

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 24 n. 2, jul. 2020

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITOR
Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho VICE-REITOR
Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri
Diretora de Pós-Graduação: Profª Silvia Marcia Ferreira Meletti Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur
Eumann Mesas
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Profª. Dª. 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-Coodenador: Profª. 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. 24, N. 2 (jul. 2020).
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.24, n. 2, Jul 2020

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:

Ariella Kely Besing Motter, Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Juliani Cristina Lima Grochoski,
Laudicena de Fátima Ribeiro, Leonardo Cosme Formaio, Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de Souza
Santos, Natali Silvana Zwaretch.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DRA. ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI
(UFMG)
DR. ALDACY RACHID COUTINHO
(UFPR)
DR. ALEXANDRE WALMOTT BORGES
(UFU)
DR. CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES
BOLONHA
(UFRJ)
DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO
(UFU)
DRA. DAIANE AGUIAR
(UAM)
DR. DANIEL QUEIROZ PEREIRA
(IBMEC)
DR. DARCI GUILMARÃES RIBEIRO
(UNISINOS)
DR. HENRIQUE VIANA PEREIRA
(PUCMG)

DRA. FLAVIA PEREIRA HILL
(UERJ)
DR. JOÃO PORTO SILVERIO JUNIOR
(UNIRV)
DRA. JULIANE CARAVIERI MARTINS
(UFU)
DR. LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA
(UNIMAR)
DRA. MARGARETH VETIS ZAGANELLI
(UFES)
DR. ROGERIO MONTAI DE LIMA
(UNIR)
DR. ROGERIO MOLLICA
(UNIMAR)
DR. RONALDO LINDIMAR JOSÉ MARTON
(UCB)
DR. THALES MAXIMILIANO RAVERA
CAÑETE (ESMAC)
DRA. THAMI COVATTI PIAIA (URI)

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
DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: A BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E O CAPITALISMO MODERNO	10
HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC DEVELOPMENT: THE QUEST FOR BALANCE IN <i>Jeferson Sousa Oliveira e Marcelo Benacchio</i>	
FINTECHS: INOVAÇÃO, REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, EFICIÊNCIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	25
FINTECHS: INNOVATION, REDUCTION OF TRANSACTION COSTS, EFFICIENCY AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW <i>Henrique Avelino Lana e Lucas Vinícios Cruz</i>	
CHOCOLATE COM PIMENTA: O EMBATE DE PRINCÍPIOS NO CASO NESTLÉ-GAROTO	47
CHOCOLATE WITH PEPPER: THE CLASH OF PRINCIPLES IN THE NESTLÉ-GAROTO CASE <i>Rômulo Guilherme Leitão e Unie Caminha e Andressa Borges Monteiro Pires</i>	
AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E A COMPATIBILIDADE COM O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	64
THE POSSIBILITY OF APPLYING STRUCTURING INJUNCTIONS IN BRAZILIAN CIVIL PROCESSUAL LAW <i>Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti</i>	
O DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA E EM TEMPO RAZOÁVEL E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	8 1
THE RIGHT TO EFFECTIVE AND REASONABLE JUSTICE AND THE PACT OF SAN JOSÉ OF COSTA RICA IN REGARDS TO THE PROTECTION OF HEALTH <i>Juliane Caravieri Martins e Igor Vinicius de Lima Afonso</i>	
A CRÍTICA DA RACIONALIDADE AMBIENTAL À GESTÃO URBANA: A AUSÊNCIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA POLÍTICA URBANA COMO CAUSA DE INEFETIVIDADE DO DESENVOLVIMENTO SOCIOESPACIAL NA CIDADE DE PATOS – ESTADO DA PARAÍBA.....	101
CRITICISM OF ENVIRONMENTAL RATIONALITY TO URBAN MANAGEMENT: THE ABSENCE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY IN URBAN POLITICS AS A CAUSE OF INEFFECTIVE SOCIO-SPATIAL DEVELOPMENT IN THE CITY OF PATOS – STATE OF PARAÍBA <i>Osmar Caetano Xavier e Fernando Joaquim Ferreira Maia</i>	
A CONTRATAÇÃO NA SOCIEDADE MASSIFICADA E AS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO.....	117
THE CONTRACTS IN MASS SOCIETY AND THE GENERAL CONDITIONS OF THE CONTRACTS IN GERMAN LAW <i>Leonardo Estevam de Assis Zanini</i>	
A REVISTA ÍNTIMA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DOS ASPECTOS TECNOLÓGICOS	135
CLOSE INSPECTIONS IN THE WORKPLACE AND THE VIOLATION OF THE DIGNITY OF	

THE HUMAN PERSON FROM THE PERSPECTIVE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND TECHNOLOGICAL ADVANCES

Ana Paula Baptista Marques e Leda Maria Messias da Silva

**A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO149**

MEDIATION AS A PUBLIC POLICY FOR RESOLVING CONFLICTS IN CONSUMER RELATIONS

Chanauana de Azevedo Canci Mafio e Vera Sirlei Martins e Valesca Brasil Costa

**ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRS): A GESTÃO DE CONFLITOS NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO170**

ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRS): MANAGING CONFLICT IN THE INFORMATION SOCIETY

Adriana Silva Maillart e Ricardo Soares Stersi dos Santos

RESENHAS|REVIEWS189

NORMAS PROMOCIONAIS E TEORIA FUNCIONAL DO DIREITO189

PROMOTIONAL STANDARDS AND FUNCTIONAL THEORY OF THE LAW

Luiz Gustavo Campana Martins

RESENHAS|REVIEWS194

Arthur Lustosa Strozzi

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 2 de seu 24º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial. Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento 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.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos 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 o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

O atual Volume, conta com duas resenhas: Normas promocionais e teoria funcional do direito de Luiz Gustavo Campana Martins e Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais de Arthur Lustosa Strozzi, e mais dez artigos, os quais versam sobre múltiplas áreas do direito, tais como: a) A revista íntima no meio ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana à luz da inteligência artificial e dos aspectos tecnológicos de autoria de Ana Paula Baptista Marques e Leda Maria Messias da Silva; b) As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro de Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti; c) A crítica da racionalidade ambiental à gestão urbana: a ausência da democracia participativa na política urbana como causa de inefetividade do desenvolvimento socioespacial na cidade de Patos – Paraíba de Osmar Caetano Xavier e Fernando Joaquim Ferreira Maia; d) O direito de acesso à justiça efetiva e em tempo razoável e o pacto de San José da costa rica na proteção do direito à saúde de Juliane Caravieri Martins e Igor Vinícius de Lima Afonso; e) Chocolate

com pimenta: o embate de princípios no caso nestlé-garoto de Rômulo Guilherme Leitão, Uinie Caminha e Andressa Borges Monteiro Pires; f) Online dispute resolutions (ODRs): a gestão de conflitos na sociedade da informação de Adriana Silva Maillart, Ricardo Soares Stersi dos Santos; g) A contratação na sociedade massificada e as condições gerais de contratação no direito alemão de Leonardo Estevam de Assis Zanini; h) Direitos humanos e desenvolvimento econômico: a busca do equilíbrio entre a dignidade humana e o capitalismo moderno de Jeferson Sousa e Marcelo Benacchio; i) A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável de Letícia Sangaletto Terron e Rogerio Molica; j) A mediação como política pública de resolução de conflitos nas relações de consumo de Chanauana de Azevedo Cancei Manfio, Vera Sirlei Martins e Valesca Brasil Costa Correio

Diante da alta gama de assuntos extremamente relevantes ao cenário contemporâneo dos quais os artigos tratam, esperase contribuir com conhecimento de nossos leitores diante da profundidade dada à importantes temas envolvendo o Direito Negocial. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica. 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

**DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: A
BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E O
CAPITALISMO MODERNO**

HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC DEVELOPMENT: THE QUEST
FOR BALANCE IN HUMAN DIGNITY AND MODERN CAPITALISM

Jeferson Sousa Oliveira*
Marcelo Benacchio**

* Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Mestre em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de São Caetano (FASC). Email: jeferson@joliveiraadv.com.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Email: benamarcelo@gmail.com

Como citar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa. BENACCHIO, Marcelo. Direitos humanos e desenvolvimento econômico: a busca do equilíbrio entre a dignidade humana e o capitalismo moderno. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 24, n.2, p. 10-24, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p10. ISSN: 2178-8189

Resumo: Ao longo dos séculos o mercado internacional passou por diversas mudanças, as quais gradativamente exigiram o sacrifício do bem-estar social em prol do acúmulo de riqueza, colocando valores humanos em segundo plano se comparado ao capital. Assim, o presente trabalho se vale do método hipotético-dedutivo e de uma visão jurídico-econômica do mercado objetivando destacar a importância da dignidade humana ante as inúmeras violações a direitos sociais, na busca de um equilíbrio entre essas situações. Por fim, conclui-se que dignidade deve ser assegurada frente às relações de mercado, sendo este um instrumento para a melhoria da qualidade de vida nos países não desenvolvidos, especialmente o Brasil. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Palavras-Chave: Direito Econômico; Dignidade; Desenvolvimento; Capitalismo.

Abstract: Over the centuries, the international market has undergone several changes, which have gradually required the sacrifice of social welfare in favor of wealth accumulation, placing human values in the background and capital in the forefront. In this context, this paper utilizes the hypothetical-deductive method and a legal-economic interpretation of market systems in order to highlight the importance of human dignity in face of the many violations of social rights. Therefore, this study strives

to find common ground between human rights and economic values. In conclusion, this research undertands that the dignity of the human person should be guaranteed in market transactions, as it is an important instrument for improving quality of life in undeveloped countries, especially in Brazil. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

Key - words: Economic Law; Dignity; Development; Capitalism.

INTRODUÇÃO

O exercício da atividade econômica está atrelado à vida humana desde a antiguidade, ganhando maior destaque ao longo dos séculos, moldando-se para atender às necessidades de cada sociedade.

Com o surgimento da economia de livre mercado, o cenário comercial mundial passou por severas mudanças, principalmente quanto à proteção dos direitos sociais de milhões de pessoas. As estruturas formadas na modernidade que estabeleceram a formação do Estado enquanto legislador soberano em âmbito nacional e territorial sofreram considerável diminuição de seus poderes em razão dos empreendedores globais, representados pelas empresas transnacionais, com aptidão para atender as novas demandas e exigências do capitalismo global.

Os interesses capitalistas mundiais repercutiram na diminuição do Estado com a transmissão de várias de suas atividades ao mercado, cujo interesse econômico superou o interesse social na busca da ampliação do lucro.

Ante a mudança de muitos valores humanos, diversos agentes econômicos passaram a se abster de contribuir para a promoção do bem-estar social, crendo que essa tarefa competiria exclusivamente ao Poder Público. De outra parte, o Estado, tem encontrado dificuldades em assegurar o respeito à dignidade humana, notadamente nos países não desenvolvidos, os quais são fortemente influenciados por companhias detentoras de considerável poder político, tornando-as capazes de sobrepor seus interesses privados aos de natureza pública e social.

A fim de impor limites às relações de mercado e assegurar o cumprimento da dignidade humana em solo nacional, o Brasil, através da Constituição Federal, previu uma gama de princípios regentes da ordem econômica nacional. Tais princípios têm como intuito tornar o mercado interno um instrumento capaz de promover o desenvolvimento socioeconômico no país, por meio da promoção da dignidade humana em todas as suas dimensões sem impedir o exercício da livre iniciativa, todavia, guiada pelas situações jurídicas existenciais.

Para tanto, o presente trabalho vale-se do método hipotético-dedutivo, a partir de uma análise jurídico-econômica das relações de mercado, valendo-se ainda da revisão bibliográfica e legislativa com o objetivo de contribuir com as discussões sobre o tema, evidenciando alguns dos efeitos socialmente negativos da atividade econômica globalizada.

1 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

O desenvolvimento humano sempre se mostrou diretamente relacionado ao exercício da atividade comercial. Ainda na Idade Antiga, é possível vislumbrar grandes centros comerciais, a partir de uma perspectiva histórica, evidenciando a importância do mercado para a manutenção e evolução das cidades.

Por constituir um elemento essencial, diferentemente do que muitos acreditam, a atividade comercial foi objeto de diversos estudos antes mesmo que Adam Smith publicasse sua principal

obra, *A Riqueza das Nações*, em 1776, estabelecendo as bases teóricas do liberalismo econômico. “Em períodos anteriores, a atividade econômica do homem era tratada e estudada como parte integrante da Filosofia Social, da Moral e da Ética.” (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008, p. 17)

Apartir do século XVI, para a ciência econômica moderna, o mercantilismo foi compreendido como a primeira escola econômica da antiguidade. Embora desprovida de tecnicidade nos moldes das escolas que se seguiram, essa já detinha o acúmulo de riqueza como o principal instrumento de construção de um Estado forte, momento no qual a posse de metais ganhou maior importância, o que culminou em guerras e manteve o Estado atento às relações econômicas (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008).

Posteriormente, já durante a Era econômica clássica, tem-se Adam Smith, com a obra supracitada, como um dos principais teóricos capitalistas, ante a influência que o liberalismo exerceu nos mercados desde então.

Na referida obra, Adam Smith (2015) propõe um afastamento do Estado quanto às relações negociais, permitindo que o mercado evolua com base na oferta e procura, ensejando um consequente desenvolvimento socioeconômico.

No mais, o mercado seria um instrumento de desenvolvimento social capaz de se autorregular, exigindo a intervenção do Poder Público apenas para mantê-lo em pleno funcionamento.

Essa compreensão, entretanto, repercutiu na ampliação dos lucros sem preocupação com a dignidade humana, influenciando na criação de discrepâncias econômicas no seio social de diversos países, notadamente pela primazia do interesse econômico frente ao social.

Desta forma, os proprietários dos meios de produção passaram a organizar os fatores necessários ao exercício de sua atividade da maneira menos onerosa possível, submetendo milhões de trabalhadores a condições desumanas de labor, em exaustivas jornadas com baixa remuneração.

Mesmo com o advento do socialismo, defendido dentre outros por Karl Marx e Friedrich Engels, o capitalismo sobressaiu no ocidente ao enfrentamento daquela corrente econômica, especialmente devido ao surgimento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O Estado do Bem-Estar Social nada mais foi do que um modelo de gestão pública pautado na defesa da coletividade frente ao mercado e no auxílio deste, cabendo ao Poder Público arcar com todos os encargos do amparo social, sendo que o liberalismo ainda era amplamente defendido.

Embora houvesse a construção de um sistema normativo capaz de atender aos mais básicos anseios coletivos, esse modelo de gestão visava assegurar que o trabalhador permanecesse servindo ao mercado, tendo seu devido aproveitamento.

Poucos de nós se lembram hoje de que o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os *temporariamente* inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo... (BAUMAN, 1998, p. 51)

Como se não bastasse, a designação ao Estado do custeio das políticas protetivas não

contou com o amparo financeiro da iniciativa privada, o que onerou os cofres públicos, atingindo reflexamente à sociedade por meio da tributação, gerando o inconformismo de muitos cidadãos.

Ante todos os problemas sociais gerados pelo capitalismo até então, John Maynard Keynes emerge com sua obra Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda em 1936, propondo mudanças na forma como o mercado estava se desenvolvendo, apresentando ao mundo o neoliberalismo econômico. “Para Keynes, numa economia em recessão, não existem forças de auto-ajustamento, por isso se torna necessária a intervenção do Estado por meio de uma política de gastos públicos.” (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008, p. 23)

Desta maneira, diferente do liberalismo, onde o Estado deveria se abster de intervir nas relações comerciais, o neoliberalismo pregava certo grau de dirigismo do Poder Público sobre o mercado, de modo a torná-lo um instrumento realmente efetivo na promoção do desenvolvimento socioeconômico, sanando as falhas trazidas pela economia de mercado.

Com o passar das décadas o neoliberalismo tomou o lugar do liberalismo, no entanto, não cumpriu com o que prometeu, permitindo que mais discrepâncias econômicas atingissem grande parte da sociedade mundial.

Ante o advento da globalização, em meados da década de 1990, a comunidade internacional ganhou novas expectativas quanto ao crescimento econômico dos Estados não desenvolvidos, o que vinha sendo gradativamente esperado desde a década de 1950.

O mercado, antevendo uma gama de possibilidades comerciais, acabou se defrontando com a transnacionalização do capital, constituído sob a forma de crédito e investimentos internacionais, bem como na ramificação das companhias por mais de um Estado, passando a serem conhecidas como corporações multinacionais ou transnacionais.

Ante o aumento do fluxo de capital circulando entre os países não desenvolvidos, diferentes políticas econômicas foram tomadas, o que causou disformidade no crescimento de cada nação. “Alguns países, como China, Malásia e Cingapura, acolheram o investimento externo; outros, como a Coreia do Sul e o Japão, sentiram-se mais confortáveis sem ele e cresceram da mesma forma.” (STIGLITZ, 2017, p. 102)

Muito embora o mercado e a globalização tenham contribuído para o desenvolvimento econômico de muitos Estados, não é possível dizer o mesmo quanto à promoção de melhor qualidade de vida, haja vista alguns dos planos de gestão adotados pelos países não desenvolvidos falharem em seu propósito, ainda mais se considerar que “cerca de 80% da população do mundo vive em países em desenvolvimento, marcados por renda baixa e alta pobreza, alto desemprego e baixa educação.” (STIGLITZ, 2017, p. 92)

Por outro lado, com a transnacionalização as companhias e a adoção de um novo modelo de gestão empresarial, muitos entes comerciais passaram a buscar no exterior, maneiras de baixar seus gastos com os fatores de produção necessários para a manutenção de sua atividade.

Dentre os tais fatores, os insumos e a mão de obra eram os que mais preocupavam as unidades de produção, ensejando na maior parte das vezes, que sua instalação ocorresse em regiões remotas do globo, ainda habitadas por nativos, ou em países que sofriam por conflitos políticos, em

especial na África e na América Latina. (RUGGIE, 2014)

A busca das transnacionais por melhores fatores de produção ensejou ainda a conquista de poder político, causando danos ainda maiores à sociedade, principalmente na seara ambiental.

Dentre os principais instrumentos usados pelas companhias para conquistar influência política, a corrupção ganha lugar de destaque, podendo haver ainda diversos outros como o abuso de direito, situação frequente quando há domínio do mercado.

A Microsoft tem tanto poder de mercado que ameaçou descaradamente se retirar da Coréia do Sul se o país continuasse com seu processo antitruste contra a empresa – em certo sentido, confirmando as alegações de poder de mercado arrogante, pois se isso não fosse verdade, sua ameaça de se retirar não faria sentido. (STIGLITZ, 2017, p. 134)

Esse tipo de conduta empresarial é capaz de vulnerar a já fragilizada condição de milhões de pessoas ao redor do planeta, expondo o caráter individualista da economia mundial, a qual tem se afastado da promoção do desenvolvimento humano.

Os problemas sociais causados pela busca do lucro como fundamento e primado do mercado moderno não é exclusividade dos países menos abastados, ainda mais tendo que “as taxas de desemprego alcançam o percentual de 10% da população economicamente ativa na Comunidade Europeia.” (GRAU, 2015, p. 51)

Assim, o exercício da atividade econômica ao longo dos anos foi capaz de ensejar uma considerável quantidade de problemas sociais, explorando as fragilidades do mercado internacional e as falhas político-normativas dos países mais pobres, cujos sistemas normativos foram adaptados aos interesses da globalização econômica, sem que a iniciativa privada tomasse qualquer responsabilidade por atos danosos ao bem-estar coletivo.

