mais adiante, um sentimento na sociedade de que a empresa deveria se ocupar desses danos, sob o ponto de vista da responsabilidade. Não será desenvolvido aqui, no entanto, o tópico da responsabilidade social empresarial, uma vez que não é o foco deste artigo. Mas sim, o objetivo aqui é demonstrar, além de uma leitura do liberalismo clássico, alguns sinais de reforço do enlace entre empresa, sociedade

e Estado.

Se para Locke a propriedade era um direito natural e inalienável, para Rousseau representava a própria decadência moral da sociedade. Para este filósofo, o liberalismo, que privilegiava apenas um setor da sociedade, deveria ser substituído por um modelo que garantisse a sobreposição da vontade geral sobre a individual (WEFFORT, 2006).

Nessa linha de raciocínio, Wolfgang Streeck (2012) diz que superada essa fase, agora no pós-Segunda Guerra, surge um sentimento compartilhado de que o capitalismo deveria ser freado por políticas democráticas. Uma espécie de controle político amplo a fim de tentar alinhar os interesses capitalistas com a própria democracia. Isso pois o autor infere que há um conflito inerente a essas duas concepções, as quais denomina, em conjunto, de capitalismo democrático. Passou-se então ao Estado de bem-estar social, “a fim de que a própria democracia fosse protegida de restrições impostas pelo livre mercado” (STREECK, 2012, p. 36).

Seguindo o pensamento de José Eduardo Faria (2004, p. 114-115), o Estado *keynesiano* proporcionou, durante os *trinta gloriosos*, um grande crescimento econômico aos países desenvolvidos. As condições do pós-guerra eram favoráveis. O *Welfare State* teve completo domínio sobre o desenvolvimento econômico e social, utilizando-se sempre das mesmas técnicas ou manobras econômicas. Ainda nesse ponto, tem-se que:

Com a alteração do Estado liberal para o Estado intervencionista, o capitalismo modificou de maneira significativa a sua plataforma ideológica na legitimação do sistema. Abandonando a sua posição de mero expectador neutro diante de um mercado de trocas livres, o Estado, ele próprio, assumiu a direção do sistema econômico, buscando uma nova forma de equilíbrio para o sistema capitalista. Esse intervencionismo implicou no reconhecimento de que a troca de equivalentes (mão invisível do mercado) já não podia mais assegurar a relevante tarefa a ela concedida no Estado liberal, qual seja: a de exercer a função de integração social (BANNWART JR., 2012, p. 585).

Essa mudança foi bem-sucedida por determinado tempo, porém, após os anos gloriosos, o Estado Social se viu incapaz de solucionar as crises, solavancos e instabilidades financeiras que assolaram o mundo a partir da década de 1970. Seu “repertório de fórmulas [...] acabou esgotando suas virtualidades” (FARIA, 2004, p. 116).

Nesse sentido, pontua-se o comentário de Habermas (2001) acerca das transformações características do Estado moderno:

Como *Estado administrativo* com uma função específica, o Estado moderno diferenciou-se da circulação da economia de mercado institucionalizada legalmente; ao mesmo tempo, como *Estado fiscal*, ele se tornou dependente também da economia capitalista. Ao longo do século XIX ele se abriu como *Estado nacional*, para formas democráticas de legitimação. Em algumas regiões privilegiadas e sob as condições propícias do pós-guerra, o Estado nacional, que entretantes se tornara um modelo para o mundo, pôde se transformar em *Estado social* graças à regulação de uma economia política, no entanto, intocável no seu

mecanismo de autocontrole (HABERMAS, 2001, p. 69).

Para Habermas, no entanto, o Estado nacional perdeu a capacidade de regular a economia política, perdendo também, como consequência, o suporte que viabilizava a manutenção de um Estado de bem-estar social. A complexidade das novas sociedades somada aos vultosos avanços econômicos e industriais levaram a uma ressignificação do setor econômico, das relações de troca e das próprias políticas estatais. O Estado intervencionista, acostumado com as velhas práticas econômicas convencionais, não deu conta de acompanhar tais transformações e submergiu, dando espaço à era neoliberal.

Streeck (2012, p. 36) entende que as várias crises que sucederam do capitalismo democrático, após a década de 1970, representam uma condição normal do capitalismo democrático, e não desvios ou disfunções do sistema, como acreditam alguns. Isso porque o autor acredita que entre o mercado e as políticas democráticas há um conflito de caráter endêmico. O capitalismo democrático pode ser caracterizado como uma economia que concentra dois princípios opostos: o “livre jogo das forças de mercado”; e a necessidade de direitos sociais, como mandam as democracias, configurando o que o autor chama de tensões do capitalismo democrático (STREECK, 2012, p. 37).

A política capitalista [...] tem feito o possível para nos conduzir do deserto do oportunismo democrático corrupto para a terra prometida dos mercados autorregulamentados. Até agora, porém, a resistência democrática persiste, e com ela os deslocamentos em nossas economias de mercado, às quais ela continuamente dá ensejo (STREECK, 2012, p. 39).

Com as crises globais dos anos 1970, continua Streeck (2012, p. 40), as altas taxas de inflação e desemprego fizeram com que a classe trabalhadora passasse a aceitar amplamente, quase que de forma coercitiva, a dominação dos mercados e da lógica racional econômica. A plena realização da paz social pelo viés político-econômico havia sido desacreditada. O que estava em jogo era a aceitação da racionalidade econômica em troca da possibilidade de uma democracia política para a sociedade civil.

O início da era neoliberal se deu com a descrença da ideia de que o desemprego afetaria decisivamente o apoio político aos governos de cada época e ao próprio capitalismo democrático. Assim, a inflação deixa de ser um mecanismo eficaz para o controle das demandas dos cidadãos e dos mercados, sendo que “o ônus de assegurar a paz social” foi deslocado, agora, para o Estado (STREECK, 2012, p. 44).

Até então, os conceitos de Estado e soberania pareciam inseparáveis para a efetivação da democracia. A soberania é um conceito controverso, que já se alterou ao longo do tempo. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, a soberania foi contemplada com maior destaque em dois momentos: no art. 1º, como fundamento do Estado Democrático de Direito; e no art. 170, I, como princípio da ordem econômica.

Para fins de conceituação, veja-se o que diz Miguel Reale:

Soberania é tanto a força ou o sistema de forças que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao Estado Moderno (REALE, 2000, p. 139).

Percebe-se uma forte conotação política dentro do conceito exposto. Como visto, a soberania não pertence exclusivamente ao universo jurídico, pelo contrário, constitui uma vasta interdisciplinaridade, perpassando as áreas das ciências humanas, políticas, jurídicas e sociais. Pois que, corroborando, Rosemiro Leal critica o entendimento da soberania enquanto um princípio necessariamente vinculado ao Estado, dizendo que “é ela, em si mesma, um conjunto autônomo de princípios jurídicos, de regras e institutos sociais e políticos justificadores do poder nacional” (LEAL, 1999, p. 22). No entanto, com a consolidação de um capitalismo cada vez mais mundializado e financeiramente vinculante, tem-se observado um interessante fenômeno de relativização e até perda gradual da soberania.

Philip Kotler (2015) e Ladislau Dowbor (2017) descrevem como a relação entre capitalismo e democracia é tênue. Kotler destaca as afinidades do sistema político com o capital a partir das atividades de lobby, suborno e corrupção no âmbito do Legislativo. Dowbor, em estudo profundo, aponta para a captura da política pelo poder econômico, enfatizando a nova estrutura do capital, a partir das grandes instituições financeiras intermediárias, que provoca o crescimento do capital improdutivo, ou seja, aquele que não retorna à cadeia de produção.

Entre os principais eventos históricos relacionados ao fenômeno de consolidação do capitalismo moderno, estão: o fim da guerra fria e a dissolução dos blocos soviéticos, segundo Octavio Ianni (1999, p. 109); e a revolução industrial, que com o aumento massivo de produtividade e disseminação da lógica consumerista, possibilitou o surgimento das empresas transnacionais, segundo Habermas (2001, p. 55).

Do ponto de vista sociológico, a leitura sobre a globalização nos tempos modernos é pessimista, pois, segundo Ianni (1999, p. 110), “a nação se transforma em mera província do capitalismo mundial”, onde não há espaço para a realização da soberania, nem mesmo para a construção de novas hegemonias por parte dos segmentos sociais. “Um Estado-Nação em crise, amplamente determinado pelo jogo das forças produtivas predominantes em escala mundial, dispõe de escassas condições [...] para manifestar ou conquistar soberania (IANNI, 1999, p. 110).

Observando-se ainda outro ponto de vista, a partir da crise de 2008:

o conflito distributivo sob o capitalismo democrático se converteu em um cabo de guerra intrincado entre investidores financeiros globais e Estados-nação

soberanos. Se no passado trabalhadores disputavam com empregadores, cidadãos com ministros da Economia e devedores privados com bancos privados, as instituições financeiras passaram a enfrentar os mesmos Estados que pouco antes elas haviam chantageado a salvá-las (STREEK, 2012, p. 50).

Diante de uma agressiva globalização cultural, social e sobretudo econômica, os Estados nacionais se veem como reféns das grandes corporações e empresas transnacionais e multinacionais que, além de concentrarem maior poderio financeiro e de influência política que muitos países, ditam os rumos e as necessidades da globalização sob a ilusão de levarem desenvolvimento tecnológico, empregabilidade e autonomia estatal. Resta, portanto, pensar e refletir possíveis caminhos.

2 O VAZIO INTERNACIONAL E A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL HABERMASIANA

Na obra *Teoria do agir comunicativo*, 2, ao comentar sobre o desenvolvimento das fases de Estado, Habermas (2012, p. 641-642) atribui cada momento a um surto de juridificação, que significa uma onda de positivação de direitos. O termo surgiu com Otto Kirchheimer durante os debates políticos da República de Weimar. Num segundo momento, passou a significar o engessamento de normas jurídicas referentes às lutas sociais e políticas, ou seja, a positivação de direitos decorrente dos anseios, lutas e movimentos sociais. “De modo geral, a expressão ‘juridificação’ (*Verrechtlichung*) tem a ver com a tendência à multiplicação do direito escrito, difundida nas sociedades modernas” (HABERMAS, 2012, p. 641).

Em linhas gerais, quatro são os processos de juridificação identificados pelo filósofo, que marcaram época: Um primeiro impulso que culminou com o Estado burguês, marcado pela forma absolutista. O segundo impulso deu origem ao Estado de direito, tendo por referência a monarquia alemã do século XIX. Já a terceira onda de juridificação levou ao Estado de direito democrático, tendo por marco a Revolução Francesa, que se difundiu na Europa e na América do Norte. E o último impulso que culminou no Estado de direito democrático e social, resultou da luta dos trabalhadores europeus no decorrer do século XX (HABERMAS, 2012, p. 642).

Na contramão das jornadas de juridificação, o neoliberalismo não parece constituir nenhum corpo de direitos positivados, mas sim uma espécie de desjuridificação, processo pelo qual os Estados nacionais, pressionados pelos poderes financeiros, retiram e relativizam uma série de direitos sociais, trabalhistas e individuais anteriormente garantidos. A era neoliberal abriu caminho para uma espécie de dominação do âmbito econômico sobre as regras políticas e socioculturais. Os negócios jurídicos, com o tempo, vêm perdendo sua função social primordial, a característica essencial de comprometimento com os deveres de justiça, integração social e ampla responsabilidade socioambiental. Para Habermas, a irrupção de novas crises era um fato evidente, dado que foi desmantelado logo o ente que contribuiu para contê-las anteriormente, o Estado social. “São indubitáveis os indicadores de aumento de pobreza e de insegurança social devido ao crescimento de disparidades salariais, e também são inegáveis as tendências de desintegração social” (HABERMAS, 2001, p. 66).