Aos Estados, por outro lado, não coube fazer muito no plano fático, estando subjugados aos interesses privados à medida que buscavam tornar mais efetiva a proteção à dignidade humana em seus territórios.

Entretanto, muitos governos passaram a buscar outras maneiras de tentar garantir o respeito aos direitos fundamentais de seus povos frente às relações de mercado, recorrendo à seara normativa, à concessão de incentivos fiscais e a outros instrumentos.

Mesmo assim, as corporações em todo o mundo têm várias formas de influenciar governos. Elas podem ameaçar retirar seus investimentos dos países em que operam. Podem processar os governos das nações que as hospedam por meio de uma arbitragem internacional se seus investimentos tiverem sido afetados negativamente por medidas legislativas ou administrativas. Grupos pontuais de arbitragem podem interpretar tais medidas como violação de um acordo de investimento internacional, mesmo se o país anfitrião estiver apenas executando

suas obrigações internacionais de direitos humanos de maneira não discriminatória entre investidores internos e estrangeiros. (R UGGIE, 2014, p. 36-37)

Desta forma, as grandes companhias se mantêm atuando no cenário econômico nacional e internacional sem que haja qualquer efetividade nas políticas públicas voltadas a assegurar a manutenção do bem-estar coletivo, colocando o acúmulo de capital em uma posição de destaque e impedindo o real desenvolvimento dos Estados, especialmente, os menos abastados.

2 DIREITOS HUMANOS E ECONOMIA

Embora a economia mundial tenha passado por um longo processo de evolução, com os direitos humanos não foi diferente. Tais garantias são fruto dos anseios sociais, inicialmente fundados em abusos do Estado, passado ao longo dos anos a representar a luta coletiva contra a violação de direitos e o sacrifício da condição humana em nome do desenvolvimento puramente econômico.

Deste modo, os Direitos Humanos surgem como resposta aos principais abusos políticos e econômicos ocorridos na história moderna, almejando retomar a dignidade humana e preservar o bem-estar coletivo frente às transgressões de cada época.

Sem desconsiderar todo o processo evolutivo das normas de Direitos Humanos, bem como sua divisão doutrinária, é possível perceber a existência de um novo desejo social por mudanças, que diferentemente de outros tempos, não está relacionado apenas a um determinado povo ou grupo social, mas significativamente difundido em considerável parcela da população mundial.

Mesmo com a existência de diferentes instrumentos normativos a nível internacional, ainda que desprovidos de coercibilidade, o mercado subjuguou muitos governos, sobrepondo os interesses empresariais àqueles coletivos, destruindo o meio ambiente e violando garantias populares.

Assim, “o conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX.”(COMPARATO, 2010, p. 78)

Diante desse cenário, não é demais imaginar que o neoliberalismo falhou em promover o desenvolvimento nos Estados menos abastados, vez que o acúmulo de capital passou a ser considerado um fim em si mesmo, perdendo sua instrumentalidade na busca por melhores condições humanas.

Toda a construção normativa e doutrinária acerca dos direitos fundamentais passou a ser questionada em virtude do advento de uma realidade que detém as corporações como entes realmente capazes de ditar as regras políticas de muitos países, e a consequência disso é que “no final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora havia se tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção.” (COMPARATO, 2010, p. 78)

A dignidade humana reconhecida e tutelada por declarações internacionais, bem como pelas cartas constitucionais de vários Estados ocidentais, passou a ser o valor fundante de um

ordenamento jurídico pluralístico, solidário e baseado no reconhecimento do outro. (POLITI, 2018, p. 119)

A preocupação gerada pelas companhias transnacionais, relativamente à sua atuação pouco humanizada em países política e financeiramente carentes, levou a comunidade internacional a tentar padronizar sua forma de atuação, encontrando razoável dificuldade em submetê-las a uma jurisdição supranacional, pois cada unidade produtiva está vinculada ao sistema normativo dos respectivos Estados anfitriões, naturalmente disformes entre si e consideravelmente influenciados pelas próprias empresas.

Nessa linha, ainda na década de 1970, os Estados Unidos foram o primeiro país a tentar negociar um código de conduta para as corporações multinacionais, não obtendo êxito. (RUGGIE, 2014)

Ainda sob esse contexto, até o presente, muitos países buscam estabelecer meios para que as companhias atuem de forma humanizada, valendo mencionar o esforço da União Europeia, que publicou no ano de 1999 uma resolução voltada a promoção de maior eticidade na atuação das empresas europeias que operam em Estados em desenvolvimento. (UNIÃO EUROPEIA, 1999)

Por outro lado, no que tange ao mercado internacional, mesmo que a segunda dimensão de Direitos Humanos já estivesse estabelecida, muitas violações a tais garantias continuaram a ocorrer em virtude do exercício da atividade econômica, notadamente nos Estados não desenvolvidos.

Ainda na década de 1990 – marcada por diversos conflitos sócio-políticos, bem como pela difusão da *internet* e o fortalecimento da globalização, gerando um caos internacional que mesclou evolução e retrocesso – a transnacionalização dos agentes econômicos foi responsável por contribuir para o agravamento da condição existencial de milhões de pessoas ao redor do planeta, o que tem perdurado até os dias atuais.

Surgiram muitas evidências de trabalho em condições desumanas e até mesmo de trabalho forçado em fábricas que prestavam serviços a famosas marcas internacionais; comunidades nativas foram deslocadas sem consulta ou tiveram indenização inadequada para dar lugar a empresas de petróleo e gás, crianças de 7 anos de idade foram encontradas trabalhando arduamente em plantações de propriedade de empresas de alimentos e bebidas; forças de segurança que cuidavam de operações de mineração foram acusadas a atirar em invasores e manifestantes, e há relatos de estupros e assassinatos; provedores de serviços de internet e empresas da área de tecnologia da informação entregaram informações de usuários a agências de governo que espionavam dissidentes políticos com o objetivo de prendê-los e, dessa forma, ajudaram os governos na prática de censura. (RUGGIE, 2014, p. 17-18)

Ainda que entre o surgimento dos direitos de segunda dimensão e a referida década houvesse a prática de abusos do poder econômico, a preservação da dignidade humana tinha ganhado força, aumentando a crença coletiva de que condutas comerciais que afetassem negativamente à sociedade tenderiam a reduzir, o que não aconteceu.

Muitos Estados, almejando conseguir recursos para investir em seus programas sociais,

focaram seus esforços no aumento do Produto Interno Bruto, o que foi alavancado pela globalização.

Entretanto, para que haja um pleno desenvolvimento nacional, é necessária uma correta utilização de inúmeros bens e fatores, de modo que o aumento da produtividade não custe a sustentabilidade da nação ante o elevado número de recursos naturais a serem extraídos a bem do mercado. “Papua-Nova Guiné está pondo abaixo suas florestas tropicais, lar de uma imensa variedade de espécies; as vendas aumentam seu PIB hoje, mas dentro de vinte anos não haverá mais nada para cortar.” (STIGLITZ, 2017, p. 117)

Destarte, como é possível notar, os Direitos Humanos de segunda e terceira dimensão estão sendo alvo de reiteradas violações, preocupando a sociedade quanto à promoção do bem-estar coletivo nos anos que virão, vez que o mercado não tem propiciado o desenvolvimento, pelo contrário, está guiando o mundo moderno rumo à destruição do ecossistema e do sacrifício de muitos em benefício de poucos.

Uma vez que violações aos Direitos Humanos continuam a correr mesmo existindo vários instrumentos normativos internacionais que buscam resguardar diferentes povos, é importante destacar que a comunidade internacional tem trabalhado em novos meios de conscientizar as companhias e o Estado quanto ao seu papel social, tendo assim, em 2011, surgido os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (*Guiding Principles on Business and Human Rights*).

Tais princípios consistem em trinta e uma recomendações ao Poder Público e à iniciativa privada, de modo a tentar melhorar as condições sociais frente às relações comerciais, pautando-se em três pilares: Proteger, Respeitar e Remediar.

Simplificadamente, os três pilares apontados versam sobre o dever do Estado em proteger a sociedade em face de violações aos Direitos Humanos; assim como sobre a responsabilidade das empresas no que tange a suas ações, cabendo a estas adotarem uma gestão mais humanizada a fim de respeitar determinações legais. Por fim, remediar tem como característica promover o acesso à devida reparação de danos àqueles que de alguma maneira tiverem suas garantias violadas (UNITED NATIONS, 2011). “A ideia de que empresas poderiam ter responsabilidades relativas aos direitos humanos, independentemente de exigências legais em seus países de atuação, é nova e ainda não é aceita universalmente.” (RUGGIE, 2014, p. 28)

Por isso o Estado possui um papel fundamental na defesa de seu povo, devendo intervir em todos os pontos onde a iniciativa privada se mostrar ineficiente ou se recusar a atuar, impedindo que as falhas de mercado atinjam negativamente a sociedade.

Mas não se pode esquecer que a efetiva aplicação dos Direitos Humanos em muitos países tem sido um problema, pois os Estados não estão obrigados a ratificar os tratados internacionais, muito menos cumpri-los.

O problema é ainda maior quando se tem empresas que operam em países onde algumas garantias fundamentais podem inexistir ou colidirem com normas locais. Nesses casos, John Gerand Ruggie (2014) entende que o ideal é que as companhias atuem de maneira a preservar os direitos internacionalmente reconhecidos.

Nesse contexto, muito se discute, em diversos países, a respeito da responsabilidade social empresarial (ou corporativa), a fim de debater a amplitude dos efeitos gerados pela atividade das organizações empresariais em relação aos seus *stakeholders*.

Como destaca Newton De Lucca (2009), concepções responsabilizatórias que se restringem a observar os seres humanos como meros instrumentos do ciclo produtivo, compõem-se, através de uma perspectiva social, em uma visão ultrapassada, não condizendo com valores sociais modernos. Contudo, a efetivação da responsabilidade social empresarial esbarra no controle de mercado exercido pelo capital, tornando a função social, por vezes, um mero exercício de retórica.

3 ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Como destacado, os direitos humanos nas últimas décadas têm seguido o exercício da atividade comercial a fim de impedir que esta sacrifique os valores humanos em prol do acúmulo de capital.

Defendemos a governança em âmbito nacional e mundial da atividade econômica a partir do fio condutor dos direitos humanos.

Qualquer atividade econômica com violação dos direitos humanos de modo direto ou que promova o lucro acima dos interesses sociais deve ser revista de modo a realizar o equilíbrio entre os direitos humanos e a atividade econômica.

Muito embora a comunidade internacional enfrente problemas com relação à efetivação dos Direitos Humanos no plano interno dos Estados, muitos optam por prever em seus ordenamentos jurídicos princípios regentes da atividade econômica com intuito de guiar o mercado rumo à promoção da dignidade humana.

Se comparados em um contexto global, tais normas são frágeis, pois não são capazes de estabelecer uma responsabilidade social ampla para os agentes econômicos, em especial para as companhias transnacionais, as quais estão submetidas a diversos diplomas normativos, sem que haja qualquer uniformidade em suas disposições.

Empresas que operam globalmente, não são regulamentadas como tal. Em vez disso, cada uma das entidades que as compõem individualmente está sujeita à jurisdição nas quais ela atua. Mas, mesmo nos países em que as leis nacionais condenam a conduta abusiva, o que não pode ser sempre subestimando, os Estados muitas vezes deixam de implementá-las – devido à falta de capacidade, ao medo das consequências que podem ser geradas pela concorrência ou porque seus líderes colocam os ganhos particulares acima do bem-estar público. (RUGGIE, 2014, p. 18)

Deste modo, buscando evitar uma completa violação dos direitos fundamentais do povo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 previu uma série de disposições normativas na tentativa de utilizar o mercado como instrumento de desenvolvimento socioeconômico.

O mercado enquanto instituição jurídica é conduzido para a concretização dos ditames

constitucionais no sentido da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Pretende-se, pelo contrário, que do funcionamento do mercado resulte uma situação materialmente adequada para cada um, aceitável segundo os critérios de justiça social e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos. (MONCADA, 2007, p. 38)

Nesse contexto, o artigo 170 da Constituição Federal estabelece diversos princípios regentes da ordem econômica nacional, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os fundamentos da República (art. 1º, III, CF).

Embora a redução das desigualdades regionais e sociais seja tida como um dos princípios econômicos (art. 170, VII CF), sendo ainda um dos objetivos nacionais (art. 3º, III, CF), é possível notar que o legislador constitucional olvidou em dispor expressamente no artigo 170 sobre a promoção da educação e da tecnologia como instrumentos essenciais à promoção do desenvolvimento socioeconômico pátrio.

Tanto a educação quanto o desenvolvimento tecnológico possuem grande importância mercadológica, vez que possibilitam a especialização e a inovação em diferentes áreas. O sucesso de políticas que investem nesses setores pode ser visto em países do Leste Asiático, como na Índia e na China, pois “ambos reconhecem a importância da tecnologia e da educação no competitivo mercado global e sabem que isso exigirá o fortalecimento de seus já enormes investimentos em educação: [...]” (STIGLITZ, 2017, p. 116)

Isso não quer dizer que a educação e o desenvolvimento tecnológico tenham perdido sua importância no cenário econômico brasileiro, porquanto a Constituição Federal deve ser interpretada segundo os princípios da unidade e da máxima efetividade, tornando-a mais ampla e abrangente possível.

A inter-relação entre o mercado e o desenvolvimento tecnológico, o qual está indissociavelmente ligado à educação, pode ver vislumbrada no capítulo IV do título VIII da CRFB, o qual versa sobre a ciência, tecnologia e inovação.

No referido capítulo, é possível encontrar a incumbência do Estado em promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação e a inovação (art. 218, CF), tendo a pesquisa tecnológica, como seu principal foco, a solução dos problemas nacionais e aperfeiçoamento produtivo nacional e regional (art. 218, § 2º, CF).

Já no artigo 219, pode-se compreender que o mercado interno brasileiro integra o patrimônio nacional – não sendo de domínio público ou bem de uso comum do povo, mas sim uma expressão da soberania econômica nacional (GRAU, 2015) – devendo ser usado para viabilizar, dentre outros, o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar da população, estimulando a formação e o fortalecimento da inovação na iniciativa privada e no Poder Público, bem como a manutenção de parques e pólos tecnológicos.

Inegavelmente o desenvolvimento tecnológico está relacionado à promoção da educação (art. 205 e ss, CF), sendo essa um pressuposto para aquela. Deste modo, as forças de mercado

devem ser utilizadas para aperfeiçoar a educação nacional em todos os seus aspectos, o que refletirá, entre outros, na defesa do meio ambiente (art. 170, VI), vez que será possível ampliar a conscientização quanto à importância de manter o ecossistema equilibrado, auxiliando também a população brasileira na tomada de decisões de âmbito político (SEN, 2010). Nessa linha, é importante destacar que Joseph Eugene Stiglitz (2017, p. 95) entende que “o que separa os países mais desenvolvidos dos outros não é apenas uma distância em recursos, mas um abismo em conhecimento, motivo pelo qual os investimentos em educação e tecnologia – em larga medida, do governo – são tão importantes.”

Assim, para as empresas nacionais conseguirem competir em condições de igualdade com as demais no mercado externo, bem como para que seja possível conquistar a soberania econômica nacional prevista no artigo 170, I da Constituição Federal brasileira (GRAU, 2015), os investimentos em educação e desenvolvimento tecnológico devem possuir lugar de destaque dentre os dispêndios públicos, não se restringidos às limitações normativamente previstas (art. 212, CF).

Tamanha é a importância desses itens, que um dos motivos que levam os Estados não desenvolvidos a aceitarem a presença de corporações transnacionais em seu território é incentivar melhorias nesses ramos, esperando avançar na promoção da dignidade humana frente ao mercado, extinguindo a relação de dependência com as grandes potências econômicas.

A educação possui certa importância também na busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF), aperfeiçoando as capacidades de cada indivíduo, possibilitando-o explorar todo o seu potencial, aumentando sua renda e contribuindo para o desenvolvimento nacional.

Por outro lado, tem-se que o Estado deve adotar um posicionamento mais ativo e regulador da atividade econômica no país, sem que isso comprometa a propriedade privada dos meios de produção (art. 170, II, CF), mas viabilizando o efetivo cumprimento da função social da propriedade (art. 170, III, CF), beneficiando a sociedade. Ademais, a atividade regulatória deve permitir o advento de melhorias no tratamento dado às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no Brasil. (art. 170, IX, CF).

No entanto, uma gestão mais ativa do Estado não é por si suficiente para assegurar o aprimoramento na qualidade de vida da população nacional, vez que isso está atrelado a vários outros fatores. “Um fator importante para determinar o sucesso de um país é a ‘qualidade’ das instituições públicas e privadas, que, por sua vez, está relacionada com o modo como as decisões são tomadas e no interesse de quem; [...]” (STIGLITZ, 2017, p. 130)

Embora todos os princípios constitucionais mencionados possuam um significativo papel no mercado brasileiro, os mesmos não são suficientes para impedir a ocorrência de abusos ao poder econômico.

Com isso, outros instrumentos normativos foram criados almejando incentivar a adoção de uma gestão empresarial mais humanizada, reprimindo severamente violações que de algum modo afetam direitos fundamentais, valendo mencionar a lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

A adoção de políticas repressivas às violações a Direitos Humanos, bem como a atos que possam os atingir de algum modo, devem ser severas a ponto de desincentivá-las, principalmente os atos de corrupção, a fim de que o Brasil não passe por problemas semelhantes aos enfrentados pela Rússia quando da abertura de seu mercado e da privatização de empresas nacionais (STIGLITZ, 2017).

O Brasil, desde os anos 1960, possui legislação em defesa da concorrência. Contudo, esse conjunto de normas, até meados dos anos 1990, tinha sido pouco eficaz, devido aos altos níveis de proteção à indústria nacional e aos elevados índices de inflação. Em consequência, o Estado brasileiro fez, durante muitos anos, a opção pelos controles de preços. (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008, p. 31)

Isso demonstra que o governo brasileiro, nas últimas décadas, possuiu certos interesses quanto aos rumos tomados pelo mercado nacional, reafirmando a relativização do bem-estar social vivenciado pelos países não desenvolvidos em nome do desenvolvimento puramente econômico, demonstrando ainda que o mercado não possui a proteção da dignidade humana como um fim. Nesses termos, afirma Eros Roberto Grau (2015, p. 207) que “frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor.”

Deste modo, mais do que buscar a defesa do consumidor (art. 170, V, CF), o pleno desenvolvimento nacional está atrelado à dignidade humana, a qual não poderá ser alcançada sem a adoção de políticas rígidas quanto a atuação das companhias no Brasil, visando evitar violações a direitos, assim como se faz necessário ampliar os investimentos em educação e tecnologia, de modo a aprimorar os resultados auferidos pelas atividades econômicas ora exercidas no país.

Por fim, destaca-se que a humanização do mercado nacional é uma imperiosa necessidade, cujo objetivo é impedir o agravamento das mazelas sociais trazidas pela globalização econômica, ainda mais considerando a crise vivenciada no país nos últimos anos.

CONCLUSÃO

Como aduzido, a atividade econômica é exercida desde a antiguidade, acompanhando o homem há muitos séculos. Entendida como a primeira escola econômica, o mercantilismo já detinha o acúmulo de capital como instrumento de desenvolvimento nacional.

Já na Era clássica da ciência econômica, Adam Smith surge como um dos principais teóricos capitalistas, propondo uma economia de livre mercado, autorregulada pela oferta e procura, tendo sido o modelo adotado no mundo ocidental por muitas décadas, até o advento do neoliberalismo, amplamente difundido na atualidade.

A incapacidade do mercado se autorregular fez surgir consideráveis discrepâncias econômicas entre milhares de pessoas, o que foi agravado pela maneira como o comércio se globalizou.

O foco dos Estados em aumentar sua produção, buscando ampliar sua receita, fragilizou muitos direitos sociais, agravando a condição de inúmeras pessoas ao redor do planeta, especialmente em países não desenvolvidos.

A iniciativa privada, por seu turno, não se preocupou com a manutenção da dignidade humana por acreditar que as ações protetivas incumbem ao Poder Público, eximindo-se de qualquer responsabilidade pelos efeitos danosos de seus atos.

A transnacionalização das companhias e a incapacidade da comunidade internacional em regular suas atividades em conformidade aos Direitos Humanos ensejou muitas preocupações e discussões, vez que a iniciativa privada passara a abusar de seu poder econômico, influenciando políticas públicas e o mercado interno de muitos países.

Assim, considerando que o Estado possui um papel fundamental na defesa de seu povo, diferentes governos, inclusive o brasileiro, passaram a buscar meios de impedir que violações a direitos sociais ocorressem em seus territórios.

Com isso, em âmbito nacional, a Constituição Federal dispôs em seu artigo 170 os princípios regentes da ordem econômica pátria, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os fundamentos da República, valendo-se do mercado como instrumento da promoção do desenvolvimento socioeconômico no Brasil.

No entanto, tais princípios estão longe de ser suficientes para a constituição de um mercado interno mais humanista, e que possa efetivamente contribuir com o desenvolvimento nacional, devendo para tanto, observar outros fatores igualmente importantes, como a educação e o aprimoramento tecnológico.

Para que o Brasil alcance seus objetivos constitucionais, faz-se imperiosa a adoção de uma política pública preocupada com o bem-estar coletivo, protegendo a sociedade dos abusos ocorridos através das falhas de mercado, recorrentemente praticados pela iniciativa privada, ampliando sua responsabilidade perante o povo brasileiro.

Somente com a promoção e defesa dos direitos humanos no plano interno, associado ao cumprimento do projeto de sociedade existente na Constituição Federal, será possível alcançar o equilíbrio entre os interesses individuais e sociais de forma a garantir o desenvolvimento nacional em todas as suas dimensões.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

HERNÁNDEZ, AdoraciónGuamán; GONZALÁLEZ, Gabriel Moreno. **Empresas transnacionales y derechos humanos. La necesidad de in instrumento vinculante**. Albacete: Bomarzo, 2018.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. Coimbra: Coimbra, 2007.

LUCCA, Newton De. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RUGGIE, John Gerand. **Quando os negócios são apenas negócios: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

POLITI, Fabrizio. **Diritti sociali e dignità umananella costituzione repubblicana**. Torino: Giappichelli, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 3ª ed. reimpr. Curitiba: Juruá, 2015.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Trad. Pedro maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Resolução sobre as normas da UE para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento: para um Código de Conduta Europeu**. Official Journal, 1999. p. 0180.

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. New York and Geneva, 2011.

VASCONCELLLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VAZ, Afonso Manuel. **Direito económico**. Coimbra: Coimbra, 1998.

Como citar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa. BENACCHIO, Marcelo. Direitos humanos e desenvolvimento econômico: a busca do equilíbrio entre a dignidade humana e o capitalismo moderno. **.Scientia Iuris**. Londrina, v. 24, n.2, p. 10-24, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p10. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 15/05/2019

Aprovado em: 16/07/2019

FINTECHS: INOVAÇÃO, REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, EFICIÊNCIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

FINTECHS: INNOVATION, REDUCTION OF TRANSACTION COSTS, EFFICIENCY AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Henrique Avelino Lana*
Lucas Vinícios Cruz**

* Pós Doutor em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (PUCMG). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (FMD-PUCMG). Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito (FMD-PUCMG). Email: henrique@mpaladvogados.com.br

**Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA (UNA). Email: lucas@mpaladvogados.com.br

Como citar: LANA, Henrique Avelino; CRUZ, Lucas Vinícios. Fintechs: inovação, redução dos custos de transação, eficiência e análise econômica do direito. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 25-46, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p25. ISSN: 2178-8189

Resumo: O presente artigo faz um estudo jurídico e econômico das *fintechs*, que são sociedades empresárias, geralmente *startups*, que atuam no mercado financeiro, mediante as ferramentas metodológicas da Análise Econômica do Direito. O objetivo geral é demonstrar a interação entre *fintechs* e análise econômica do direito. O objetivo específico é demonstrar a utilidade das *fintechs* para reduzir os custos de transação para os seus usuários, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Neste sentido, o problema a ser respondido é saber como o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes. Para chegar-se a hipótese de resposta ao problema, a metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com pesquisa exploratória, em abordagem qualitativa, por método indutivo, mediante pesquisa bibliográfica, toda ela especializada sobre o tema.

Palavras-chave: *Fintechs*. Análise Econômica do Direito. Custos de transação.

Abstract: From a legal and economic perspective of law, this article examines fintech companies, which are entrepreneurial entities, usually startups, that operate in the financial market. This paper's overall objective is to demonstrate the interaction between these companies and the economic analysis of law. Its specific objective is to demonstrate the usefulness of fintech companies in reducing transaction costs for administrators, from the perspective of the Economic Analysis of Law. In this context, this paper tries to answer the following problem: how

do fintech companies contribute to the reduction of transaction costs? Therefore, allowing for more efficient and faster financial operations and/or transactions. In order to answer this question, this research utilizes the methodology of applied research, with exploratory research, from a qualitative approach, with the inductive method, and bibliographic research specialized on the subject-matter.

Keywords: Fintechs. Economic Analysis of Law. Transaction costs.

INTRODUÇÃO

O mundo digital está em constante evolução. Cada vez mais, nos deparamos com novas invenções tecnológicas que, até então, muitos acreditavam ser impossível. *Smartphones* cada vez mais modernos e computadores que cabem na palma da mão. Dia após dia, o mercado digital inova e surpreende a todos.

Ao nosso redor, tudo está em constante evolução. E, com o setor financeiro não poderia ser diferente. O setor financeiro possui uma leva de novos agentes que também evoluíram, iniciando uma era de tecnologia, inovação e potencial de crescimento.

Dentre os novos agentes, estão as chamadas *fintechs* que, em apertada síntese, são sociedades empresárias, geralmente *startups*, que utilizam tecnologia para inovar e aprimorar o setor financeiro.

Em um levantamento feito em 2018 pela *Finnovation*, em conjunto com o *Finnovista* e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), apurou-se a existência de 377 *fintechs* no Brasil, um crescimento de 40% em relação ao ano de 2017 (MAPA..., 2018).

Assim, o presente artigo tem como objetivo, realizar uma análise econômica e jurídica da *fintech*, para demonstrar que a sua utilização pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados, de acordo com a Análise Econômica do Direito.

Para tanto, será realizada uma breve introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito, passando-se para um panorama geral das *startups* e, então, ser feita uma análise da *fintech*, almejando-se, de forma construtiva e acadêmica, refletir se a sua utilização pode, ou não, reduzir os custos de transação.

1 BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme foi acima salientado, o principal objetivo deste artigo é demonstrar se a utilização das *fintechs* pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados.

Porém, para se chegar à melhor conclusão, faz-se necessário realizar uma breve explicação acerca da Análise Econômica do Direito, bem como a forma que esta se aplica ao Direito Empresarial¹.

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics*, se trata de um método de estudo jurídico-econômico no que diz respeito à estruturação, formação, impacto e consequências da aplicação dos princípios da Ciência Econômica ao Direito. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas (RIBEIRO;

1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 utiliza a expressão Direito Comercial (art. 22, I). Porém, o Código Civil de 2.002 trouxe a chamada Teoria da Empresa, motivo pelo qual a expressão Direito Empresarial, ou Direito de Empresa, passou a ser adotada.

GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 53).

A Análise Econômica do Direito invoca a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico.

Embora a AED já tenha sido mencionada e estudada por outros estudiosos das Ciências Econômicas, como Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, ambos no século XVIII (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 74), foi apenas a partir da década de 1960, que a AED ganhou forças para que Direito e Economia se unificassem (PIMENTA; LANA, 2010, p. 92). Isto, pois, em 1960, Ronald Coase publicou a obra *The Problem of Social Cost*, iniciando a chamada Teoria dos Custos de Transação, obra que, em 1991, levou o autor a ser agraciado com o Prêmio Nobel de Economia. Quanto ao assunto, Pimenta e Boglione (2013, p. 268) dissertam:

O ganhador do Nobel explicou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. A inserção de custos de Transação na economia evidenciaria a importância do Direito na determinação de resultados econômicos.

Importante mencionar, que além da obra de Ronald Coase, acima mencionada, há de se destacar também que Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, ao desenvolver sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution And Law of Torts*, contribuiu fortemente para o avanço da AED. Isto, pois, Calabresi demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial. Com isso, sua obra inseriu a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 1-2). Além de Ronald Coase e Guido Calabresi, há de se destacar que Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law*, bem como Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, também contribuíram para o fortalecimento da pesquisa acadêmica acerca da Análise Econômica do Direito (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 74).

A Economia pode ser aproveitada para prever as conseqüências das diversas regras jurídicas. Trata-se de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso (COOTER, 1982, p. 1260). Permite-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como conseqüências das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008). De fato, os estudiosos da Análise Econômica do Direito se reúnem em uma mesma classificação, que pertence à mesma denominação, pois detém consenso em relação aos conceitos e institutos que lhes são essenciais, o que não impede que sejam, não raras às vezes, vistos construtivos e pertinentes debates, específicos, doutrinários sobre sua eventual aplicabilidade. Nesta senda, busca-se com o estudo da AED, elaborar, interpretar e aplicar a metodologia da ciência econômica às relações jurídicas, de modo a reduzir os custos de transação e alcançar a eficiência econômica. Logo, pode-

se dizer que a AED tem como finalidade, a busca pela eficiência econômica.

Neste diapasão, eficiência, nas palavras de Bruno Salama (2008, p. 55), “diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”.

No Direito Empresarial, o custo de transação possui suma importância, pois é fundamental para o sucesso do empresário, já que é representado pelo valor monetário e pelo tempo despendido para celebrar as transações jurídicas, seja para planejá-las, seja para efetivá-las em seus efeitos. Pode-se dizer, assim, que o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2017, p. 75). De acordo com Eduardo Goulart Pimenta (2010, p. 22-23), “custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual”.

Logo, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais, sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas, que são representadas pelo lucro.

Conforme preleciona Eduardo Goulart Pimenta (2010, p. 33):

A eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação - mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação - de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção. Sob um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção.

Existem duas conotações importantes de eficiência conhecidas e utilizadas na AED: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da posição de B, bem como a chamada eficiência *Kaldor-Hicks*, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

A eficiência de Pareto significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles que mais os valorizam (SZTAJN, 2005, p. 76). Ou seja, em Pareto, a eficiência se dá nas transações que melhorem a situação de um agente econômico, sem piorar a situação de outrem.

Segundo Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione (2013, p. 268), “o padrão ótimo de eficiência se dá quando os agentes econômicos têm acesso aos bens que mais valorizam, através de um sistema de trocas ou alocação de recursos”.

Ainda sobre a eficiência em Pareto, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 120) explicam que uma alocação de recursos será Pareto eficiente quando “não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente”. O ponto

primordial da eficiência em Pareto é demonstrar que as transações podem ser tão eficientes ao ponto de que seria impossível realizar qualquer transação em que as partes sofreriam prejuízos. Em contrapartida, a eficiência de *Kaldor Hicks* significa que as leis positivadas “devem ser utilizadas para causar o máximo de bem estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns” (PIMENTA; LANA, 2010, p. 107). Nas palavras de Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione (2013, p. 268):

Tem-se a Eficiência de Kaldor-hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços.

Portanto, de acordo com a Análise Econômica do Direito, as partes devem tomar decisões que acarretem maior bem-estar, ou seja, devem agir em prol da eficiência, em consonância à eficiência de Pareto ou eficiência de *Kaldor Hicks*.

Seguindo esta linha de raciocínio, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior (2009, p. 89) salientam que o indivíduo deve aplicar a decisão que causar o maior bem-estar, tendo em vista que a AED tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites. Nas palavras dos autores:

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de Law & Economics, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89).

Bruno Salama (2008, p. 54-55) bem sintetiza as ferramentas metodológicas que podem ser usufruídas no estudo do Direito e Economia, quais sejam, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Quanto à escassez, o autor entende que, se os recursos fossem infinitos, não seria necessário equacionar a sua alocação. Logo, todos poderiam ter tudo o que quisessem, na quantidade que quisessem.

Já em relação à maximização racional, o autor defende que esta se refere à opção por escolhas que atendam aos interesses pessoais dos indivíduos. Assim, os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios com os menores custos, levando ao processo de decisão marginalista, que quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos só realizarão o próximo passo de uma atividade se os benefícios desta excederem os seus custos. Já no que tange ao equilíbrio, prossegue ao dizer que este é o padrão comportamental interativo que

se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. E quanto aos incentivos, são preços implícitos, tendo em vista que os indivíduos procuram realizar escolhas que maximizem seus benefícios com a consequente redução dos custos.

Em relação à eficiência que, como já foi dito, refere-se à maximização de ganhos e minimização de custos. Assim, o autor conclui dizendo que um processo será eficiente se for possível aumentar os benefícios sem aumentar os custos.

Como se nota, considerando-se o aspecto dinâmico da empresa, esta é um feixe coordenado de relações jurídicas estabelecidas por contratos e, diante disso, por uma abordagem econômica, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização, acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas representadas pelo lucro (LANA, 2017, p. 78).

Especialmente em relação aos contratos celebrados pelo empresário ou sociedade empresária, a AED deve ser sempre utilizada, buscando-se reduzir a escassez dos recursos, optando a sociedade empresária por escolhas que atendam aos seus interesses, no intuito de alcançar maior benefício com o menor custo, bem como a eficiência no que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, ou seja, estes atos devem ser praticados de forma a buscar a eficiência.

Assim, avança-se na fundamentação para se saber como as *fintechs* podem ser vantajosas nas transações realizadas pela sociedade empresária para contribuir para reduzir os custos de transação e dar mais celeridade e eficiência.

2 STARTUP: UMA MISTURA DE INOVAÇÃO, TECNOLOGIA E INCERTEZAS

O termo *startup* é cada vez mais usado e está em destaque no mundo tecnológico e empreendedor, tendo ganhado maior notoriedade no final da década de 1990, com as chamadas empresas ‘.com’ (OIOLI, 2019, p. 11). Mas, afinal, o que seria uma *startup*? Quais são as suas características?

Eric Ries (2012, p. 26) define a *startup* como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”. O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, tendo em vista que o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia.

Passei a perceber que a parte mais importante dessa definição é o que ela omite. Não diz nada a respeito do tamanho da empresa, da atividade ou do setor da economia. Qualquer pessoa que está criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza é um empreendedor, quer saiba ou não, e quer trabalhe numa entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma organização sem fins lucrativos ou uma empresa com investidores financeiros decididamente voltada para o lucro (RIES, 2012, p. 26).

Deste conceito, são destacados pelo autor, os termos instituição, produto, inovação e

extrema incerteza como caracterizadores de uma *startup*.

Consideremos cada uma das partes. A palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma startup? No entanto, as startups bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criativos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados. Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana. O fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se tornam clientes. Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes. Também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa. Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maioria das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.) A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca dão um conceito mais amplo sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza.” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 31).

Uma grande vantagem do modelo de negócio adotado pelas *startups* é a efetiva capacidade

de o produto ser replicável e escalável em virtude do uso da tecnologia, em que ser replicável significa que “é possível entregar o produto ou o serviço em escala de maneira potencialmente ilimitada, sem a necessidade de adaptação ou customização para cliente”, enquanto ser escalável significa que a *startup* “tem capacidade para crescer cada vez mais por meio da venda de um produto ou serviço que pode ser produzido ou distribuído em grandes quantidades, resultando em uma economia de escala, sem a necessária alteração do modelo de negócios ou ampliação significativa de seus custos.” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 34-35).

Além das características acima, Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 24-26) também trazem as seguintes características de uma *startup*:

- Encontra-se em estágio inicial, sendo notadamente carente de processos internos e organização, muitas vezes sem um modelo de negócio claro;
- Possui perfil inovador, sendo esta uma das características mais importantes;
- Possui significativo controle de gastos e custos, de modo a focar os investimentos no desenvolvimento de seu produto ou serviço principal;
- Seu produto ou serviço é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável (MVP), que é o desenvolvimento do produto ou serviço de uma forma simples, apenas para que seja possível verificar se realmente existe demanda e para manter os custos iniciais baixos;
- O produto ou ideia explorado é escalável, isto é, ser facilmente expandido para outros mercados e em diferentes níveis de capilaridade e distribuição, de modo a alcançar uma economia de escala por meio de replicação de um mesmo produto para inúmeros clientes;
- Apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial, razão pela qual é comum a busca por investidores externos para financiamento das operações;
- Utiliza tecnologia a favor do seu modelo de negócio, para desenvolver negócios escaláveis e inovadores;
- Atuam em um mercado de extrema incerteza, em razão do alto risco.

Fato é que apesar do forte laço com a tecnologia, uma *startup* não precisa, imprescindivelmente, trabalhar com produtos ou serviços digitais. As *startups* são a grande aposta do mercado e formam verdadeiros ecossistemas no mundo todo.

São de baixo capital inicial e rápido crescimento, com DNA jovem e um modelo de negócio promissor. Para ingressar no universo das *startups*, não basta ter uma grande ideia. É preciso trabalhar duro, conhecer o cliente a fundo e ter coragem para correr riscos em busca de sonhos ambiciosos.

As *startups* se mostram atividades iniciantes, detentoras de abordagem jovem e adaptadas ao modelo digital, tão importante nos dias atuais. Muito embora sejam pequenas, proporcionam propostas inovadoras de serviços a serem prestados ou produtos a serem produzidos e fabricados.

Almeja-se gerar impacto por meio de algo que se revele novo e possua enormes possibilidades de desenvolvimento. Decorrem de ideias com boas chances de êxito de serem líderes e grandes players dos seus mercados.

A *startup* está em fase embrionária e busca um modelo de negócio repetível, escalável e

altamente lucrativo, priorizando a inovação em um ambiente de alto risco.

O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta é um dos principais traços das startups. Com um capital inicial muito baixo, a empresa pode chegar a alcançar milhões de consumidores.

Startups estão fortemente relacionadas à tecnologia. Mesmo que o foco não seja uma solução voltada especificamente para a área, dificilmente algo terá resultado positivo se seus idealizadores não usarem essa ferramenta a favor. Se considerarmos ainda que uma *startup* é uma empresa que explora atividades inovadoras, esse conceito de aplicação de novas tecnologias fica ainda mais evidente e justificável.