Quando se fala em constelação, nos termos habermasianos, refere-se à constituição de três atores, Estado territorial, nação e uma economia, dentro das fronteiras nacionais. Essa mesma constituição, que forma os Estados nacionais, possibilitou a atuação integrada dos processos democráticos. Ao transpor essa constituição, ou um mesmo modelo de estrutura, para o âmbito internacional, como uma possível resposta ao neoliberalismo, pensamos então num modelo de constelação pós-nacional. “As nossas sociedades compostas com base no Estado nacional, mas atropeladas pelos impulsos de desnacionalização, ‘abrem-se’ hoje diante de uma sociedade mundial inaugurada pelo âmbito econômico” (HABERMAS, 2001, p. 79).

É justamente nessa perspectiva, tendo em vista estes problemas, que Octavio Ianni (1999) intui no sentido da necessidade de buscar novas soluções, novas formas de organizações e de lutas para reconquistar os direitos e interpretações favoráveis à população, resistindo à volta de uma racionalidade economicamente dominante que, em outras épocas, já se provou destrutiva. “Nesse Estado-Nação, as classes e os grupos sociais subalternos terão de criar e desenvolver outras e novas formas de organização, conscientização e luta, para formular e pôr em prática hegemonias alternativas” (IANNI, 1999, p. 110).

Habermas (2001, p. 69) atentou para o fato de que “As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada”. A necessidade que se impõe para garantir uma domesticação das consequências sociais decorrentes da globalização econômica, ainda que seja de difícil condução, admite Habermas (2001, p. 70), “é a concordância quanto ao projeto de uma ordem econômica mundial que não se esgote na criação e institucionalização jurídica de mercados, mas sim que introduza elementos de uma vontade política mundial”.

Esses termos conferem uma nova estrutura internacional democrática, fundada no campo político e legitimada pelos cidadãos do mundo. É esta a constelação pós-nacional. “Os Estados singulares deveriam vincular-se [...] a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo” (HABERMAS, 2001, p. 71-72). A questão, segundo Habermas, é fazer surgir uma consciência coletiva mundial sobre a obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita, nas sociedades civis e nos campos de atuação das esferas públicas, quer dizer, é uma mudança de consciência que é necessária a fim de que cada um se compreenda enquanto cidadão do mundo.

Acerca desse debate, o professor Luigi Ferrajoli (2002) se questiona a respeito da viabilidade de uma democracia sem Estado, haja vista alguns autores apontarem para o desaparecimento da entidade estatal em face dos poderes transnacionais. Para Ferrajoli (2002, p. 46), as crises do Estado nacional e do déficit de democracia e do Estado de Direito, que caracterizam os novos poderes extra ou transnacionais, exigem que se repense não só o Estado, mas também a ordem internacional. Afinal, a defesa dos interesses sociais e coletivos, a busca pelo bem-estar dos cidadãos, dependem de um Estado minimamente capaz de ditar as regras internas e de combater pressões externas de interesses contrários.

Ferrajoli (2002, p. 37) afirma que não há, no plano internacional, uma esfera pública à altura desses poderes supranacionais, ou seja, instituições que atuem na defesa dos interesses gerais, como a paz, a segurança, a sustentabilidade e os direitos fundamentais. De forma que, para o autor, o maior efeito da crise do Estado é o vazio do direito público internacional, surgido de um ramo do direito que se mostrou incapaz de garantir a paz e os direitos humanos em face dos poderes transnacionais – que conflitam diretamente com o interesse público.

O capitalismo global interfere diretamente na capacidade política interna de autorregulação, distribuição de recursos e controle das diretrizes econômicas e de mercado. Sob pressão, os Estados nacionais são obrigados a aceitar a livre circulação das empresas multinacionais e transnacionais, que procuram mão-de-obra barata, legislação trabalhista frágil e Estados incapazes de medir ou punibilizar adequadamente os danos socioambientais – poluição dos ecossistemas, descaracterização da cultura local, aumento da criminalidade, prostituição, uso de álcool e de drogas, a própria exploração do trabalhador, entre outros.

Diante desse cenário, uma das soluções aventadas por Ferrajoli (2002, p. 54) é a criação, ou reforma, de organismos internacionais dotados de efetiva capacidade de garantir a tutela aos direitos fundamentais e amenizar os impactos da globalização. Esses órgãos devem contar com a adesão da maioria dos países, inclusive das principais potências político-econômicas, sendo capazes de produzir sanções efetivas, orientações compulsórias, bem como de realizar julgamentos de governos ou Estados a partir da criação de cortes supranacionais. Não menos importante, segundo Ferrajoli (2002, p. 56), é a criação de uma polícia internacional, igualmente reconhecida e legitimada, que aja, pacífica e coercitivamente, em um movimento antiguerra e de desmobilização das forças bélicas nacionais.

No século XVIII, Kant (2008) já havia definido a importância da criação de instituições globais a fim de atingir a paz perpétua. Em que pese a paz nunca haver sido atingida, a política internacional e o amadurecimento democrático permitiram aos Estados reunirem-se diante de organismos internacionais como a ONU, em busca de objetivos comuns. Embora, também, não houvesse um pacto global a respeito, as políticas do Estado de bem-estar refletiram muito da busca pelos objetivos de paz e construção de harmonias sociais, sendo objetivos a serem buscados, ainda que sob nova roupagem.

As instituições supranacionais são uma alternativa para viabilizar a regulação e o controle dos rumos da economia globalizada e, mais que isso, podem representar uma possibilidade global de intervenção no poderio econômico transnacional. É certo que para que as essas superinstituições funcionem será necessário entender esse momento de transição marcado não somente pelo direito internacional, mas, agora, por um direito pós-nacional.

3 CAMINHOS PÓS-NACIONAIS PARA O DIREITO

O constante processo de internacionalização do direito, movido pelas transformações sociais de cada época, caminha hoje para uma nova compreensão de direito internacional, por

novas construções normativas e rearranjos globais (VARELLA, 2012, p. 201).

Há, em curso, uma reestruturação do próprio direito internacional. Nesse relevante debate, são várias as novas aspirações, discussões e incertezas acerca do rumo das relações jurídico-globais. Entre elas, o debate acerca da ressignificação das fontes de um direito a nível global e a questão que tange aos novos agentes emissores ou produtores dessas normas internacionais, como aqueles não estatais ou mesmo entidades subnacionais, que antes não eram atores legitimados (VARELLA, 2012, p. 201-202).

Com o avanço da globalização, o surgimento dos poderes transnacionais, a perda de capital político dos Estados e a reorganização do direito internacional, refere-se a esse momento como um cenário pós-nacional, que vai além da capacidade dos Estados para a resolução de conflitos e busca da pacificação e ordenação social de maneira interna ou isolada. Outros teóricos têm chamado essa nova organização de um direito pós-nacional:

São normas criadas por novos processos de interação, transnacionais. Trata-se de um modo diferente de internacionalização do direito, não construído por representantes dos Estados, dentro da lógica tradicional de construção do direito internacional [...], mas por meio de processos comunicativos com maior autonomia, que podem envolver ou não os atores estatais (VARELLA, 2012, p. 201).

Esse novo momento jurídico de transição é marcadamente descentralizado e construído em redes, sendo que os atores não-estatais têm papel importante na participação e coordenação desse sistema interligado de normas globais. Essa transição marca também a aproximação do direito interno dos países como fonte internacional, como mostra o professor Marcelo Dias Varella:

um direito pós-nacional (e não internacional) é aquele formado por regras que não necessariamente podem ser consideradas a partir dos direitos nacionais ou dos tratados em vigor. Trata-se de um conjunto de regras composto não apenas pelo direito internacional, mas pelo conjunto de normas internacionalizadas no plano doméstico, como também pelos diversos processos jurídicos entre atores privados, como empresas e sociedade civil, que ocorrem de forma independente dos Estados nacionais (VARELLA, 2012, p. 535).

No século XXI, onde a globalização tecnológica, digital e dos meios de comunicação avançou consideravelmente, as interações globais e normativas independem do Estado. Hoje, as redes desses novos atores globais se organizam e elaboram normas de conduta e regulação para seus membros e atividades de forma rápida e eficaz, em geral, em torno de temas específicos como a defesa do meio ambiente, dos direitos humanos, associações desportivas, entre outros (VARELLA, 2012, p. 295).

Redes de atores privados podem rapidamente ultrapassar as fronteiras estatais, mesmo porque independem da ficção jurídica do Estado para atingir seus objetivos.

[...] A mola propulsora dessas redes de atores domésticos é movida, sobretudo, por pressão da sociedade civil e não da sociedade política. A disseminação do direito pós-nacional ocorre a partir da periferia do sistema e não a partir do centro, onde a validade do direito não vem do Estado, mas do próprio conjunto normativo em si, porque as obrigações geram expectativas de cumprimento suficientes para garantir legitimidade e efetividade às normas (VARELLA, 2012, p. 295-296).

Em boa medida, o que demonstra esse processo de transição do direito e das relações internacionais é a necessidade de interação democrática dos sistemas jurídicos. Somente uma aliança, em rede, dos novos atores globais e dos diversos Estados nacionais, calcada na democracia, pode ressignificar o sistema internacional, criar uma força política globalizada e restringir ou domesticar as forças econômicas transnacionais que distorcem o *modus operandi* dos negócios jurídicos e ferem os processos democráticos internos dos Estados nacionais.

As instituições transnacionais, ou supranacionais, que aqui interessam, devem surgir do interesse e participação da grande maioria dos países, representar interesses democráticos de liberdade, justiça e igualdade e possuir força político-normativa sobre todos os poderes econômicos mundiais. Essas organizações globais, no cenário pós-nacional, devem dispor de instrumentos coercitivos de pressão, regulação e direcionamento das políticas econômicas transnacionais, próprios de um direito também pós-nacional. Não há outra possibilidade de amansar a racionalidade econômica senão pelo caminho das sanções e da compulsoriedade.

Só se pode controlar os rumos da globalização capitalista, encarnada nas empresas e poderes transnacionais, a partir de instituições de maior força e tamanho político-econômico. É imprescindível o cumprimento obrigatório dos comandos destas instituições por parte dos Estados Nacionais, sob pena de esvaziamento do espaço político internacional e ocupação total por parte dos domínios da livre economia.

O marco democrático das novas instituições globais é a ampla participação e possibilidade de negociação das normas internacionais:

o direito pós-nacional não é o resultado da expressão política de um único Estado mais poderoso, os Estados Unidos, porém o resultado de múltiplas manifestações de poder, com diversos processos fragmentados e muitas vezes contraditórios, construído por Estados, mas também por novos processos normativos compostos por redes de atores públicos, estatais, subestatais e privados (VARELLA, 2012, p. 39).

É propriamente nesse sentido que Ferrajoli defende a ideia de um constitucionalismo global, não como um governo mundial, mas apenas a fim de delimitar regulações e caminhos em comum a todos os Estados. Segundo o autor, é possível, na atualidade, “a elaboração de um constitucionalismo mundial, capaz de oferecer, às várias cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, aquelas garantias jurídicas de cuja falta depende a ineficácia destas (FARRAJOLI, 2002, p. 54).

Essas interpretações corroboram a ideia de que os negócios jurídicos, sob a perspectiva da autonomia privada, devem tutelar efetivamente a proteção aos direitos humanos sob o enfoque da dignidade, da universalização e da proteção global ao princípio de justiça. Por esse viés, o direito negocial se conecta intrinsecamente ao atual estágio do Estado contemporâneo na medida em que os negócios jurídicos, regulados pela autonomia privada, derivam, direta ou indiretamente, da capacidade de controle interno, força e influência política dos Estados.

Afinal, como infere Marlene Kempfer (2011, p. 208), é dever das empresas garantir, no âmbito das relações negociais, efetiva proteção e segurança humana. Tanto mais que se reconhece que “o agir conjunto do Estado e das organizações empresariais diminui os riscos de insegurança”, devendo ser incentivado, esse agir, também na esfera internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de uma leitura pós-nacional do direito mostra-se de vital importância diante das atuais crises do mundo em transformação e das pressões executadas pelos poderes capitalistas transnacionais. Também essencial é o entendimento de que o direito econômico e os negócios jurídicos estejam submissos à democracia, como forma de corroborar os princípios democráticos e contribuir para a busca internacional de soluções.