As principais características de uma *startup* são a inovação, a escalabilidade, a repetibilidade, a flexibilidade e a rapidez. Ou seja, conceitos muito semelhantes e próximos às novidades tecnológicas.

Atualmente, raramente algo é feito sem que haja influência da tecnologia, sobretudo quando estamos falando de inovações.

Aliás, o próprio conceito do “novo” traz uma ideia futurista, como sendo uma forma de executar tarefas ou resolver questões que ainda não foram criadas. Saliente-se que a inovação é a principal característica das *startups*. Inovar é o primeiro passo de uma empresa que deseja se lançar como *startup*.

O principal alicerce de uma *startup* é apresentar e desenvolver solução para problemas de uma maneira inovadora e nunca antes testada, mas que tem grandes chances de dar certo e se tornar um excelente negócio.

Assim, trazem serviços que sempre foram necessários, mas que nunca foram pensados antes. Igualmente, acontece com os produtos, pois servem como soluções certas referentes as inúmeras e diferentes demandas da sociedade.

São disruptivas. Isso pois as *startups* rompem e quebram padrões em relação a outras empresas do mesmo segmento, geralmente já consolidadas. Esta característica se denota por meio de formas de atendimento, isenção ou redução de taxas e até mesmo no modo como os serviços são prestados ou disponibilizados.

Ou seja, o propósito é fugir do que o mercado oferece, destacando-se e auferindo a competitividade necessária. Ademais, são escaláveis, ou seja, detêm muita possibilidade de crescimento, vertiginoso, fazendo isso sem consequências ou limites nas suas operações. Tal escalabilidade ocorre sobretudo por serem geralmente atreladas ao meio digital. Consequentemente, seus produtos e serviços podem ser entregues a um número cada vez maior de clientes, sem que enseje mais esforços, investimentos, gastos ou despesas. Um negócio escalável é aquele que pode crescer em um ritmo muito acelerado sem alterar o modelo proposto. Ou seja, a receita da empresa aumenta exponencialmente, mas os custos continuam praticamente os mesmos.

Uma *startup* é repetível, pois o mesmo produto ou serviço pode ser ofertado em larga escala, não possuindo nenhum tipo de limitação. Para tanto, deve ser pouco flexível ou customizável. Ser repetível é entregar os mesmos produtos e serviços de modo reprodutivo, sem

a necessidade de customizar em excesso. A proposta é multiplicar e alcançar mais clientes e adaptações atrapalhariam essas metas.

Lembre-se que outra característica é inerente: a incerteza. Isso pois uma *startup* não tem um direcionamento bem definido no que diz respeito ao sucesso e há alto risco de insucesso. Portanto, apesar de serem propostas sólidas e com grande chance de terem bons resultados, não possuem precedentes que a autorizem e ajudem a deter perspectivas claras e absolutas ao longo do tempo futuro.

Insta mencionar que, como regra, atividades inserta no contexto do empreendedorismo digital possuem sua atuação pela rede mundial de computadores, dispensando-se locais físicos e também a necessidade de deslocamento para realizar atendimentos, consultas, reuniões, etc. Geralmente, são negócios praticamente 100% digitais.

As *startups* pairam em torno de produtos e serviços realmente inovadores. Logo, ao se ter boas reflexões e ser atento a serviços que podem ter êxito e sucesso, mais cedo ou mais tarde, ideias totalmente incríveis tendem a surgir. No mesmo sentido, qualquer *startup* decorre a partir de uma fase de protótipo, pela qual o modelo de negócio será testado perante o seu público-alvo, em uma amostragem reduzida e pequena.

É importante começar por uma versão básica, compreender e observar os resultados que ela obtém, avaliando-se a reação do público. Depois dos testes, também será possível e relevante focar nas adaptações para se chegar ao modelo final. Para criar uma, deve-se ter bons parceiros, pois começar sozinho é sempre muito difícil. Precisam de diferentes competências para serem exercidas por pessoas de confiança dentro do seu networking, que possuam habilidades complementares à sua.

Logo, uma *startup* é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável. Agora, passa-se a aprofundar em um segmento específico de *startup*, quais sejam, *fintechs*.

2.1 A Definição de Startup de Acordo com a Lei Complementar nº 167/2019

Em que pese o crescimento exponencial das *startups* no ecossistema empreendedor, foi apenas no ano de 2019 que a legislação pátria regulamentou, de forma expressa e inequívoca, as *startups*. Assim, foi publicada a Lei Complementar n. 167/2019 (BRASIL, 2019), que alterou a Lei Complementar 123/2016 e trouxe o conceito de *startup*, bem como um regime tributário específico para o empreendedor que queira seguir este modelo de negócio.

De acordo com o artigo 13, da LC 167/19, foi incluído, na LC 123/16, o artigo 65-A², acompanhado de 13 parágrafos, que criou o Inova Simples, que consistente em um regime

2 LC 123/2016 – É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de

especial simplificado, que permite às iniciativas empresariais que se autodeclarem como *startups* ou empresas de inovação tratamento diferenciado.

Este regime diferenciado se trata de um rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, de forma digital, através da Redesim – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Art. 65-A, §3º, LC 123/16).

Ainda de acordo com o dispositivo, o objetivo do Inova Simples é estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação destas iniciativas empresariais como agentes indutores de avanços tecnológicos, bem como fomentar a geração de emprego e renda.

Neste diapasão, o artigo 65-A, §§1º e 2º, da LC 123/16, conceitua, de forma expressa, o que seria uma *startup*. De acordo com a referida Lei, considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, já existentes ou totalmente novos.

É importante pontuar que a atividade desenvolvida pela *startup* pode visar aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos já existentes, ocasião em que se caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, estar relacionada à criação de algo totalmente novo, caracterizando-se *startups* de natureza disruptiva.

Além disso, as *startups* também têm como característica o desenvolvimento das suas

negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva. § 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita. § 3º O tratamento diferenciado a que se refere o caput deste artigo consiste na fixação de rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, no mesmo ambiente digital do portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim), em sítio eletrônico oficial do governo federal, por meio da utilização de formulário digital próprio, disponível em janela ou ícone intitulado Inova Simples. § 4º Os titulares de empresa submetida ao regime do Inova Simples preencherão cadastro básico com as seguintes informações: I - qualificação civil, domicílio e CPF; II - descrição do escopo da intenção empresarial inovadora e definição da razão social, que deverá conter obrigatoriamente a expressão “Inova Simples (I.S.)”; III - autodeclaração, sob as penas da lei, de que o funcionamento da empresa submetida ao regime do Inova Simples não produzirá poluição, barulho e aglomeração de tráfego de veículos, para fins de caracterizar baixo grau de risco, nos termos do § 4º do art. 6º desta Lei Complementar; IV - definição do local da sede, que poderá ser comercial, residencial ou de uso misto, sempre que não proibido pela legislação municipal ou distrital, admitindo-se a possibilidade de sua instalação em locais onde funcionam parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e espaços compartilhados de trabalho na forma de coworking; e V - em caráter facultativo, a existência de apoio ou validação de instituto técnico, científico ou acadêmico, público ou privado, bem como de incubadoras, aceleradoras e instituições de ensino, nos parques tecnológicos e afins. § 5º Realizado o correto preenchimento das informações, será gerado automaticamente número de CNPJ específico, em nome da denominação da empresa Inova Simples, em código próprio Inova Simples. § 6º A empresa submetida ao regime do Inova Simples constituída na forma deste artigo deverá abrir, imediatamente, conta bancária de pessoa jurídica, para fins de captação e integralização de capital, proveniente de aporte próprio de seus titulares ou de investidor domiciliado no exterior, de linha de crédito público ou privado e de outras fontes previstas em lei. § 7º No portal da Redesim, no espaço destinado ao preenchimento de dados do Inova Simples, deverá ser criado campo ou ícone para comunicação automática ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do conteúdo inventivo do escopo da iniciativa empresarial, se houver, para fins de registro de marcas e patentes, sem prejuízo de o titular providenciar os registros de propriedade intelectual e industrial diretamente, de moto próprio, no INPI. § 8º O INPI deverá criar mecanismo que concatene desde a recepção dos dados ao processamento sumário das solicitações de marcas e patentes de empresas Inova Simples. § 9º Os recursos capitalizados não constituirão renda e destinar-se-ão exclusivamente ao custeio do desenvolvimento de projetos de startup de que trata o § 1º deste artigo. § 10. É permitida a comercialização experimental do serviço ou produto até o limite fixado para o MEI nesta Lei Complementar. § 11. Na eventualidade de não lograr êxito no desenvolvimento do escopo pretendido, a baixa do CNPJ será automática, mediante procedimento de autodeclaração no portal da Redesim. § 12. (VETADO). § 13. O disposto neste artigo será regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional”. (BRASIL, 2016).

inovações em condições de incerteza, que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à complementação plena e à obtenção de receita.

Destrinchando o conceito trazido pelos parágrafos 1º e 2º, do artigo 65-A, da LC 123/16, percebe-se que o legislador seguiu fielmente as características de *startups* usadas mundialmente, tendo em vista que, para ser considerado *startup*, é preciso, principalmente mas não apenas: (i) ter caráter inovador e (ii) desenvolvimento da atividade em condição de incerteza.

O artigo 65-A, §4º, da LC 123/16 traz as informações que devem ser prestadas, através de preenchimento de cadastro pelos empreendedores que adotarão o Inova Simples. Dentre estas informações, destaca-se o que consta no inciso II, que preleciona que a razão social da *startup* que adotar este regime especial simplificado deverá conter, obrigatoriamente, a expressão “Inova Simples (I.S.)”.

Ainda, os recursos capitalizados pela *startup* que adotar este regime, não constituirão renda e serão destinados, exclusivamente, para o custeio do desenvolvimento dos seus projetos. Além disso, a Lei faculta a comercialização experimental, pela *startup*, do serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual.

Portanto, a alteração trazida pela LC 167/19, 19 é fortemente voltada para a *startup* em seu estágio inicial. Todavia, ao caracterizar e conceituar uma *startup*, mostrou um grande avanço na legislação brasileira. Porém, percebe-se que referidas alterações carecem de maiores regulamentações e esclarecimentos, tendo em vista que ainda há lacunas a serem preenchidas.

3 FINTECHS: TECNOLOGIA E INOVAÇÃO DOS SERVIÇOS FINANCEIROS

O termo *fintech* junta a atividade de finanças com tecnologia (em inglês, *financial technology*), e pode ser utilizado para se referir a empresas e negócios que apliquem tecnologia para prestar serviços financeiros ou serviços relacionados a serviços financeiros (OIOLI; SILVA; ZILLOTI, 2019, p. 187).

De acordo com Rébecca Menat, diretora de comunicações do *The Assets* (2017, p. 10), *fintech* significa tecnologia financeira e “engloba uma nova onda de empresas mudando a maneira que as pessoas pagam, enviam dinheiro, emprestam e investem”.

São exemplos de *fintechs*: *NuBank*, *Creditas*, *GuiaBolso*, *PayPal*, *Bidu*, *PicPay*, *Toro Investimentos*, *Neon*, *QuintoAndar*, *Méliuz*, dentre outras.

O Banco Central do Brasil (2019a) define as *fintechs* da seguinte forma:

Fintechs são empresas que promovem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Internacionalmente, as *fintechs* são classificadas da seguinte forma: de pagamento, compensação e liquidação, depósito, empréstimo e levantamento de capital, financiamento, e gestão de investimentos. No Brasil, podemos identificar as seguintes categorias de *fintechs*: de pagamento, gestão financeira, empréstimo,

investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, criptoativos e Distributed Ledger Technologies (DLTs), câmbio, e multisserviços.

Conforme Mariana Congo (2019), *fintech* é o termo usado para descrever empresas que prestam serviços de natureza financeira, tendo o uso da tecnologia como seu diferencial, sendo que todos os seus clientes são atendidos apenas pelo computador ou *smartphone*.

A Redação Nubank (2019), define as *fintechs* como “startups ou empresas que desenvolvem produtos financeiros totalmente digitais, menos burocráticos, mais transparentes e que desafiam o mercado dominado pelos grandes bancos”.

Esta terminologia teve origem na cidade de *New York*, em um programa de aceleração de *startups* desenvolvido pela Accenture, em parceria com a Prefeitura de *New York*. Com o tempo, *fintech* passou a designar o seguimento de *startups* que inovam os serviços financeiros, baseando-se em tecnologia e, assim, criando novos modelos de negócio em áreas como conta corrente, cartão de crédito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos, seguros, entre outros (ONZI *et al.*, 2017).

Neste sentido, as *fintechs* utilizam a tecnologia para conseguirem inovar e aprimorar os serviços financeiros fornecidos pelos bancos, ou seja, “as empresas do ramo utilizam recursos tecnológicos amplamente disseminados para criar metodologias, processos e ferramentas que facilitam o acesso a serviços financeiros.” (ALECRIM, 2018).

Onzi *et al.* (2017, p. 5), citando o Manual da OECD (2005), afirma que inovar não significa necessariamente criar algo que nunca existiu, mas consiste também no aprimoramento das técnicas produtivas que podem afetar desde a qualidade até as características físicas do produto ou serviço, ou até mesmo o desenvolvimento de modelos de negócios econômicos.

Neste diapasão, as *fintechs* oferecem os mais diversos serviços financeiros, tais como financiamentos, financiamentos alternativos, seguros, gestão patrimonial, gestão de finanças, pessoais, pagamentos, investimentos, gestão de finanças empresariais e bancos digitais, sendo que estes serviços são oferecidos por meio de celular ou *internet banking* sem que haja necessidade de deslocamento físico até a instituição (BIGNARDI; PIACENTE, 2018, p. 569).

3.1 A Regulamentação das *Fintechs* pelo Conselho Monetário Nacional

Atualmente, não há nenhuma lei que regule diretamente as *fintechs*. Porém, em 2018, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou a Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a *fintech* exclusivamente de crédito.

De acordo com o Banco Central do Brasil (2019a), as *fintechs* de crédito são instituições financeiras que concedem e intermediam operações de crédito.

Neste diapasão, conforme o artigo 1º, da Resolução n. 4.656/18, esta criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica

e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

De acordo com esta Resolução, tanto a SCD, quanto a SEP são consideradas instituições financeiras, podendo operar exclusivamente por meio de plataformas digitais, ou seja, pela internet ou aplicativos (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 190).

O artigo 3º desta Resolução dispõe que a SCD é instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio.

Já a SEP está prevista no artigo 7º, da Resolução 4.656/18, que preleciona que a SEP é uma instituição financeira, que tem por objeto a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica.

Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 191), esclarecem que a principal diferença entre a SCD e a SEP é que a primeira só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a segunda poderá captar recursos das partes envolvidas na operação, agindo como intermediário das instituições financeiras tradicionais, sem reter o risco de crédito.

Abaixo, veja-se quadro comparativo da SCD e da SEP, criado por Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 190-191):

Quadro 1 - Comparativo da SCD e da SEP

	SCD	SEP
Objeto	Empréstimos; Financiamentos; e Aquisição de Direitos Creditórios	Empréstimos e Financiamentos
Origem do Capital	Próprio	Credores e devedores
Forma de atuação	Exclusivamente por plataforma eletrônica	Exclusivamente por plataforma eletrônica
Outros serviços	Análise de crédito para terceiros; Cobrança de crédito para terceiros; Atuação como representante de seguros por meio de plataforma eletrônica; e Emissão de moeda eletrônica	Análise de crédito para clientes e terceiros; Cobrança de crédito para clientes e terceiros; Atuação como representante de seguros; e Emissão de moeda eletrônica
Denominação	“Sociedade de Crédito Direto”	“Sociedade de Empréstimo entre Pessoas”

Vedações	<p>Captar recursos públicos, exceto mediante emissão de ações; e</p> <p>Participar do capital de instituições financeiras</p>	<p>Realizar operações de empréstimo e financiamento com recursos próprios;</p> <p>Participar do capital de instituições financeiras;</p> <p>Coobrigar-se ou prestar qualquer tipo de garantia nas operações de empréstimo ou financiamento, exceto em algumas hipóteses;</p> <p>remunerar ou utilizar em seu benefício os recursos captados pelas operações de empréstimo ou financiamento; transferir recursos aos devedores antes de sua disponibilização pelos credores; transferir recursos aos credores antes do pagamento pelos devedores; manter recursos dos credores e dos devedores em conta de sua titularidade não vinculados às operações de empréstimo ou financiamento; e vincular o adimplemento da operação de crédito a esforço de terceiros ou do devedor, na qualidade de empreendedor.</p>
----------	---	---

Fonte: Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 190-191).

Ainda de acordo com os autores, esta Resolução também estabelece as diretrizes para a obtenção da autorização para que uma *fintech* funcione como SCD ou SEP, bem como os procedimentos a serem observados em suas operações. Em suas palavras:

No caso da SCD, o empréstimo ou financiamento deve ser realizado sempre por meio de plataforma eletrônica, com utilização exclusiva de recursos próprios. Já com relação à SEP o empréstimo ou financiamento se iniciará com a manifestação inequívoca de vontade das partes (potenciais credores e devedores). Em seguida, ocorrerá a disponibilização, pelos credores, dos recursos objeto da transação à SEP, que por sua vez celebrará instrumento representativo do crédito com os devedores e com os credores. Apenas após a conclusão desta etapa que a SEP poderá realizar a transferência dos recursos aos devedores, de modo a assegurar que entidade não retenha para si o risco de crédito decorrente de eventual inadimplemento das partes envolvidas na transação (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 191).

Portanto, apenas as *fintechs* de crédito possuem regulamentação pela CMN, consistentes em Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP).

4 VANTAGENS DAS FINTECHS: REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E BUSCA PELA EFICIÊNCIA

De acordo com Kashyap e Weber (2017, p. 227), internet, mobilidade, redes sociais e a ascensão de sites de comparação de preços mudaram o jogo ao longo da última década e criaram uma nova geração de clientes que exigem simplicidade, velocidade e conveniência em suas interações com os prestadores de serviços financeiros. Assim, as *fintechs* colocam os seus clientes no centro do seu modelo de negócios.

Para Spiros Margaris (2017, p. 240), conselheiro da FinTech Forum e CEO do Margaris Advisory, *fintechs* são especializadas e focadas na adaptação aos sonhos e desejos dos clientes, “são, portanto, mais flexíveis e adaptáveis do que as grandes empresas financeiras. Além disso, sua razão de existir e futuro estão sempre intimamente ligados com a satisfação das necessidades e desejos dos clientes”.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* possuem menor custo operacional, motivo pelo qual os serviços oferecidos chegam ao consumidor com um preço mais baixo que os serviços ofertados por instituições financeiras tradicionais.

A título de ilustração, a *fintech* Creditas, que atua com empréstimos com garantia, faz empréstimos a uma taxa de 0,99% ao mês, conforme informado pelo seu *site*³.

Em contrapartida, de acordo com estatísticas apresentadas pelo Banco Central do Brasil (2019b), os bancos tradicionais cobram taxa de juros mensais muito superior, como o Banco Santander, que impõe uma taxa mensal de 14,77, ou a Caixa Econômica Federal, com taxa mensal de 12%.