Cresce, nesse sentido, uma memória coletiva no sentido de não tolerar mais que as empresas atuem, numa perspectiva já superada da autonomia da vontade, sob uma lógica puramente liberal, em dissonância com os interesses públicos, coletivos e sociais.

Tendo em vista o vazio do direito público internacional apontado por Luigi Ferrajoli e a constelação pós-nacional de Habermas, entendemos, na esteira de Marcelo Dias Varela, que o momento atual não só exige, mas é propício à criação de sistemas políticos transnacionalizados entre Estados nacionais, atores privados e da sociedade civil, a fim de regulamentar e domesticar os novos poderes capitalistas mundiais.

Entendemos ainda que não existem na atualidade sistemas jurídico-políticos globais, como mencionado acima, e que essa lacuna afeta diretamente a capacidade os Estados nacionais de efetivarem suas pautas democráticas em prol do bem-comum. Organizações como a ONU, OMC e OCDE – que se poderia cogitar transnacionais, de orientação democrática – são controladas em boa medida pelos interesses da União Europeia e dos Estados Unidos, de modo que não refletem as instituições de que se trata este artigo.

Por fim, tendo em vista que o paradigma da autonomia da vontade foi superado junto com o liberalismo convencional, é fundamental que se discuta, a fim de se preservar, a capacidade de intervenção e atuação política dos Estados, objetivando, então, a própria preservação e aperfeiçoamento dos negócios jurídicos, de forma democrática, sob o manto do direito negocial. Esse entendimento é corroborado, em boa medida, com a atual perspectiva que se tem sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que afeta as relações entre particulares no claro sentido de ratificar a importância de uma proteção integral às pessoas.

Considera-se, portanto, fundamental uma atuação positiva de intervenção de instituições transnacionais na economia global, a fim de que se protejam os direitos e interesses coletivos e sociais, haja vista o atual cenário de globalização que retira dos Estados-nação, cada vez mais, a capacidade de resolução interna e externa de conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALLENDE, Salvador. **Discurso na assembleia geral da organização das nações unidas – ONU**. Presidente do Chile, 1970-1973. Genebra, 4 dez. 1972. Disponível em: <https://collectiurets.wordpress.com/2015/09/11/en-1972-salvador-allende-alertava-sobre-el-poder-de-las-empresas-transnacionales-el-11-de-septiembre-de-1973/>. Acesso em: jun. 2019.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Globalização, empresa e responsabilidade social. In: Seminário internacional de história e direito: instituições políticas, poder e justiça, II., 2012, Rio de Janeiro. **Scientia Iuridica – Tomo LXI, 2012. n. ° 330**. Rio de Janeiro: Scientia iuridica, 2012. p. 579-596.
- BRASIL. **Constituição federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. – Coimbra: Livraria Almeida, 2003.
- DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: a nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta**. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição 1988**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Literatura Mundi, 2001.
- IANNI, Octávio. **O estado-nação na era da globalização**. In: Econômica: Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense, Niterói, v. 1, n. 1, p. 105-118, jun. 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2363445>.

Acesso em: jan. de 2019.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução Marco Zingano – Porto Alegre, RS: L&PM, 2008.

KEMPFER, Marlene. Segurança humana e o dever jurídico das empresas brasileiras. In: _____.; BELLINETTI, L. F. (org.). **Estudos em direito negocial**. Curitiba: CRV, 2011, p. 193-220.

KOTLER, Philip. **Capitalismo em confronto**. Tradução Claudia Gerpe Duarte. 1ª ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial**. São Paulo: Editora de direito Ltda, 1999.

WEFFORT, Francisco Correa (Org.). **Os clássicos da política, 1.** – 14.ed., v.1 – São Paulo: Ática, 2006.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 35-56, Mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: jan. de 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. 2012. Dissertação (Tese de Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Como citar: CENCI, Elve Miguel; MARTINS, Luiz Gustavo Campana. Direito pós-nacional: um estudo sobre a proteção dos negócios jurídicos frente à crise dos estados nacionais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 176-191, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p176. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 15/10/2015

Aprovado em: 22/11/2019

RESENHA | REVIEW

ESTEVEES, João Luiz Martins. **O Comando Político-Jurídico da Constituição: Ideologia e Vinculação Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Capítulo 1, pp. 13-70

AS TEORIAS JURÍDICAS NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLITICO-JURÍDICO DAS
CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO

THE LEGAL THEORIES IN THE REALIZATION OF THE POLITICAL-LEGAL COMMAND OF THE
CONSTITUTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE STATE CONCEPTS

Alana Tiosso¹

Como citar: TIOSSO, Alana. As Teorias Jurídicas na Realização do Comando Político Jurídico das Constituições sob a Perspectiva das Concepções de Estado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p.192, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p192. ISSN: 2178-8189

Z

Resumo: Discorre-se acerca do capítulo 1 da obra intitulada “O comando político-jurídico da Constituição”, de João Luiz Martins Esteves. O autor com o propósito de identificar se existe um comando político-jurídico em cada Constituição, busca identificar um caráter ideológico nas teorias jurídicas, a partir do modelo de Estado em que pertença. Expõe os tipos e concepções de Estado existentes na história, desde as primeiras manifestações que identificaram a Constituição como um modelo político, até a inclusão de direitos individuais, políticos e sociais, com a inserção da Constituição no centro do ordenamento jurídico. Aponta que juntamente com essa mudança pragmática, construiu-se mecanismos aptos a garantir a proteção jurisdicional de direitos extraídos da Constituição.

Palavras-chave: Estado Liberal. Estado Social. Constituição. Teorias Jurídicas. Comando político-jurídico.

Abstract: It is discussed about chapter 1 of the work entitled “The political-legal command of the Constitution”, by João Luiz Martins Esteves. The author aims to identify if there is a political-legal command in each Constitution, seeks to identify an ideological character in legal theories, from the state model in which it belongs. It exposes the types and conceptions of state existing in history, from the first manifestations that identified the Constitution as a political model, to the inclusion of individual, political and social rights, with an insertion of the Constitution in the center of legal order. It points out that it combines with this pragmatic change, mechanisms have been built to guarantee the judicial protection of rights extracted from the Constitution.

Keywords: Liberal state. Social Status. Constitution. Legal theories. Political-legal command.

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) Especialista em Direito Constitucional e Contemporâneo em 2017 pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC) Especialista em Direito Previdenciário em 2016 pela Universidade Estadual de Londrina.

Ao dissertar sobre o comando político jurídico da Constituição, o autor da obra, João Luiz Martins Esteves no primeiro capítulo aborda as teorias jurídicas para a realização do comando político jurídico das Constituições sob a perspectiva das concepções de Estado. Para tanto, analisa os modelos político, jurídico e econômico da época do liberalismo, de sua crise e do modelo que surgiu posteriormente, a fim de identificar os tipos de Estados existentes desde o início da trajetória abordada e de suas diferenças.

Assim, expõe sobre o conceito de “constituição”, utilizado desde a Roma Antiga com o mesmo significado de ordenações e estatutos. No século XVIII, o termo se tornou instrumento para identificar a nova configuração política jurídica do Estado, devido às transformações econômicas, políticas e sociais vividas na Europa.

Em 1748, Montesquieu descreveu o conceito de liberdade política, e entendeu que a melhor forma de funcionamento do Estado era fracionando-o em instâncias: legislativa, executiva e judicial. Denominou esse modelo de *Constituição da Inglaterra*, a qual mesmo sem ser formal, existia como um instrumento limitador ao exercício do poder estatal.

O autor pontua que as transformações sociais tiveram sua origem no campo da política, e principalmente no campo econômico, que influenciou nas mudanças políticas da época, pressionadas pelo imperativo burguês de liberdade do mercado. A preocupação era adequar o Estado a um novo modelo de relações sociais e econômicas, ao visar a liberdade nas relações entre particulares e limitar o poder estatal para garantir o exercício dos direitos patrimoniais.

Desta forma, a fim de sustentar os argumentos dos que defendiam a não regulamentação das relações econômicas e sociais, com a limitação do poder político e a redução das funções do Estado, traduziu-se no artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, a ideia de que uma sociedade precisava assegurar a garantia dos direitos e estabelecer a separação de poderes para se ter uma Constituição.

O autor entende que para Bobbio, a redução do poder estatal, a divisão de seu exercício e a minimização de suas funções econômicas e sociais frente às sociedades, são características lastreadas na existência de uma Constituição que consolidou o Estado liberal no século XIX. Busca na história quais foram os valores do ideário coletivo que consolidou a ordem liberal, e pontua que as concepções do jusnaturalismo e do contratualismo estavam presentes como raiz filosófica do Estado liberal em contraposição ao Estado absoluto.

Discorre sobre a questão organicista da sociedade desde Aristóteles, passa por Platão, Tomas de Aquino e Hobbes. A visão organicista da sociedade trazida por Hobbes desencadeou uma mudança de valores da época, sobre a relação indivíduo - Estado. Para ele, o temor a outros homens o levava a submeter-se a um ordenamento estatal criado pelos mesmos homens. Essa mudança de paradigma privilegia a ideia de indivíduos antecedentes à organização social.

A declaração de 1789 afirmou a liberdade do indivíduo e garantiu o individualismo burguês. Ao mesmo tempo, freou qualquer manifestação social que pudesse oferecer oposição ao exercício desse individualismo. Toda organização que buscasse realizar condutas de cunho social deveria ser excluída da sociedade, pois era preciso garantir a liberdade do indivíduo, sem a intervenção estatal nas relações sociais, com a liberdade para que o homem pudesse contratar e ter suas pretensões econômicas.

O elevado progresso técnico, a concentração de capital e o exagero do liberalismo resultaram em uma sociedade desigual. O movimento operário ganhou força, a luta de classes se alastrou, e surgiram ideologias para substituir o capitalismo. Com a necessidade de mudança no comportamento estatal devido às péssimas condições de vida da maioria da população, as legislações sociais neutralizaram o caos instalado.

Posteriormente, as leis definidoras de direitos sociais foram positivadas nas constituições, como a Zapatista de 1917 no México e a Weimar de 1919 na Alemanha. Essa reconfiguração jurídica e política deu lugar a um agir estatal interventor e propulsor das medidas econômicas.

Com as medidas econômicas de Keynes, as regulações fiscais e monetárias influenciaram os governos capitalistas, como por exemplo o New Deal nos Estados Unidos. Sem o abandono da propriedade privada e da livre contratação dos particulares, o Estado passou a intervir nas relações produtivas a fim de reduzir as crises do capitalismo e ao mesmo tempo mantê-lo ativo. Houve a criação de leis de proteção social, e o Estado passou a proteger e garantir os direitos sociais, tendência que se consolidou na segunda metade do século XX, com o Estado de bem-estar social.

O novo modelo manteve os valores ligados à liberdade e ao indivíduo, e possibilitou o entendimento dos direitos como produtos da intervenção humana, a partir de uma configuração política e social. O Estado social não abandonou os pressupostos do liberalismo político, mas se adaptou ao Estado tradicional (Estado liberal burguês) às condições sociais de civilização industrial e pós-industrial com seus novos problemas e técnicas organizativas.

Ao verificar que a efetividade dos direitos sociais foi fruto de uma evolução do Estado liberal para o Estado social, o autor trata de outras teorias que enunciam dois tipos de Estado; o Estado de Direito e o Estado Constitucional na visão de Gustavo Zagrebelski e Pérez Luño.

Para Zagrebelsky a noção de Estado pode ser compatível com orientações totalitárias, com o afastamento de sua origem liberal ao vinculá-la à uma concepção totalitária de Estado, com a possibilidade de combinar fatores políticos e econômicos autoritários e liberais. A lei teria supremacia sobre a Constituição no *Estado liberal de direito*.