Neste sentido, as *fintechs* aparecem como uma opção mais viável para o consumidor pessoa física e as sociedades empresas, através de uma estrutura de custos significativamente mais baixa que os bancos tradicionais, tendo em vista o seu modelo de negócio mais enxuto, através da utilização da tecnologia.

Com isso, pode-se oferecer soluções mais eficientes, com serviços financeiros personalizados de acordo com as necessidades do usuário, por exemplo, empréstimos, desconto de recebíveis, serviços de pagamento e recebimento, gestão de fluxo de caixa, remessas de pagamento *offshore* e *trade finance* eletrônico (FARIA, 2018, p. 53).

Um grande diferencial das *fintechs* em relação às instituições financeiras tradicionais é o uso da tecnologia, pois é possível que os clientes controlem os produtos através dos seus *smartphones* (REDAÇÃO NUBANK, 2019).

Outra vantagem é a desnecessidade de deslocamento até agências ou sede das *fintechs*, tendo em vista que tudo é contratado e solucionado através da internet.

Em seu site, a Nubank cita como vantagens das *fintechs*:

No geral, as *fintechs* são conhecidas por oferecer soluções financeiras inéditas, menos burocráticas, mais intuitivas de serem usadas – afinal, elas normalmente estão disponíveis no *smartphone* do cliente – e com custos baixíssimos, às vezes inexistentes, para os usuários. Um exemplo são os cartões de crédito sem anuidade ou as contas digitais gratuitas. Tudo isso graças à tecnologia. Por já

3 Mais informações: <https://www.creditas.com.br/>.

terem nascido no mundo digital e não contarem com grandes estruturas físicas, como as agências bancárias, seus custos são muito reduzidos. Por isso muitas oferecem produtos livres de taxas e conseguem escalar rapidamente. Em resumo, as *fintechs* chegam no mercado trazendo produtos financeiros inovadores. Em muitos casos, eles foram desenhados para serem mais simples e vantajosos para os clientes (REDAÇÃO NUBANK, 2019).

Em razão de todas estas vantagens, as *fintechs* conseguem inovar o sistema financeiro, tornando-o mais eficiente, tendo em vista que, com a sua utilização, é possível reduzir os custos de transação.

Isto, pois, como foi acima exposto, o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2014, p. 29).

Com as *fintechs*, o usuário economiza dinheiro, pois as transações são menos custosas e, muitas vezes, gratuitas, bem como as taxas de juros são muito inferiores à cobrada pelas instituições financeiras tradicionais.

Além disso, o usuário também consegue economizar tempo, já que, em regra, as *fintechs* operam exclusivamente pela internet, não sendo necessária a presença física do contratante, poupando-o de perder tempo com deslocamento. Assim, caso seja necessária a realização de transferência de valores, por exemplo, as partes conseguem fazê-la de qualquer lugar através de um computador ou *smartphone*. Ainda, algum empresário ou sociedade empresária que necessite de capital de giro para manter as operações, consegue fazer um empréstimo de forma rápida, eficiente e segura, a juros mais baixos do que tradicionalmente se consegue.

Consequentemente, acarretará redução dos custos de transação. Com a redução dos custos de transação, haverá maior eficiência nos negócios jurídicos celebrados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, pode-se afirmar que as *fintechs* tornam o serviço financeiro e as relações jurídicas mais eficientes, pois consegue reduzir os custos de transação, beneficiando os seus usuários.

CONCLUSÃO

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Trata-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O problema a ser respondido neste artigo é se o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes.

Como foi acima exposto, a Análise Econômica do Direito (AED), trata-se de um método de estudo jurídico-econômico, em que os princípios da Ciência Econômica são aplicados ao

Direito, isto é, a aplicação da teoria econômica ao Direito. Assim, com o estudo da AED, busca-se, através dos métodos da Ciência Econômica, reduzir os custos de transação, que é tudo aquilo que se precisa pagar ou abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.

Com a redução dos custos de transação, será possível alcançar a eficiência e, assim, aumentar o lucro.

Assim, quando da celebração dos negócios jurídicos, as partes devem sempre buscar a redução dos custos de transação e a maximização dos resultados, alcançando-se a tão almejada eficiência.

Neste diapasão, com as novas tecnologias, cresce, cada vez mais, o número de *startups*, que é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável.

Inclusive, o conceito adotado pela LC 167/19, ao regulamentar as *startups*, preservou estas características.

Algumas *startups* atuam no setor financeiro. A estas, dá-se o nome de *fintech*, que é a *startup* que usa a tecnologia para aprimorar e inovar os serviços financeiros. As *fintechs* prestam serviços como empréstimos, financiamentos, pagamentos, gestão financeira, gestão patrimonial, dentre outros, todos utilizando a tecnologia.

Apenas as *fintechs* de crédito são regulamentadas no Brasil, através da Resolução n. 4.656/18, do Conselho Monetário Nacional, que criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* conseguem prestar serviços financeiros, a valores mais baixos do que usualmente cobrado por uma instituição financeira tradicional. Além disso, as *fintechs* dispensam o deslocamento para comparecimento em agências físicas, o que economiza o tempo do usuário.

As *fintechs* possuem inúmeras vantagens que trazem inovação ao sistema financeiro, acarretando a redução dos custos de transação e maior eficiência nos serviços financeiros prestados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, como hipótese de resposta à pergunta problema que foi proposta neste artigo, constata-se que as *fintechs* podem sim contribuir para reduzir os custos de transação e aumentar a eficiência.

REFERÊNCIAS

- ALECRIM, Emerson. O que é fintech? *In*: ALECRIM, Emerson. **InfoWester**, São Paulo, 15 maio 2018. Disponível em <https://www.infowester.com/fintech.php>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **FAQ: fintechs**. Brasília: BCB, 2019a. Disponível em https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2Ffintechs.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADA0. Acesso em: 4 jun. 2019.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Pessoa física: cheque especial**. Brasília: BCB, 2019b. Disponível em https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20special¶metros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em: 6 ago. 2019.
- BIGNARDI, Silvia Dourado Casado; PIACENTE, Fabricio. Fintech, a inovação no segmento bancário e o uso da tecnologia blockchain, uma análise bibliométrica do estado da literatura. *In*: WORKSHOP DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA DO CENTRO PAULA SOUZA, 13., 2018, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: Centro Paulo Souza, 2018. p. 568-575. Disponível em: <http://www.pos.cps.sp.gov.br/files/artigo/file/43/9217eb7b61dbfbcab27a6de76c5d5c48.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 3 set. 2019.
- BRASIL. **Lei complementar nº 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.
- COASE, Ronald H. O problema do custo social. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, Oct. 1960. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- CONGO, Mariana. O que é fintech e como ela revoluciona hoje o mercado financeiro? *In*: MAGNETIS. São Paulo, 15 ago. 2019. Disponível em: <https://blog.magnetis.com.br/o-que-e-fintech/>. Acesso em: 3 set. 2019.
- COOTER, Robert. Law and the Imperialism of economics: an introduction to the economic. **UCLA Law Review**, Califórnia, v. 29, 1982.
- FARIA, Emerson. **Fintechs de crédito e intermediários financeiros: uma análise comparativa**

de eficiência. 2018. Dissertação (Mestrado em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

KASHYAP, Manoj K.; WEBER, Grégory. Como tecnologias emergentes mudarão os serviços financeiros. *In*: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos (ed.). **A revolução fintech: o manual das startups financeiras**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017. p. 226-228.

LANA, Henrique Avelino. **Falência e recuperação de empresas: análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LANA, Henrique Avelino. Sociedades limitadas: uma leitura via law and economics. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/15206/14724>. Acesso em: 10 mar. 2018.

MAPA de fintechs: Brasil (maio de 2018). *In*: FINNOVATION. [S. l.], 10 jun. 2018. Disponível em: <http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-maio-de-2018/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

MARGARIS, Spiros. O supermercado de fintech: o banco está morto, vida longa ao banco! *In*: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos (ed.). **A revolução fintech: o manual das startups financeiras**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017. p. 238-240.

MENAT, Rébecca. Por que estamos tão animados com fintech. *In*: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos (ed.). **A revolução fintech: o manual das startups financeiras**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017. p. 10-11.

OIOLI, Erik Frederico (coord.). **Manual de direito para startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OIOLI, Erik Frederico; SILVA, Rafael Toni; ZILIOTI, Matheus. Fintechs e a regulação do sistema financeiro nacional. *In*: OIOLI, Erik Frederico (coord.). **Manual de direito para startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 187-210.

ONZI, Vanessa; NESELLO, Priscila; CHAIS, Cassiane; GANZER, Paula Patricia; RADAELLI, Adrieli Alves Pereira; OLEA, Pelayo Munhoz. Startups fintechs: uma análise a partir do radar da inovação. **E-Tech: Tecnologias para Competitividade Industrial**, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323199144_STARTUPS_FINTECHS_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DO_RADAR_DA_INOVACAO. Acesso em: 10 jun. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Princípios e conceitos fundamentais da análise econômica do direito. *In*: MARÇAL, Antônio Cota; PIMENTA, Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (org.). **Os princípios na construção do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier, 2005.

REDAÇÃO NUBANK. O que é fintech e por que esse termo ficou tão popular? *In*: NUBANK. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIES, Eric. **A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas**. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. *In*: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Como citar: LANA, Henrique Avelino; CRUZ, Lucas Vinícios. Fintechs: inovação, redução dos custos de transação, eficiência e análise econômica do direito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 25-46, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p25. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 23/10/2019

Aprovado em: 13/02/2020

CHOCOLATE COM PIMENTA: O EMBATE DE PRINCÍPIOS NO CASO NESTLÉ-GAROTO

CHOCOLATE WITH PEPPER: THE CLASH OF PRINCIPLES IN THE NESTLÉ-GAROTO CASE

Rômulo Guilherme Leitão*
Uinie Caminha**
Andressa Borges Monteiro Pires***

*Pós Doutor pela Boston University (BU). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Faculdade de Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Email: romuloleitao@unifor.br

**Pós Doutora pela Faculdade de Direito pela Universidade de São Paulo (FADUSP). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Aperfeiçoamento em Direito do Mercado Financeiro pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Email: ucaminha@gmail.com

***Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Unichistus (UNICHISTUS). Email: andressabpires@hotmail.com

Como citar LEITÃO, Rômulo Guilherme; CAMINHA, Uinie; PIRES; Andressa Borges Monteiro. Chocolate com pimenta: o embate de princípios no caso nestlé-garoto. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 47-63, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p47. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A operação de aquisição das sociedades empresárias Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. perdura em âmbitos administrativo e judicial por dezoito anos. Trata-se de caso peculiar, visto que teve seu primeiro andamento na vigência da revogada legislação concorrencial e perdura até hoje, na vigência da nova lei. Desde 2002, após a submissão da aquisição ao CADE, houve uma série de impasses, pois o mercado de chocolates ainda não estava bem segmentado. Nesse cenário, a maioria dos pareceres foi desfavorável à operação, ensejando a primeira decisão denegatória pelo CADE. Atualmente, encontra-se pendente julgamento pelo TRF da 1ª Região recurso oposto pelas empresas. A decisão, que será definitiva sobre o caso, deve ponderar valores de preservação da empresa, livre iniciativa, proteção do consumidor e defesa da concorrência. O objetivo do presente trabalho é avaliar, do ponto de vista principiológico, a solução mais adequada para a operação de aquisição. Em termos metodológicos, opta-se por realizar um estudo de caso e fazer uma pesquisa bibliográfica e documental no que tange à fonte, qualitativa no que se refere à abordagem, teórica quanto à natureza e descritiva em relação aos objetivos. Em sede conclusiva, evidencia-se que a alternativa mais adequada é aprovar a operação com restrições, a serem apontadas pelas próprias empresas e avaliadas pelo CADE.

Palavras-chave: Nestlé. Garoto. Aquisição. CADE. Princípios.

Abstract: The acquisitions of Nestlé Brasil Ltda. and Chocolates Garoto S.A, both company enterprises, spanned 18 years in

the judicial and administrative fields. This case is particularly interesting because it commenced when the revoked competition law was still valid and its legal procedure duration lasts until present day, in the validity of the new competition law. Since 2002, after the application for the acquisition was submitted to CADE, there have been a series of stalemates that restricted it, as the chocolate market, at the time, was not yet well segmented. In this scenario, most of the opinions were unfavorable to the transaction, giving rise to CADE's first unfavorable decision. Currently, there is a pending judgement by the TRF of the 1st Region. The decision, which will be final, must consider the values of company preservation, free initiative, consumer protection and competition defense. The objective of this paper is to evaluate, from a principiological point of view, the most adequate solution for the acquisition process. In methodological terms, this study chose to analyze a case study and utilize bibliographic and documentary sources with the qualitative method. In conclusion, the most adequate solution is to approve the operation with restrictions, to be pointed out by the companies themselves and evaluated, sequentially, by CADE.

Keywords: Nestlé. Garoto. Acquisition. CADE. Principles.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seus artigos 170 e seguintes,

inaugura a Ordem Econômica e Financeira, que deve ser considerada como um microsistema congruente de regras e de princípios para que se possa proferir decisões compatíveis com todo o ordenamento jurídico. As decisões para impasses judiciais e administrativos, dessa maneira, devem partir de uma perspectiva constitucional.

A aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., ato de concentração passível de apreciação pelo órgão antitruste, já permeia os âmbitos administrativo e judicial há quase vinte anos. Como houve alteração legislativa e diversas impugnações, o ato de concentração não foi passível de solução amigável, de modo que se pode afirmar que o impasse vivenciado pelas empresas expressa verdadeira pimenta para os chocolates.

A última movimentação em matéria judicial requer julgamento pelo TRF da 1ª Região acerca dos Embargos de Declaração propostos pelas sociedades empresárias. Acontece que, por se tratar se matéria concorrencial, se deve atentar para os preceitos da preservação da empresa, da livre iniciativa, da proteção do consumidor e da defesa da concorrência, ainda que não tenham sido exaustivamente discutidos no procedimento.

Por diversas vezes, a operação foi recusada, e apenas nos votos vencidos e nos pareceres superados é que se encontraram argumentos favoráveis à manutenção da operação. A partir disso, a questão é: seria possível a aprovação da operação de concentração tendo por base os princípios da Ordem Econômica e Financeira?

A justificativa da investigação se dá pela insegurança jurídica causada pelo prolongamento das demandas sem solução definitiva às sociedades empresárias e a todos os *stakeholders*. Além disso, destaca-se a função social exercida pelas empresas e a possibilidade de avaliar o caso piloto que deu ensejo à alteração da legislação concorrencial partindo da Constituição Federal.

O objetivo geral do presente trabalho é avaliar, do ponto de vista principiológico, a solução mais adequada para a operação de aquisição. De maneira mais detalhada, tem-se como objetivos específicos definir a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, analisar a operação de concentração da Nestlé e da Garoto, avaliar a colisão de princípios no caso em estudo e apontar a solução mais adequada.

A metodologia utilizada para o presente trabalho possui fonte de natureza bibliográfica e documental, uma vez que, além de livros e artigos, foram buscados os documentos relativos aos processos administrativo e judicial. A abordagem da pesquisa é qualitativa, tendo em vista que não adentra em dados estatísticos para mensuração, e possui, quanto aos objetivos, caráter descritivo com estudo de caso da operação de aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. Por fim, a natureza da investigação é de ordem teórica.

1 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA: A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal, logo em seu artigo primeiro, enumera os fundamentos da República Federativa do Brasil e traz, em seu rol, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O tratamento específico da Ordem Econômica e Financeira, por derradeiro, seguiu o mesmo caminho, fundando-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. Os artigos 170 e seguintes, assim, insculpem uma série de princípios para fundar essa ordem.

As normas constitucionais em referência indicam que existe verdadeira Constituição Econômica dentro da Constituição Total, tendo em vista o conjunto de regras e de princípios específicos para reger as relações entre os particulares e medir a possibilidade de intervenção do Estado (GRAU, 2010). A avaliação de quaisquer impasses que permeiam essas normas constitucionais, assim, deve adentrar no macro sistema constitucional e no micro sistema econômico constitucional.

Ao apontar a livre iniciativa como um de seus fundamentos, o Estado brasileiro indica que sua atuação, via de regra, não promoverá ingerências substanciais no mercado privado e em seu funcionamento. Em casos excepcionais, por outro lado é necessário que sejam impostos determinados limites para a atuação dos particulares no mercado, como a defesa da concorrência e a proteção ao consumidor, conforme o artigo 170, incisos IV e V, do Texto Constitucional.

O Direito Antitruste e o Direito Consumerista estão intimamente ligados por meio da relação das sociedades empresárias com os consumidores. Enquanto o Direito do Consumidor se preocupa com reprimir condutas lesivas ao consumidor, de modo a garantir uma informação segura para o exercício do poder de escolha, o Direito Antitruste se preocupa com evitar condutas lesivas ao mercado por parte dos agentes que nele atuam, de forma a garantir exercício ao mercado¹ (AVERITT; LANDE, 2003).

O mercado perfeito idealizado por Coase (2016), em que não há falhas ou custos de transação, e em que todos teriam acesso às informações relevantes a um só tempo para exercer o pleno direito de escolha, entretanto, é apenas um modelo teórico para testar e buscar soluções econômicas viáveis. Inexiste, portanto, mercado sem falhas, de modo que são inevitáveis violações ao Direito do Consumidor.

Veja-se que se pode relacionar essas violações na seara consumerista diretamente com a defesa da concorrência e com a livre iniciativa, pois ofensas na seara concorrencial diminuem significativamente as opções conferidas ao consumidor (AVERITT; LANDE, 2003). Em um mercado sustentado por oligopólios ou monopólios, por exemplo, não há espaço para a entrada de novos *players* ou para a efetivação do direito de escolha (ABREU, 2008), estando a proteção da concorrência intimamente ligada à livre iniciativa e à defesa do consumidor.

O funcionamento de um sistema de livre concorrência, assim, é fundamental para uma melhor desenvoltura desse grupo de princípios. Especificamente em relação a essa norma, esculpiu-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações à Ordem Econômica, hoje consubstanciado na Lei 12.529/2011.

¹ O efetivo exercício do mercado pode se dar quando há amplas opções ao consumidor e não há cometimento de infrações entre as empresas desse mercado, como práticas anticompetitivas ou infrações à Ordem Econômica e Financeira (AVERITT; LANDE, 2003).

Mencionada lei, em consonância com a Constituição Federal, se funda na liberdade de iniciativa, na livre concorrência, na função social da propriedade, na defesa dos consumidores e na repressão ao abuso do poder econômico. Para atingir o seu fim, por conseguinte, a Lei divide o SBDC em Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), associada ao Ministério da Fazenda.

O principal desses órgãos, porém, é o CADE, tendo em vista que a ele incumbe a proliferação de uma cultura concorrencial no País, a punição às infrações à Ordem Econômica e a análise dos atos de concentração (PIRES; XIMENES, 2019). O primeiro encargo pode ser realizado de diversas maneiras, como o planejamento de cursos ou elaboração de cartilhas informativas. Em relação à segunda atribuição, veja-se que, nos casos do artigo 36 da Lei 12.529/2011, é dever do CADE instaurar procedimento administrativo para responsabilizar aqueles que infringem o dispositivo mencionado, prescindindo de análise de culpa, em conformidade com a proteção do consumidor (FRANCISCO, 2014).

No que concerne aos atos de concentração, em algumas situações o CADE deverá proceder com a análise, pois tais operações podem estar mascarando uma violação ao Direito Antitruste e ao Direito do Consumidor (AVERITT; LANDE, 2003). Nesse contexto, a autarquia federal poderá aprovar de maneira incondicionada, denegar ou aprovar com restrições a proposta da operação.

A submissão de pedido para aprovação de ato de concentração deve ser feita ao CADE previamente ao ato, com a possibilidade de imposição de multa pecuniária em casos de descumprimento, conforme o § 6º do artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Para avaliar a operação e realizar o controle, a autarquia dispõe de prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo da petição ou de sua emenda, conforme o § 3º do mencionado artigo.

O conceito de ato de concentração, apesar de não ser expressamente disposto na legislação, pode ser dela extraído, tendo em vista que se apresentam exemplos dessas operações no artigo 90 da Lei 12.529/2011. Podem ser enquadrados nessa categoria, assim, a fusão, a aquisição, a incorporação e o consórcio associativo ou *joint venture*, que podem ocorrer de maneira vertical, horizontal ou conglomerada.

Um ato de concentração vertical ocorre quando duas ou mais empresas atuam na mesma cadeia de produção, mas em estágios diferentes²; horizontal caso as atividades desenvolvidas sejam do mesmo ramo e equivalentes no estágio e conglomeradas quando não há qualquer vinculação da atividade ou do momento da cadeia (ROCHA; LIMA; CORDEIRO, 2017). Dentre essas modalidades, a que mais apresenta situações de prejuízo à concorrência é a de concentração horizontal³.

2 A verificação de um ato de concentração vertical é simples quando se imagina um ramo de atuação que demanda a distribuição, por exemplo. Imagine, nessa perspectiva, determinada atividade de produção de chocolate que, além de angariar matéria prima, produz as formas de chocolate em suas fábricas e, depois, precisa distribuir. Nesse caso, se qualquer das empresas que atua em um desses três estágios quiser adquirir, incorporar ou elaborar um *joint venture*, por exemplo, seria uma concentração vertical passível de análise pelo CADE.

3 Tomando a fusão como exemplo, nos atos de concentração horizontal, se duas sociedades empresárias que atuam no mesmo ramo e no mesmo estágio da produção decidirem por se juntar, é evidente que vai haver soma de esforços,

Acontece que não é em todos os casos dessa natureza que é necessária a manifestação da autarquia federal, tendo o artigo 88 da Lei 12.526/2011 previsto hipóteses materiais para a submissão àquela com relação ao faturamento do ano anterior ao da operação. São submetidos, assim, os atos de concentração em que a empresa maior tiver obtido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e a menor tiver auferido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (BRASIL, 2011).

Os parâmetros indicados pela lei, contudo, apenas apontam que o ato deve ser submetido ao CADE, não impactando na decisão a ser proferida pela autarquia. Há uma presunção quantitativa de que, pelo volume das operações, a concorrência possa ser malferida, mas deve ser avaliado especificamente o caso, o mercado relevante e as possíveis alternativas para a aprovação da operação.

O mercado relevante é o âmbito material e territorial de influência de determinada empresa, ou seja, os setores em que atua e os locais em que opera. Diante dessa noção, devem ser estudados os domínios para que não seja possível uma empresa alterar unilateralmente os preços, prejudicando a concorrência⁴. Para isso, são feitas investigações de ordens qualitativa e quantitativa, uma vez que o controle de 20% (vinte por cento) ou mais de determinado mercado presume uma posição dominante, conforme estipula o parágrafo segundo do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

A organização atual do SBDC referente aos atos de concentração, excetuando-se o prazo de análise das operações, evita maiores dilemas acerca da aprovação ou da rejeição do ato, uma vez que o CADE avalia a operação de maneira prévia e a violação a esse preceito enseja multa. A atuação da autarquia federal, assim, ocorre antes mesmo de a operação ser aprovada entre as empresas, para que não seja impossível desfazê-las em momento posterior.

Acontece que o caso que se procederá a análise foi submetido ao CADE, sob a vigência da antiga legislação antitruste, Lei 8.884/94, situação em que primeiro se realizou a operação e apenas *a posteriori*⁵ submeteu-se o ato de concentração à análise do órgão antitruste⁶. Passados quase vinte anos do pedido de apreciação da aquisição, ainda não há solução em definitivo para o

que não demanda a produção máxima das duas empresas para que se concorra com as demais. Nessa perspectiva, as empresas poderiam diminuir sua produção para atingir determinado fim, enquanto as concorrentes teriam que aumentar apenas para manter o nível, o que poderia ensejar aumento nos preços. É premente, assim, que o órgão regulador da concorrência se manifeste sobre casos dessa monta (WERDEN, FROEB, 1998).

4 Veja-se que a possibilidade de dominância do mercado relevante configura infração à Ordem Financeira, nos termos do artigo 36, inciso segundo e parágrafo segundo, da Lei, bem como caso de proibição da operação, segundo prediz o parágrafo quinto do artigo 88 da referida Lei (BRASIL, 1988).

5 O caso Nestlé-Garoto foi um dos eventos que contribuiu para que o sistema de defesa da concorrência fosse repensado e alterada a forma de análise dos atos de posterior para anterior ao ato que visava a qualquer das formas de concentração e preenchesse as condições quantitativas para essa submissão (CUNHA, 2005). Essa alteração beneficiou o sistema e, inclusive, as empresas, posto que a concentração e a consequente rejeição do pedido acarretavam alto impacto negativo do ponto de vista econômico. Outrossim, a análise ulterior fazia que algumas empresas, temendo a rejeição do pedido, demorassem na entrega de alguns documentos para que, em momento de análise, ao verificar os prejuízos que o desfazimento da operação poderia acarretar, aprovassem o ato (SOUZA, 2013).

6 Ainda que sob o manto de diploma diverso, o referente caso deveria ser submetido ao CADE. O revogado artigo 54

impunha, assim, a necessidade de submissão ao órgão quando prejudicasse a livre concorrência ou impusesse uma dominância de mercados relevantes. Assim, a submissão do caso ao manto da análise pelo órgão concorrential seria premente sob o pálio de qualquer das legislações.

caso.

2 NESTLÉ-GAROTO: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Em 18 de março de 2002, começava uma reviravolta não antecipada no Direito Concorrencial, eis que a Nestlé Brasil Ltda. submeteu à análise do CADE operação em que subscrevia aumento de capital na Chocolates Garoto S.A. com posterior resgate de ações. Trata-se, portanto, de uma aquisição, ato de concentração descrito no artigo 90, II, da Lei 12.529/2011.

Consolidada e ocupando relevante posição no mercado desde 1929, a brasileira Chocolates Garoto S.A. estava passando por leves, mas progressivas, perdas no mercado. Nessa situação, os acionistas discutiram estratégias de mercado e decidiram por alienar suas participações societárias, de modo a preservar os ativos da empresa, mantê-los à disposição dos consumidores no Brasil e angariar possibilidade de expansão em outros países (BRASIL, 2002).

Dentre as diversas sociedades empresárias nacionais e internacionais que participaram de negociações feitas com o intuito de proceder à aquisição da Chocolates Garoto S.A., estava a Nestlé Brasil, subsidiária do grupo suíço Nestlé. Demonstrando a melhor qualificação para manter os ativos da empresa e vislumbrando uma ampla possibilidade de crescer no mercado, a subsidiária brasileira foi a que logrou êxito nas negociações (BRASIL, 2002).

Com o encerramento das negociações e em obediência à legislação pátria consubstanciada no artigo 54, § 3º da Lei 8.884/94, o ato de concentração foi submetido à apreciação do CADE. Veja-se que a legislação ora em referência, posteriormente revogada pela Lei 12.529/2011, previa a possibilidade de o ato ser submetido ao CADE após 15 dias de sua realização, o que implica uma análise *a posteriori*⁷.

Foi submetida à análise da SDE, da SEAE e do CADE, portanto, operação em que a Nestlé Brasil havia passado a deter a totalidade do capital social da Chocolates Garoto. Tendo em vista que a empresa adquirente atuava em diversos segmentos, destacou-se que o setor econômico envolvido na operação era o de confeitos ou guloseimas, pois era o mesmo em que atuava a empresa adquirida.

Uma das primeiras providências a se analisar em processos de concentração, por outro lado, é a definição do mercado relevante, ou seja, deve-se primeiro delimitar as fronteiras da

⁷ Os atos de concentração podem, eventualmente, representar consequências negativas para o mercado e para as empresas, sendo mais temerárias quando a análise é posterior ao ato (VORONKOFF, 2014). Por esse motivo, a análise não contou apenas com pareceres de ordem qualitativa, mas quantitativas, além de modelos de simulação de fusões. Acontece que o modelo de simulação nem sempre transparece a realidade, pois possui uma série de variáveis. Em verdade, diversos são os modelos para simulação de fusões hoje estudados pelos pesquisadores do ramo da Economia, mas, realizando-se diversas simulações, mesmo que com métodos diferentes e, inclusive, sobre as margens de erro do simulador, não é possível atingir um ponto em comum. Isso importa em afirmar que, por mais que auxilie na previsão de novos valores para as empresas e se consubstancie em uma importante forma de complementação, não é possível fazer uma análise certa e conclusiva apenas com tais dados, sendo temerário pautar-se, portanto, apenas em análises objetivas (PIONER; CANÊDO-PINHEIRO, 2006). Além disso, ao considerar apenas a economia aplicada, com o modelo de simulação de fusões, se estaria restringindo o espaço do conhecimento jurídico, em seu estudo específico da legislação antitruste, e contaminando o sistema. O estudo e as decisões sobre os atos de concentração devem permear, por óbvio, estudos de economia e de averiguação econômica, mas não pode se restringir apenas a esse ramo, posto que se trata de uma questão, também, jurídica (SCHUARTZ, 2006).

concorrência no âmbito dos produtos e no âmbito geográfico de atuação⁸. A importância dessa medida se dá pela necessidade de averiguar a existência de posição dominante, considerando a possibilidade de unilateralmente alterar as condições de mercado, conforme a legislação antitruste⁹.

A submissão inicial da aquisição indicou, por conseguinte, três segmentos de atuação que corresponderiam aos mercados relevantes da operação, a saber: balas e guloseimas, chocolates sob todas as formas e achocolatados. Além disso, pela amplitude do mercado, indicou-se que a incidência geográfica da operação percorria todo o Mercado Comum do Sul (GUERRIERO, 2008).

Em alguns dos setores relativos aos produtos, ao avaliar a operação, indicava-se uma concentração de mercado superior à permitida, com posição dominante presumida pela legislação. Entretanto, como se tratava de setor com diversos *players*, além de pequenos produtores, não se vislumbrava qualquer ato que aparentemente pudesse prejudicar a livre concorrência.

A empresa adquirente, reafirmando a possibilidade de o ato de concentração poder ser realizado, além do que foi indicado, sinalizou uma série de eficiências compensatórias em detrimento da operação¹⁰. Foram indicadas, por conseguinte, eficiências em questões técnicas, produtivas, administrativas e logísticas (MAIA, 2005). Desse modo, os preços continuariam os mesmos para os consumidores, e eventuais malefícios seriam compensados (ROSA; GONÇALVES, 2007).

Acontece que a operação não foi bem recebida por outras competidoras do mercado, como a Kraft Foods Brasil S.A, e por outros órgãos administrativos, de modo que foi necessário assinar um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)¹¹. A medida adotada assegurava que as sociedades empresárias não se confundissem em relação ao local, ao material, ao trabalho e às marcas, por exemplo.

Antes da decisão definitiva do caso, foram emitidos pareceres da SEAE, da SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal (MPF). O parecer emitido pelas secretarias possuiu teor bastante diverso, tendo aquele denegado a operação por considerar insuficientes as eficiências alegadas. O segundo deles, apesar de aprioristicamente negar a operação, suscitou a possibilidade de aprovação, caso fossem oferecidas alternativas que inibissem o exercício do poder de mercado.

A divergência de teor dos pareceres realizados pelas secretarias se deu, em maior medida, pela diversa definição e delimitação do mercado relevante. A SEAE, dessa maneira, utilizou as balas e os confeitos, os achocolatados, as coberturas de chocolate e os chocolates sob todas as formas (GUERRIERO, 2010), evidenciando-se a dominação dos mercados de coberturas de

8 As agências antitruste devem realizar algumas análises para que se chegue a uma decisão definitiva sobre o caso e o primeiro ponto é a definição do mercado relevante. Para a solução de alguns impasses, a Organização Mundial do Comércio (OMC), também passa por esse procedimento (ANDRADE; ESTEVÃO, 2017).

9 A legislação antitruste prevê a repressão às práticas anticompetitivas que podem se expressar por meio de acordos anticompetitivos, como cartéis, e práticas unilaterais, ou seja, abuso de posição dominante (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019).

10 Inobstante a expectativa de as fusões e as aquisições entre empresas que atuam no mesmo setor e possuem uma parcela elevada do mercado aumentarem a possibilidade de práticas anticompetitivas, algumas vezes a operação pode conferir eficiências. As eficiências, por conseguinte, representam os ganhos compensatórios por prováveis perdas advindas de operações de concentração (POSSAS, 2002).

11 O APRO foi utilizado pela primeira vez no Brasil no caso ora em referência. Pretendia-se, com a sua utilização, que não houvesse confusão entre as sociedades, tendo em vista a possibilidade de denegação da operação do ato de concentração referendado.

chocolate e de chocolates sob todas as formas (GUERRIERO, 2008).

O parecer emitido pela SDE, a seu turno, definiu onze mercados relevantes, a saber: Mercado Nacional de Balas e Confeitos, Mercado Nacional de Chocolates em pó, Mercado Nacional de Achocolatados em pó, Mercado Nacional de Cobertura de Chocolate Sólida, Mercado Nacional de Cobertura de Chocolate Líquida, Mercado Nacional de Chocolates de Consumo Imediato, Mercado Nacional de Tabletes entre 101g a 400g, Mercado Nacional de Tabletes entre 401g a 500g, Mercado Nacional de Ovos de Páscoa, Mercado Nacional de Caixas de Bombons e Mercado Regional de Chocolates Artesanais. De todo modo, apesar de considerar a dominação e diversos desses mercados, cogitou a possibilidade de aprovação caso fossem ofertadas medidas para inibir o poder de mercado.

Além desses, o parecer da procuradoria do CADE acompanhou o parecer da SDE, e o do MPF foi favorável à aprovação com imposição de determinadas condições. Apesar das diversidades dos pareceres, a decisão, por maioria, foi por denegar a operação, apoiando-se no voto do Relator do caso, conselheiro Thompson Andrade, que rememorou diversos aspectos do parecer da SEAE, rejeitou as eficiências alegadas e ordenou o desfazimento da operação (MAIA, 2005).

Irresignadas com a decisão do órgão antitruste, a Nestlé Brasil Ltda. e a Chocolates Garoto S.A. realizaram pedido de reapreciação administrativa. Veja-se que as decisões do CADE não comportam reapreciação administrativa, mas as sociedades empresárias ainda assim o fizeram, acostando uma série de pareceres doutrinários que se baseavam no contraditório, na ampla defesa e nos seus consectários para permitir esse reexame.

O novo pedido endereçado ao CADE contou com diferentes termos, como proposta de desinvestimento¹² em alguns setores e disponibilização de conjunto de ativos fixos e intangíveis, para que se possibilitasse entrada de novo concorrente no mercado, conforme parecer da SDE e voto vencido do conselheiro João Grandino Rodas. Todavia, o reexame da medida lhe negou provimento por três votos a dois, considerando insuficientes as propostas ofertadas.

Com a negativa em âmbito administrativo, ingressou-se na esfera judicial, questionando a legalidade e a proporcionalidade da operação, tendo sido designada a 4ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (BRASIL, 2018b). Um dos principais pontos discutidos nesse cenário foi o prazo previsto no artigo 54, § 7º da Lei 8.884/94, que possibilitava a aprovação automática em caso de extrapolação de tempo para decidir. Dessa maneira, decisão liminar, posteriormente confirmada em sentença, aprovou automaticamente a aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé Brasil em virtude de decorrência do prazo (BRASIL, 2007).

Em segunda instância, ao revés, com apelação assinada pelo CADE no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, anulou-se o voto de um dos conselheiros e determinou-se novo julgamento pela autarquia federal (BRASIL, 2016d). A fim de que fossem observadas as garantias legais, de todo modo, a Nestlé Brasil Ltda. opôs embargos infringentes para que prevalecesse o voto vencido do Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes.

12 A proposta de desinvestimento contava, dentre outras coisas, com a venda de ativos no segmento de coberturas de chocolate, com capacidade de produção de 14.000 t/ano, e, no mercado de chocolates sob todas as formas, uma redução na participação, com venda de capacidade produtiva de 26.000 t/ano (BRASIL, 2016d).

Antes do julgamento dos embargos infringentes, por sua vez, as sociedades empresárias ingressaram com pedido de suspensão da medida para tentar solução administrativa junto ao CADE. Defendia-se, no momento, que o caso comportava reapreciação tendo em vista a sensível alteração do mercado relevante no período de 2000 a 2015 (BRASIL, 2016d).

Nota técnica do CADE elaborada para avaliar a proposta das sociedades empresárias (BRASIL, 2016d) atestou que, de fato, o mercado de chocolates foi alterado significativamente no período, de forma a permitir ampla gama de produtos no mercado e não lesar o consumidor. Entendendo por suficientes as soluções apontadas, o Relator Alexandre Cordeiro solicitou medidas para que as empresas implementassem e, enfim, tivessem a operação aprovada (BRASIL, 2016a)¹³.

Passados mais de dois anos da imposição de medidas indicadas no Despacho Decisório de nº 20/2016 (BRASIL, 2016a), entretanto, as sociedades empresárias ainda não haviam cumprido as imposições. Dessa maneira, no Despacho Decisório de nº 13/2018 (BRASIL, 2018a), a conselheira-relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, encerrou o julgamento do caso sem análise do mérito e determinou retorno da ação judicial nº 2005.34.00.015042-8.

Em meio judicial, as últimas movimentações do presente caso ocorreram em 2018. A primeira em 14 de setembro, com decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que se negou provimento aos Embargos Infringentes (BRASIL, 2018b). As últimas em 24 de setembro e 16 de outubro, com oposição de Embargos de Eclaração e Impugnação aos Embargos.

Dessa maneira, verifica-se que ainda não há uma solução jurídica ou administrativa para o caso, apesar de a Nestlé Brasil Ltda. ter passado a se comportar como se a operação tivesse sido aprovada, esquivando-se de qualquer cenário em que as marcas pudessem ser alienadas (BOUÇAS, 2018). Se tem, na verdade, um embate principiológico a ser considerado para que o impasse seja resolvido de maneira definitiva.

3 PESOS E MEDIDAS: NORMAS COLIDENTES NO CASO NESTLÉ-GAROTO

O impasse que permeia o pedido de concentração consubstanciado na aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. já se perpetua por quase vinte anos sem qualquer resolução definitiva nos âmbitos administrativo e judicial. O processo, como mencionado, hoje se encontra na alçada do Poder Judiciário, que deve se pronunciar sobre os Embargos de Declaração opostos no final de 2018.