Denomina como Estado Constitucional uma subordinação formal e material da lei à Constituição, e um rol de direitos invioláveis positivados na Constituição, independentemente de lei ordinária. Entende que uma mudança de paradigma deve se dar à alteração interna ao Estado Constitucional, e resulta de fatores com características econômicas e sociais, protegidas contra o abuso do legislador, com a incorporação de novos direitos.

A classificação de Perez estabelece que todas as previsões constitucionais, enunciadas anteriormente em caráter formal, podem ser objeto de tutela jurisdicional. O reconhecimento dos direitos difusos são desdobramentos dos direitos individuais e sociais já postos. Ampliou-se a legitimação para a defesa de direitos fundamentais com a possibilidade de tutela e efetivação de direitos de caráter coletivo, como se individuais e sociais fossem.

Reconhece-se, nessa visão, que o Estado liberal não teve como sucessor o Estado Constitucional, mas aquele é a origem deste, por meio do qual se estabelece uma concepção de que a Constituição tem papel central, de reduzir e limitar o poder estatal por meio de uma divisão de seu exercício e da minimização de suas

funções econômicas e sociais frente à sociedade. Por outro lado, o Estado Social denuncia um rompimento ocorrido dentro do Estado Constitucional, como resultado da crise do liberalismo e da emergência dos direitos sociais, sem que houvesse um abandono dos direitos individuais. O Estado social apresenta-se como uma derivação do Estado liberal dentro do conceito de Estado Constitucional.

Após a análise das teorias de Zagrebelsky e de Perez Luño, o autor conclui que ambas as teorias são insuficientes para a modificação da tipologia que distingue o Estado liberal e Estado social dentro do conceito de Estado Constitucional.

Vinculando-se às concepções de Estado, os meios de interpretação do direito variam em conformidade àquelas, e são estes definidos pelos métodos hermenêuticos e baseiam-se no *comando político-jurídico* da Constituição. Pode-se compreender que a realização de direitos fundamentais é o objetivo principal do Estado, entendimento este extraído da constatação de que as diretrizes jurídicas inseridas em textos constitucionais significam desdobramentos daqueles mandamentos, com vistas à efetivação e garantia dos direitos fundamentais.

A combinação entre as *diretrizes* (conjunto de normas constitucionais que decorrem dos direitos fundamentais), o *regime jurídico* (amplitude de aplicabilidade, obrigatoriedade e vinculação) e o *mecanismo de garantia* do *comando político-jurídico* (delegação de poderes para efetivação de direitos fundamentais), permite concluir pela existência do comando político-jurídico e possibilita a percepção de seu sentido ideológico, orientando o intérprete ao tipo de Estado.

Na concepção liberal de Estado, a teoria jurídica serve de instrumento à tutela e garantia dos direitos individuais. Acompanhando a evolução do liberal ao Estado Social, os instrumentos jurídicos passaram a tutelar e garantir direitos sociais. Sob essa perspectiva, deve-se analisar as constituições e as teorias de interpretação e aplicação. Deve-se identificar modelos teóricos que dão amparo ao jurista para contribuir à realização do *comando político-jurídico* de cada sistema constitucional, liberal ou social.

Com isso, busca-se evitar o uso indiscriminado de teorias jurídicas opostas à concepção de Estado adotada pelas Constituições. O Poder Judiciário poderia, inadvertidamente, utilizar-se de teorias de cunho liberal, ainda que submetidos a um *comando político-jurídico* de cunho social, e vice-versa.

Admitindo-se a percepção ideológica do intérprete da Constituição, sempre presente e pendente ao liberal ou ao social, pode-se compreender a ideologia como discurso, tomada de posição, instrumento de análise crítica, instrumento de justificação, programa de ação ou linguagem. Adota-se a ideia de ideologia, ao propósito estudado, como *tomada de posição* ou *programa de ação*, levando-se em conta o papel da *linguagem*, enquanto fator ideológico que neutraliza e ao mesmo tempo preserva determinados valores.

O próprio direito não se encontra desvinculado de vontades humanas, o que permite asseverar seu caráter ideológico. Entende-se pela existência de uma cultura jurídica, formada pelos variados intérpretes e que, como elemento do sistema jurídico, permite concluir não ser possível destituir de valorações as tarefas de interpretação e aplicação do direito. O exercício hermenêutico ocorrerá sob as vestes político-jurídicas do intérprete.

Nesse contexto, pode-se notar qual a teoria jurídica de interpretação e aplicação utilizada, compreendendo-se a forma de elaboração de postulados e de realização no campo hermenêutico. Ao mesmo

tempo, conclui-se pelo comprometimento da teoria com o tipo de Estado, e pode-se perceber a vinculação, ou não, a determinado tipo estatal.

A teoria jurídica pode ser operacionalizada em respeito a determinado *comando político-jurídico* ou em contrariedade a este, sendo que neste último caso haveria afronta à noção do constitucionalismo democrático pautado na soberania popular.

Deve a teoria jurídica de interpretação e aplicação estar adaptada à Constituição; ou seja, comprometendo-se com a realização do *comando político-jurídico* determinado pelo próprio texto constitucional. Referida teoria será entendida como um meio para a consecução dos objetivos do Estado liberal ou social.

Em que pese os construtores das teorias jurídicas deixem perpassar suas ideologias às bases da teoria; não se deve aceitar que as influências ideológicas se imiscuem às teorias de interpretação e aplicação do texto constitucional. Basta, e é necessário, que a teoria esteja em harmonia ao *comando político-jurídico* e ao tipo estatal. O afastamento de compreensões ideológicas seria pressuposto à persecução dos fins constitucionais.

Como citar: TIOSSO, Alana. As Teorias Jurídicas na Realização do Comando Político Jurídico das Constituições sob a Perspectiva das Concepções de Estado. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p.192, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p192. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/11/2019

Aprovado em: 22/11/2019

RESENHA | REVIEW

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In.: MONTEIRO, João Paulo e ou. **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985.