Veja-se que para as sociedades empresárias já houve prejuízo pela desarrazoada demora, de modo que a solução a ser adotada não se pode esquivar da apreciação de normas como preservação da empresa, livre iniciativa, proteção do consumidor e defesa da concorrência¹⁴. Como apontado,

13 Em relação a essa decisão, voto vogal da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt salientou que a proposta de desinvestimento era, de fato, a melhor opção, mas que deveria ser garantida, no processo, proteção ao consumidor que estaria acostumado com certas marcas (BRASIL, 2016b). Alexandre Cordeiro, apesar de temerário quanto à operação, proferiu voto pela homologação da decisão (BRASIL, 2016c).

14 A aplicação das normas a casos concretos, na maioria das vezes, pressupõe a colidência de princípios, que devem ser ponderados para a solução concreta (ALEXY, 2014).

a desaprovação total ou parcial da operação pode representar intervenção desmedida no domínio econômico (BRASIL, 2002).

Destaca-se, ademais, que a Ordem Econômica e Financeira se baseia na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano e que o Estado normativo e regulador apenas atua em meio a fiscalizar, incentivar e planejar o setor privado. Além disso, o artigo 174 da Constituição Federal dispõe que não se pode impor compulsoriamente planejamento à iniciativa privada, vez que apenas se confere natureza indicativa e não determinante ao Estado. Assim, não se poderia impor uma desconcentração compulsória em caso de reprovação da operação de aquisição.

Veja-se que a decisão denegatória possui, por si, natureza declaratória e não desconstitutiva, de forma que a autarquia federal não poderia impor moldes para desconstituição, mas apenas decidir por aprovar ou rejeitar. Além disso, em esfera concorrencial, se houver qualquer possibilidade eliminação do risco à concorrência, ela é preferível ao desfazimento da operação (SALOMÃO FILHO, 2007).

É premente considerar, dessa maneira, a preservação da empresa, ainda que não expressamente prevista no Texto Constitucional¹⁵. Saliente-se, em primeira mão, que a Chocolates Garoto S.A. passava por um período de perdas sucessivas em seu faturamento, de modo que era crucial a interferência no controle da sociedade. Constante da Lei de Recuperação Judicial e Falências, a preservação da empresa objetiva proteger a continuidade da atividade econômica¹⁶, a fim de que esta possa cumprir sua função social.

Não se defende a preservação da empresa a qualquer medida, nem mesmo nos casos de considerar as empresas muito grandes para falir¹⁷, devendo-se sempre compactuar as decisões com os preceitos da Ordem Econômica e Financeira. Dessa maneira, auferindo lucros e atentando para o desenvolvimento em meio social, com geração de empregos e bem-estar da sociedade e dos *stakeholders*¹⁸, a empresa deveria ser preservada, pois estaria cumprindo sua função social (FERREIRA, 2016).

Em outro plano, entram as normas de proteção do consumidor e de defesa da concorrência, preceitos insculpidos no artigo 170 da Constituição Federal como princípios da Ordem Econômica e Financeira. Destaca-se, aprioristicamente, que os consumidores possuem patente ligação com as marcas (BRASIL, 2016b), de modo que o desinvestimento ou a alienação de ativos poderia prejudicá-los.

Além disso, a ocupação de posição dominante no mercado poderia lesar diretamente a concorrência e as sociedades empresárias, uma vez que uma empresa ou grupo de empresas teriam

15 A despeito de não haver expressa menção no Diploma Constitucional, por outro lado, ainda se defende a existência de um princípio constitucional implícito, decorrente dos valores fundamentados no ordenamento jurídico brasileiro (VARELLA, 2010).

16 É importante considerar que a preservação da empresa é fundamental em matéria empresarial, uma vez que se deve guiar pelos objetivos da sociedade empresária (BUSHATSKY, 2017).

17 A teoria das empresas *too big to fail* defende a ideia de que, em alguns casos, há empresas que cuja crise irrecuperável seria desastrosa ao ponto de prejudicar a própria economia do País. Dessa maneira, o Governo deveria apoiar as empresas. Essa teoria modifica, inclusive, o comportamento dos investidores, que podem migrar seus ativos imaginando que a corporação estaria protegida da falência (FOUREAUX, 2012).

18 Os *stakeholders* são definidos como indivíduos, organizações e grupos que possuem interesse na empresa e que são por ela afetados. O gerenciamento eficiente de uma sociedade empresária, portanto, deveria considerar os interesses dos *stakeholders* (HARRISON; FREEMAN; ABREU, 2015).

a possibilidade de alterar unilateralmente os preços (AVERITT; LANDE, 2003). É evidente que as operações de concentração horizontal são as que mais demonstram práticas anticompetitivas, eliminando a competição e acarretando prejuízo à escolha livre do consumidor (AVERITT; LANDE, 2003), mas essa não é a única faceta do problema.

Há, por derradeiro, diversas normas a serem consideradas em eventual decisão para denegar ou aprovar a operação de aquisição. As normas em conflito, a seu turno, não possuem estruturas que requerem uma lógica de tudo ou nada, mas que devem ser realizadas na maior medida possível, como verdadeiros mandamentos de otimização para uma máxima aplicação no caso concreto (ALEXY, 2014).

Tratando-se de mandamentos de otimização, deve-se promover a menor restrição possível sobre o preceito que for afastado. Assim, é premente que se realize uma ponderação entre os princípios colidentes, conforme ensina Alexy (2014). Essa ponderação, a seu turno, avalia a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, iniciando-se pela primeira e passando-se aos demais apenas em caso de superação e conformidade dos anteriores.

Em apertada síntese, pode-se definir a adequação como a conformidade entre os meios empreendidos e os fins, ao passo que a necessidade traduz a utilização da medida que menos tenha impactos negativos na situação fática. A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, analisa as posições jurídicas para que os princípios sejam utilizados em maior medida. Assim, será avaliada a preponderância entre um princípio determinado em face do outro (ALEXY, 2014).

No caso do ato de concentração entre a Nestlé Brasil Ltda. e a Chocolates Garoto S.A., dessa maneira, parte-se da adequação da medida de desconstituição da operação. Veja-se, primeiro, que a medida de desconstituição de ativos seria extremamente desproporcional, uma vez que o Estado estaria extrapolando os limites de sua atuação, que apenas deve possuir natureza declaratória, não passando pelo patamar da adequação.

Caso se entenda pela adequação da medida, por outro lado, passa-se à análise da necessidade. Destaca-se que a aquisição da Chocolates Garoto S.A. poderia ser aprovada sem a imposição de nenhuma restrição, tendo em vista que já se restou comprovado que o mercado atual foi completamente alterado, não havendo prejuízo nesse contexto (BRASIL, 2016d). Além disso, poder-se-ia aprovar a operação impondo restrições, caso se antevisse objetivamente posição dominante do mercado.

Por outro lado, o que não pode ser feito do ponto de vista da necessidade é o desfazimento da operação, vez que essa é **a medida que mais** impacta negativamente a situação fática para a preservação da empresa, a livre iniciativa, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência. Em um sistema congruente, que possui a Constituição como vetor hermenêutico, deve-se atentar para esses critérios de ponderação.

Sendo assim, não seria proporcional desfazer a operação, dada sua atual conjectura, mas a aprovação desmedida também **não parece** ser a melhor solução, posto que não se tem objetivamente todos os dados relativos ao mercado relevante e às eficiências atualizados. Dessa maneira, sugere-se que a operação seja aprovada com a imposição de restrições, ainda que essas

devam ser selecionadas pelas sociedades empresárias em meio a não interferir no domínio privado.

CONCLUSÃO

A ordem econômica e financeira da Constituição Federal se funda na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, bem como estabelece uma série de princípios para pautar a atuação nesse meio. Além disso, no que tange especificamente ao objeto em análise, foi estabelecido um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que compartilha de diversos daqueles preceitos.

A operação em análise, qual seja, a aquisição da Chocolates Garoto S.A pela Nestlé Brasil Ltda., por conta do volume de operações realizadas no ano base anterior ao da operação, teve que ser submetida ao SBDC, especialmente para a averiguação pelo CADE. Como o pedido foi feito em 2002, ainda vigorava a legislação antitruste revogada, de modo a permitir a realização da operação com posterior submissão da operação à autarquia federal.

Com um vaivém administrativo e judicial, hoje a matéria encontra-se para análise no TRF da 1ª Região, que deverá decidir sobre os Embargos de Declaração opostos em 2018. Certo é que a decisão definitiva da matéria não se pode esquivar de considerar os princípios da ordem constitucional, pois eles orientam todo o ordenamento jurídico. Além disso, como se trata de normas com estrutura principiológica, deve ser feita a ponderação.

A presente pesquisa contou com patente limitação, uma vez que diversos dos documentos da operação possuem conteúdo sigiloso, bem como são mantidos em extensos arquivos que, por diversas vezes, contavam com ordem equivocada das páginas. Além disso, não houve decisões favoráveis no plano prático que permearam o conteúdo da investigação.

Aprofundando um pouco mais, sugere-se a análise das motivações políticas para as decisões administrativas, bem como o estudo econométrico do atual estado do mercado, para que possa ser conferida eventual parcela de dominância do mercado. Em caso de eventual denegação do pedido, necessária se fazer a análise das alienações dos ativos e das parcelas de mercados posteriores à operação.

Em relação à pergunta de pesquisa, responde-se que é possível a aprovação da operação com base nos princípios constitucionais, uma vez que eles são quem deve fomentar a atuação do Estado na Ordem Econômica e Financeira. Decisões que não os consideram, como as que foram proferidas em âmbito administrativo, maculam a Constituição Econômica.

Quanto aos objetivos, por fim, veja-se que, partindo da Constituição Federal, a melhor opção é a de aprovar a operação com a imposição de restrições, uma vez que representa medida adequada e necessária para a resolução do embate principiológico. A reprovação da operação de aquisição, ao revés, sequer ultrapassa o âmbito da adequação, não merecendo guarida.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 874, p. 70-100, ago. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Maria Cecília; ESTEVÃO, Ana Carolina. Caso telemex (DS204): a perspectiva concorrencial nas decisões da OMC. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **OMC: funcionamento do sistema de solução de controvérsias – reflexões dos especialistas sobre os principais casos**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 57-70.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 26-49, jan./mar. 2003.

BOUÇAS, Cibele. Com Garoto, Nestlé cresce mais de 7%. **Valor Econômico**, São Paulo, 3 dez. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/6009589/com-garoto-nestle-cresce-mais-de-7>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Justiça Federal - 4ª Vara. **Procedimento Comum 2005.34.00.015042-8**. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S.A. Requerido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Juíza: Raquel Soares Chiarelli. Brasília, 19 mar. 2007. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=150180820054013400&secao=JFDF>. Acesso em 22 nov. 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: 5mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.526, de 11 de novembro de 2011**. Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor da Justiça Eleitoral e do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 20.843.096,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12526.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho decisório nº 20/2016/GAB6/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 4 out. 2016a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNXzvLy96wZ8goi1IE5K3HrNk9uedgvM5ff4IPyzvSLLo1n7bu72SJxLJBCnnLHINPtWO_OSX_uvVzWuNCFKcIz. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto vogal**: versão pública. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 18 out. 2016b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMwy5xmKNZgKAOSHRamtgyfXYAzKxV1ZMNVYlu5L0nqIOTThOpaTknH0EIzGImT3Opw5_eulHb5gAN2F02zDPM6. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Voto Vogal: versão de acesso restrito. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 18 out. 2016c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP8U38rAAmBgyRygdWx7mx_Cn5itlDyolAwXqNtVdeJRyW3QezwrlaE50Ou6lPtOab-4dHEyFauF-RQjf3U0iD9. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota técnica nº 16/2016/DEE/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016d. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-16-2016-publica-sei-0205865.pdf/view>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho decisório nº 13/2018/GAB6/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça, 2018a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMOqa56ZPPEXSBakpzoYAYi_I78AKVXrCfoLiIglDR5HfD5yIS7qWlvzyNy66IKBipE39Mjp608m-SbF-WPSJW. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário 08012.001697/2002-89**. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. Brasília, 15 mar. 2002. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpcN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Embargos Infringentes 0015018-08.2005.4.01.3400** (2005.34.00.015042-8/DF). Embargante: Chocolates Garoto S/A e outro. Embargado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 14 set. 2018b. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200534000150428&pA=200534000150428&pN=150180820054013400>. Acesso em: 15 maio 2019.

BUSHATSKY, Daniel Bushatsky. Princípio da preservação da empresa. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>. Acesso em: 5 jun. 2019.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

CUNHA, Carolina. **O controle das concentrações de empresas**. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA, Leandro Taques. Função social da empresa: conceito e aplicação. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 16, p. 19-39, maio/ jun. 2016.

FOUREAUX, André Luís de Lana. **Too big to fail?** estudo de caso do setor bancário português. 2012. 56 f. Dissertação (Mestrado em Economia Monetária, Bancária e Financeira) – Universidade do Minho, Braga, 2012.

- FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. 2014. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda. Direito antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 169.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUERRIERO, Ian Ramalho. **Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto**. 2008. 93 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- GUERRIERO, Ian Ramalho. O caso nestlé-garoto e reflexões para o uso de modelos de simulação na análise antitruste. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 38., 2010, Salvador. **Anais [...]**. Salvador, 2010. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- HARRISON, Jeffrey S.; FREEMAN, R. Edward; ABREU, Mônica Cavalcanti Sá. Stakeholder theory as an ethical approach to effective management: applying the theory to multiple contexts. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 17, n. 55, p. 858-869, abr. 2015. Disponível em: <https://rbgn.fecap.br/RBGN/article/view/2647/pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- MAIA, Guilherme Baptista da Silva. **Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos ambev e nestlé-garoto**. 2005. 218 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- PIONER, Heleno Martins; CANÊDO-PINHEIRO, Maurício. Margens de erro e eficiências em fusões. In: FIUZA, Eduardo P. S.; MOTTA, Ronaldo Seroa (coord.). **Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica**. Rio de Janeiro: Ipea, 2006. Cap. 2.
- PIRES, Andressa Borges Monteiro; XIMENES, Livia. Análise crítica da decisão do conselho administrativo de defesa econômica na fusão nestlé-garoto. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA, 15., ENCONTRO DE INICIAÇÃO À DOCÊNCIA, 15., ENCONTRO DE PESQUISADORES, 13., MOSTRA DE CIÊNCIA, ARTE E CULTURA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS – UNICHRISTUS, 2., 2019, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: Unichristus, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/xvencontronichristus/114983-ANALISE-CRITICA-DA-DECISAO-DO-CONSELHO-ADMINISTRATIVO-DE-DEFESA-ECONOMICA-NA-FUSAO-NESTLE-GAROTO>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- POSSAS, Mario Luiz. Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.
- ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável. **Scientia**

Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 64-97, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27111/21299>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira; GONÇALVES, Priscila Brólio. O CADE, a concorrência e a operação Nestlé-Garoto. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 263-278, maio 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130/40821>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste? **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 153-182, 2006.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Maranhão, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2013. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/5/pdf_2. Acesso em: 22 abr. 2018.

VARELLA, Emerson dos Santos. Preservação da empresa: princípio constitucional não escrito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 13, n. 73, fev. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220. Acesso em: 5 jun. 2019.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise previa dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 144-179, nov. 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/128>. Acesso em: 20 ago. 2018.

WERDEN, Gregory J.; FROEB, Luke M. A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of a homogeneous product. **Economic letters**, [S. l.], v. 58, n. 3, p. 367-369, mar. 1998. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.538.3602&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Como citar LEITÃO, Rômulo Guilherme; CAMINHA, Uinie; PIRES; Andressa Borges Monteiro. Chocolate com pimenta: o embate de princípios no caso nestlé-garoto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 47-63, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p47. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 02/03/2020

Aprovado em: 22/05/2020

**AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E A COMPATIBILIDADE COM O
DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

THE POSSIBILITY OF APPLYING STRUCTURING INJUNCTIONS IN
BRAZILIAN CIVIL PROCESSUAL LAW

Renata Bolzan Jauris*
Luiz Fernando Bellinetti**

Como citar: JAURIS, Renata Bolzan; BELLINETTI, Luiz Fernando. As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 64-80, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p64. ISSN: 2178-8189.

*Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNIMA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).
Email: renatajauris@gmail.com

**Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Email: luizbel@uol.com.br

Resumo: O presente trabalho trata da possibilidade de aplicação das medidas estruturantes no direito processual civil brasileiro. Com base em pesquisa bibliográfica visa identificar se o sistema normativo brasileiro, constitucional ou infraconstitucional é apto para a adoção das medidas estruturantes sem que haja afronta e contradição dentro do sistema. Para tanto, analisa os princípios constitucionais do acesso à justiça, a divisão das funções estatais, bem como os princípios da demanda e da correlação. Estuda ainda as inovações legislativas veiculadas no Código de Processo Civil de 2015, especialmente as cláusulas gerais processuais e o princípio da colaboração. Passa então ao estudo do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que trouxe importante novidade quanto a adoção explícita da técnica da utilização das medidas estruturantes para a construção das decisões.

Palavras-chave: Medidas estruturantes. Efetividade. Implementação das decisões.

Abstract: This paper explores the possibility of applying structuring injunctions in Brazilian civil procedural law. Utilizing literature review, this study explores whether the Brazilian, constitutional and infraconstitutional normative system is apt for the adoption of structuring injunctions without contradicting or affronting the current legal system. To this end, this article analyzes the constitutional principles of access to justice, the division of state functions, as well as the principles of demand and correlation. It also studies legislative innovations of the

Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, specifically the general procedural clauses and the principle of collaboration. This study then goes on to study article 21 of the Law of Introduction to Norms of Brazilian Law, which adopts explicitly the use of structural measures in the judicial decision-making process.

Keywords: Structural injunctions. Effectiveness. Implementation of decisions.

INTRODUÇÃO

As medidas estruturantes da decisão judicial são técnicas para a construção do comando decisório que, com o escopo de conferir efetividade, impõem respostas difusas ao litígio, de forma gradativa e orientada para o futuro, como forma de resolução do problema como um todo, evitando que a resposta dada ao litígio, por si, converta-se em um problema.

Com a utilização das medidas estruturantes, busca-se que a resposta jurídica dada à lide não seja inexecutável, que a concretização não traga mais transtornos que a própria negativa do direito, ou que a decisão não se converta em nada mais do que palavras ante a ineficácia social intrínseca.

Nesse contexto, importante aferir a aptidão do direito processual brasileiro para a aplicação das medidas estruturantes. Para tanto, deve-se analisar as nuances históricas e conceituais das medidas estruturantes, a adaptação do instrumento ao eixo teórico e normativo vigente, bem como o formato que as decisões estruturais deverão assumir e os tipos de decisões em que são aplicáveis. Para tanto, será analisada nesse artigo a concepção que se tem de medidas estruturantes, a compatibilidade das medidas estruturantes com os princípios que regem o processo, tais como o princípio do acesso à justiça, da demanda e da correlação, a compatibilidade com o sistema de autocontrole do poder e as previsões legais que podem albergar a adoção, dentro do sistema processual, da sistemática das medidas estruturantes.

Utilizando-se do método lógico-dedutivo, o estudo demonstra a abertura no direito brasileiro da utilização das medidas estruturantes das decisões, seja por interpretação dos princípios constitucionais, das cláusulas gerais, e até mesmo em virtude de previsão normativa expressa.