DA LIBERDADE DOS ANTIGOS COMPARADA À DOS MODERNOS

THE FREEDOM OF THE ANCIENTS COMPARED TO THE MODERN ONES

Suzane de França Ribeiro¹

Como citar: RIBEIRO. Suzane de França. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p.197, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p197. ISSN: 2178-8189

Resumo: A liberdade é vista sob dois pontos de vista: a dos antigos e a dos modernos. Os primeiros almejavam a guerra, enquanto os segundos, a paz. A guerra feliz para os antigos era sinônimo de prosperidade, pois trazia escravos, tributos e terras. Para os modernos, a guerra feliz era motivo de incômodo, pois acabava atrapalhando o comércio. O fato é que ambos tinham o mesmo objetivo, que era possuir tudo o que desejassem. Enquanto os antigos utilizavam o espírito bélico, os modernos utilizavam o espírito negocial, por meio de acordos. Tanto a guerra quanto o comércio eram formas de se atingir a liberdade. Os primeiros a exerciam de pela participação ativa e constante do poder coletivo e os segundos pela independência privada e pelo exercício quase imperceptível do poder coletivo.

Palavras-chave: Liberdade. Guerra. Paz. Comércio.

Abstract: Freedom is seen from two points of view: the old and the modern. The former sought war, while the latter sought peace. Happy warfare for the ancients was synonymous with prosperity, for it brought slaves, tributes, and lands. For moderns, happy warfare was a nuisance because it disrupted trade. The fact is that both had the same goal, which was to have everything they wanted. While the ancients used the war spirit, the moderns used the bargaining spirit through agreements. Both war and trade were ways of achieving freedom. The former exercised it by active and constant participation in collective power and the latter by private independence and the almost imperceptible exercise of collective power.

Keywords: Freedom. War. Peace. Trade.

Benjamim Constant publicou, em 1819, o artigo intitulado “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, onde se preocupou em esclarecer que os fatores culturais, históricos

1 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil em 2018 pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional em 2008 pela (PUC/PR). Graduada em direito pela Universidade Norte do Paraná (UNIPAR)

e sociais foram determinantes para distinguir os dois conceitos de liberdade apresentados.

A comparação entre a liberdade dos antigos à liberdade dos modernos, de Benjamim Constant, demonstra, inicialmente, que os antigos, devido a sua organização social, desejavam uma liberdade bem diferente da almejada pelos modernos, principalmente em razão de uma diferença essencial: guerra e paz.

De acordo com Constant (1985, p. 12, 13), o espírito das repúblicas antigas, devido a sua extensão e por serem fechadas em limites estreitos, era belicoso, tendo a guerra como interesse constante, pois o objetivo de todos era a segurança, a independência e a sua própria existência. Já no mundo moderno, os Estados seriam mais vastos, suficientemente fortes e voltados ao comércio, que acaba sendo uma tentativa de acordo, e, sobretudo, a paz.

Segundo o autor, “para os antigos, uma guerra feliz acrescentava escravos, tributos, terras, à riqueza pública e particular. Para os modernos, uma guerra feliz custaria infalivelmente mais do que vale”, pois não ofereceria “benefícios que igualem os resultados do trabalho pacífico e dos negócios regulares”. (CONSTANT, 1985, p. 13)

Para Constant (1985, p. 10,11), enquanto a liberdade dos antigos consistia em “exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira” e submeter-se, individualmente, à autoridade do todo, a liberdade dos modernos consistiria no direito de cada um influir sobre a administração do governo direta (nomeação de funcionários) ou indiretamente (representações) e submeter-se somente à lei, sendo-lhes respeitados direitos individuais.

Constant (1995, p. 11) explica que “entre os antigos, o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido (...)”, já entre os modernos, “o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida”.

O autor afirma, ainda, que a liberdade dos antigos era composta pela participação ativa e constante do poder coletivo, a influência na soberania estatal era real e “cada um, sentindo com orgulho o que valia seu voto, experimentava uma enorme compensação na consciência de sua importância social”.

Ao contrário, a liberdade dos modernos compor-se-ia do “exercício pacífico da independência privada”, mas “perdido na multidão, o indivíduo quase nunca percebe a influência que exerce. Sua vontade não marca o conjunto; nada prova, a seus olhos, sua cooperação”. (CONSTANT, 1985, p. 15)

Para o autor, a liberdade para os antigos era “a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria” enquanto a liberdade para os modernos consistiria nas garantias concedidas pelas instituições aos privilégios privados.

Conforme explicitado por Benjamim Constant, o mundo moderno foi capaz de substituir a guerra pelo comércio e o espírito bélico cedeu à tentativa de acordo, “pois a guerra e o comércio, nada mais são do que dois meios diferentes de atingir o mesmo fim: o de possuir o que se deseja”. (CONSTANT, 1985, p. 12)

Importante trazer as considerações de Constant sobre o comércio, que visa a independência individual, pois é capaz de atender as necessidades e satisfazer os desejos do indivíduo sem a intervenção da autoridade, que é “quase sempre incômoda”, pois “todas as vezes que o poder coletivo quer intrometer-se nas especulações particulares, ele atrapalha os especuladores”. (CONSTANT, 1985, p. 14)

Para o autor, a liberdade dos antigos era composta pela participação ativa e constante do poder coletivo, enquanto a liberdade dos modernos é composta pela independência privada e pelo exercício quase imperceptível no poder coletivo. A liberdade dos antigos valorizava o todo em relação ao individual, enquanto a liberdade dos modernos valorizaria os direitos individuais, e, conseqüentemente, não permitiria o exercício efetivo da soberania política face ao todo.

Como citar: RIBEIRO. Suzane de França. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p.197, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p197. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 22/11/2019

Aprovado em: 22/11/2019

INSTRUÇÕES AOS AUTORES INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; Abstract; Key words; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação,

coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract e Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.
- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...
... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).
... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).
Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...
– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.
– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).
– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).
– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.
- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura.

Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências - Elaboração / ago. 2002)

Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomendase evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados

na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.