1 SOBRE AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

As medidas estruturantes¹, decisões estruturais² ou *structural injunctions*³, consistem em diretivas para a concretização de um determinado direito adjudicado, por meio de uma decisão judicial. As medidas estruturantes são o resultado da atividade do Judiciário na solução de conflitos, que ao adjudicar o direito, o faz de maneira programada, gradual e prolongada no tempo, visando conferir efetividade e, ao mesmo tempo, neutralizar os impactos econômicos, culturais e sociais ocasionados pela implementação da decisão.

Quanto a conceituação das decisões estruturais, afirma Owen Fiss (2017, p. 25):

A adjudicação⁴ é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores

1 ¹ Designação empregada por Marco Felix Jobim (2013).

2 Terminologia empregada por Sérgio Cruz Arenhart (2013).

3 Denominação utilizada por Owen Fiss (1979) na tradução (FISS, 2017, p. 83) “reforma estrutural”.

4 No sentido de atividade realizada pelo Poder Judiciário na solução de conflitos. A adjudicação, no emprego do vocábulo em língua inglesa, equivale a atribuir uma solução, dentre tantas possíveis, para a controvérsia (FISS, 2017, p. 25).

públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

As medidas estruturantes têm a sua utilização indicada para as hipóteses em que, na fixação do comando decisório, as respostas diretas e imediatas não são as mais adequadas para a efetiva resolução do conflito e tem sua utilização recomendada em conflitos que demandem respostas difusas, com imposição gradativa e orientada para o futuro.

De acordo com Marco Félix Jobim (2013, p. 90-91) a aplicação das medidas estruturantes se dá nas hipóteses em que a justiça ou não da decisão, ante o seu conteúdo material, no exercício da função contramajoritária atribuída muitas vezes ao Poder Judiciário, seja questionada socialmente, e também em decisões que, por sua natureza, são irreversíveis e, por isso, precisam ser efetivadas.

A preocupação em garantir o atendimento das decisões judiciais, sobretudo aquelas que não se restringem a condenações em pagamento, é algo que ocorre no direito norte-americano há décadas, no entanto, inegavelmente se intensificou com o surgimento de demandas que visavam afastar a violação a direitos constitucionalmente garantidos (BAUERMAN, 2012, p. 53).

A preocupação relativa a criação de mecanismos para o atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da justiça e o respeito ao Poder Judiciário se intensificou com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (BAUERMAN, 2012, p. 53-54). O *leading case* é considerado o marco das ações estruturais e gerou a alteração de paradigmas quanto à forma de julgar dos tribunais americanos; quanto à sociedade americana como um todo; e quanto à aplicação de meios executórios inovadores, dirigidos para os governantes e para a população (BAUERMAN, 2012, p. 54).

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* tratou do sistema de segregação racial conhecido como *separate but equal* o qual, na época da decisão, estava vigente há aproximadamente dois séculos e é considerado paradigmático, pois foi o marco do fim da doutrina do *separate but equal* ao reconhecer aos negros o direito de frequentarem as mesmas escolas que os brancos, alterando a interpretação dada à Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (JOBIM, 2013, p. 76-77).

Mais que um marco na luta pela igualdade racial nos Estados Unidos da América, a decisão constituiu um avanço em busca da efetividade das decisões. A Corte não se restringiu ao reconhecimento do direito dos negros de ingressarem nas escolas reservadas aos brancos, mas também determinou uma aplicação em larga escala de uma política pública de dessegregação ao abarcar, inclusive, alunos e escolas que não estavam envolvidos diretamente no caso (MORO, 2004, p. 40).

Para a formação da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, na busca de decisões fundadas na racionalidade, factíveis e efetivas, foi preciso diálogo institucional e ampliação da cognição judicial. E, mesmo diante de toda a fundamentação interdisciplinar, na

decisão proferida em 1954, a Corte não estabeleceu a forma de implementação do julgado – o que somente veio a ocorrer quase um ano depois, quando foi determinado o cumprimento pelas autoridades escolares, sob a supervisão das instâncias federais inferiores. E, a despeito de toda essa preparação para a efetivação do julgado, foi inevitável a reação maciça à implementação, principalmente por parte dos estados sulistas (MORO, 2004, p. 40-41).

Ao se preocuparem com a realidade existente no momento em que a decisão é proferida, as medidas estruturantes, privilegiam a visão do julgado como um instrumento para a efetividade:

Daí se percebe que a garantia da efetividade do provimento é uma das maiores, senão a maior, preocupação dessas decisões, que buscam privilegiar a solução mais ampla, que alcance resultados que possam beneficiar toda a coletividade, atendendo as suas necessidades (CASTELO, 2017, p. 327).

A maleabilidade, a efetivação gradual, progressiva e dialogada são características das decisões proferidas de forma estrutural eis que se baseiam na noção de que a vida social é afetada de forma significativa por decisões que promovam mudanças, especialmente quando tais mudanças envolvem valores constitucionais e, para tanto, mister se faz uma alteração prévia nos próprios arranjos institucionais existentes.

Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 355), em sentido semelhante, conceituam:

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

As medidas estruturantes visam a solução de uma lide multifacetada e que envolva a multiplicidade de interesses, saindo da formatação bipolarizada do litígio tradicional, para uma lógica em que há multiplicidade de sujeitos e formação de diversos núcleos de posições e opiniões, pontos de vista concorrentes ou divergentes (ARENHART, 2017, p. 425-426).

Diante de tais características, nota-se que há uma inadequação da estrutura processual tradicionalmente prevista para lidar com o processo estrutural. As raízes liberais que marcam a estrutura do processo traçam a atuação do magistrado unicamente nos estritos termos da legislação, porém, a realidade econômica e social gera o surgimento de questões mais complexas. A necessidade de adequação no plano processual, a alteração dos parâmetros tradicionais, a maleabilidade ao magistrado são consectários da resolução das lides mais complexas para que se alcance a efetividade.

2 AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Os principais óbices, apontados pela doutrina, à aplicação das medidas estruturantes existentes no processo civil brasileiro, são os limites impostos pelo princípio da demanda, a inadequação das medidas estruturantes ao sistema de controle do poder estatal e a ausência de previsão normativa, no sistema brasileiro, suficiente para lastrear a aplicação do instituto.

É inegável que o direito processual civil brasileiro se assenta numa perspectiva individualista, razão pela qual os estudos e conceitos dos principais institutos tem como arcabouço o processo individual. No entanto, a visão de processo pautada nos clássicos valores liberais, com promessas de tutelas jurisdicionais vocacionadas ao princípio da demanda e a estreita correlação entre o pedido e a sentença, a despeito de satisfatória na resolução dos litígios individuais e que envolvam tão somente o direito privado, mostra-se distanciada da realidade social.

Quando surge a necessidade de que o processo seja meio de assegurar o exercício em concreto de importantes direitos fundamentais e, conseqüentemente ser meio de inserção de indivíduos na vida social, esse processo com raízes liberais mostra-se inadequado e distante da relação com os direitos materiais. As medidas estruturantes surgem justamente como uma das maneiras de conciliar as necessidades sociais de efetivação com a visão liberalista do processo.

2.1 Do princípio da demanda

Reflexo do processo pautado em uma visão liberal, tem-se o princípio da demanda. Também conhecido como princípio da adstrição, este princípio traz em si a ideia de que é o autor quem decide contra quem litigará, o que pedirá contra o seu adversário e ainda com fundamento em qual causa de pedir, deduzirá a pretensão. Do princípio da correlação ou da congruência, a seu turno, como uma consequência do princípio da demanda, infere-se que ao magistrado é defeso proferir sentença *ultra, extra* ou *citra petita*, ou seja, dar ao autor mais do que ele pediu, algo diverso do que ele pediu, ou eximir-se de julgar o pedido ou algum dos pedidos (BENEDUZI, 2016, p. 292-293).

Os princípios da demanda e da correlação estão previstos nos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil que também traz a consequência para o desrespeito a tais princípios, qual seja, a nulidade da sentença que concede a mais ou diferente daquilo que foi pedido, que está fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, que atinge terceiros que não participaram do processo, ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes (NEVES, 2016, p. 762-763).

Os princípios da adstrição e da congruência, a despeito de terem seu fundamento nas garantias do contraditório e da ampla defesa, comportam exceções: nos pedidos implícitos quando ao juiz é dado conceder aquilo que não está expressamente pedido pelo autor; nos casos em que se aplica a fungibilidade, tais como nas ações possessórias e cautelares em que se permite ao magistrado conceder tutela diversa daquela requerida; e, nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer, desde que a tutela gere um resultado prático equivalente ao

do adimplemento da obrigação (NEVES, 2016, p. 764).

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 249), afirmava que para a efetiva tutela dos direitos era necessário dar mais poderes ao juiz, com fins na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, em face da superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.

Diante da multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio estrutural e da intervenção judicial voltada para alcançar metas de natureza continuada e que possam ser continuamente revistas não se pode conceber a causa de pedir como completamente delineada eis que baseada, muitas vezes, numa prospectiva do porvir.

Nas ações estruturais as necessidades de proteção são mutáveis, e o que é suficiente e compatível em um determinado momento, muito frequentemente, poderá não ser em outra ocasião (ARENHART, 2013, p. 389-410). Assim, é muito difícil que o autor da demanda possa, já ao redigir a petição inicial, ter a exata dimensão daquilo que no futuro será necessário para atender, de forma adequada, o direito protegido. Ainda que o autor consiga antecipar completamente as necessidades de proteção do direito tutelado, aferir que estas medidas foram suficientes somente será possível ao final do processo. A atenuação do princípio da demanda, desta feita, é necessária para a construção das medidas estruturantes.

De acordo com Owen Fiss (2017, p. 41) o modelo estrutural envolve o distanciamento de um modelo ideal, de um protótipo ou ação judicial “modelo”, de uma forma ideal com qual todas as ações judiciais serão comparadas, pois o modelo existe como parte de uma tríade individualista. A lógica processual inerente às ações estruturantes, portanto, não se coaduna a uma interpretação restrita do princípio da congruência e da adstrição:

A decisão estrutural que se quer impor por meio da atenuação do princípio da demanda supera o formalismo processual, dado seu caráter instrumental. Têm elas como objetivo maior, ao ir de encontro com a conhecida burocracia estatal, não apenas eliminar as mais variadas violações a direitos mas também efetivar valores tão caros e fundamentais à sociedade, que normalmente são negligenciados pelo poder público. Essas decisões judiciais querem reestruturar determinadas entidades estatais para convertê-las de acordo com a Constituição. E é exatamente nessa órbita de ideias que deverá o operador do direito transitar, isto é, a de que o processo civil somente produzirá legítimas decisões se estiver de acordo não apenas com o direito infraconstitucional mas também e, principalmente, com os valores e direitos fundamentais incorporados pela Constituição Federal (PINTO, 2017, p. 386).

Uma decisão principal, numa ação estrutural, ensejará o surgimento e a sucessão de outras decisões as quais somente podem ser tomadas dependendo do resultado do cumprimento das decisões anteriores. Não há como imaginar que as medidas estruturantes se submetam rigidamente aos princípios da demanda e da correlação⁵ ante a fluidez, mutabilidade e complexidade dos litígios

⁵ De acordo Renato Beneduzi (2016, p. 292-293) o princípio da demanda, também conhecido como princípio da

que as envolvem⁶. O direito a obtenção da solução de mérito das demandas não deve ser entendido apenas como o direito à solução do problema em abstrato, mas como direito a que o provimento jurisdicional seja apto a transformar realidade. Nas ações estruturais, o alcance das mudanças e até mesmo as mudanças que lhes são caras, são mutáveis, fluidas, incompatíveis com o princípio da demanda e da correlação rigidamente estabelecidos.

A adequação das medidas estruturantes no processo tradicional exige que os princípios da demanda e da correlação sejam apreciados de forma maleável⁷, pois apenas o bem da vida protegido é que pode ser delineado *prima facie*, sem que sejam descritos o provimento jurisdicional pretendido, todas as pessoas atingidas pela ordem e todos os fatos que envolvem a causa de pedir. Desta feita, considera-se que há mitigação a tais princípios e a mitigação é tolerada pelo direito processual ante a primazia da efetividade.

2.2 Sistema de autocontrole e medidas estruturantes

É inquestionável a necessidade de um sistema de autocontrole do poder à medida em que é crucial prevenir o arbítrio e proteger a liberdade, sem podar o pleno desenvolvimento individual e social. A divisão baseada nas funções estatais de legislar, administrar e julgar, não implica em necessidade de uma separação estanque entre os poderes, mas sim em desmembramento das funções, que surge, inclusive, como um dos principais mecanismos de controle.

Uma das finalidades do sistema de separação de poderes é conferir caráter democrático do Estado e a liberdade dos indivíduos. Ocorre que as plenas liberdades ficaram restritas a poucos ao passo que criou-se uma sociedade imiscuída por injustiças sociais. Nota-se, portanto, que “esse sistema falhou fragorosamente em suas finalidades, levando a uma profunda reflexão com vistas ao seu aperfeiçoamento” (BELLINETTI, 1997, p. 167) e, tal aperfeiçoamento deve se dar justamente através da ampliação dos meios de controle da sociedade sobre o poder estatal.

Em nível organizativo do Estado, a repartição do exercício das funções, tem como adstrição, preconiza que é o autor quem decide contra quem litigará, o que pedirá contra o seu adversário e ainda com fundamento em qual causa de pedir, deduzirá a pretensão. O autor afirma ainda que o princípio da correlação ou da congruência, sendo uma consequência do princípio da demanda, implica ao magistrado a proibição de proferir sentença ultra, extra ou citra petita, ou seja, dar ao autor mais do que ele pediu, algo diverso do que ele pediu, ou eximir-se de julgar o pedido ou algum dos pedidos.

6 Sobre a especificidade do processo estrutural é importante a posição de Marco Félix Jobim (2017, p. 459) que defende a existência de uma teoria do processo ou litígio estrutural: “Acredito que, nesse momento ainda de reflexão, tendo a responder que não, ou seja, o processo estrutural, em que pese poder se utilizar dos institutos inerentes aos processos coletivos em geral e ao processo civil, deve, até em razão de se apresentar como algo ainda muito novo em solo brasileiro, ter uma base teórica própria, que possa responder aquela pergunta inicialmente feita e que causa extrema angústia àqueles que se dedicam a pensar sobre o tempo, assim como outras, como: o Poder Judiciário pode implementar técnicas sem agredir a teoria da tripartição dos poderes? Não é conceder demasiado poder aos juízes a possibilidade de expedir técnicas estruturantes? Talvez as respostas passem pela construção de uma teoria própria ao litígio estrutural”.

7 O Código de Processo Civil traz a previsão dos princípios da demanda e da correlação nos artigos 141 e 492 e a consequência para o desrespeito a tais princípios é a nulidade da sentença que concede mais ou diferente do que foi pedido, que está fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, que atinge terceiros que não participaram do processo, ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes (NEVES, 2016, p. 762-763). Ocorre que a despeito dos princípios da adstrição e da congruência terem seu fundamento nas garantias do contraditório e ampla defesa, comportam exceções, tais como nos pedidos implícitos quando ao juiz é dado conceder aquilo que não está expressamente pedido pelo autor; nos casos em que se aplica a fungibilidade, tais como nas ações possessórias e cautelares em que se permite ao magistrado conceder tutela diversa daquela requerida; e, nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer, desde que a tutela gere um resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação (NEVES, 2016, p. 764).

finalidade a criação de um exercício moderado e controlado das funções estatais. Ocorre que as funções estatais politicamente relevantes se desenvolvem em inúmeros setores e surgem sempre sob novos formatos. Assim, o controle do exercício dessas funções, igualmente, precisa assumir novas formas (ZIPPELIUS, 1997, p. 401).

Em face da visão do poder do Estado como uno e indivisível e da divisão de funções na organização estatal entre o Judiciário, Executivo e Legislativo não como separação entre poderes, mas sim como uma divisão pragmática, nota-se a consonância entre as medidas estruturantes da decisão judicial e a ideia de divisão das funções para aperfeiçoamento do autocontrole do poder estatal.

A divisão das funções estatais passa a ser vista como interpenetração entre as funções e não em efetiva separação. De tal modo, pode-se considerar que nas medidas estruturantes das decisões judiciais, quando se fala na aplicação em face do poder público, não significa que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo das funções do Poder Executivo ou até nas do Legislativo, mas sim que está em pauta dos mecanismos de controle do poder estatal, assim, com perfeita adequação ao sistema constitucional. Obtempere-se que o Supremo Tribunal Federal tem decidido⁸ que o argumento de ofensa à “separação” dos poderes não é justificativa capaz de afastar a possibilidade do Poder Judiciário apreciar pretensão que examine direito fundamental social.

Assim, o que se observa é que as medidas estruturantes representam, a seu turno, um formato diferenciado e aprimorado do controle das funções estatais.

2.3 Previsão normativa das medidas estruturantes no direito brasileiro

O acesso à justiça – que conta com previsão constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988, através da redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – erige, por meio de uma cláusula aberta de controle judicial, como garantia fundamental a inafastabilidade da jurisdição, o que assegura o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

O artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015 repete a redação constitucional e consagra a mesma perspectiva, num viés processual, o que garante que qualquer cidadão tem direito a que a sua pretensão seja analisada pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2015a). Acrescentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 108-109) que, na redação desse dispositivo, o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de explicitar o sentido do acesso à justiça como direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. E, em outro termo, de forma explícita, nos parágrafos, procurou estabelecer um sistema de justiça multiportas no Brasil, buscando adaptar a prestação da justiça às especificidades do direito material.

O acesso à justiça deve ser visto, sobretudo, sob um espectro qualitativo, no sentido de se garantir efetividade à tutela dos direitos. Nesse sentido, fala-se no uso planejado do princípio do

8 Recurso Extraordinário 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13.08.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. (BRASIL, 2015b).

acesso à justiça, visando conferir uma tutela universal, material e efetiva a direitos que vêm sendo desrespeitados ou negados (VICENZA; ALVES; REZENDE; 2016, p. 222).

Grande enfoque deve ser conferido, portanto, às formas de tutela jurisdicional adequadas e aos consectários processuais. Assim, a obtenção de resultados legítimos e eficientes para o cidadão que busca o acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático é primordial a partir da percepção dos impactos que têm as concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual (NUNES, 2012, p. 258). O Estado deixa de ser visto apenas como protetor dos direitos fundamentais, e passa assumir o papel de ente que age positivamente no sentido de promovê-los.

A necessidade de implementação da tutela adequada aos direitos faz com que as medidas estruturantes das decisões judiciais, entendidas estas como mecanismos de busca da tutela adequada ao direito, desta feita, sigam ao encontro da visão que se deve ter de acesso à justiça, seja através da busca de soluções do direito material controvertido em casos paradigmáticos, bem como de soluções de implementação em litígios estratégicos.

O processo passa a ser visto como a estrutura de formação das decisões e de promoção dos direitos fundamentais. Assim, é preciso reconhecer a importância da estrutura multifacetada, coparticipativa e policêntrica que deve ser conferida ao processo, típica do processo estrutural, como algo essencial para a efetividade das decisões e conseqüente concretização do acesso à justiça.

A seu turno, o Código de Processo Civil de 2015, oferece guarida para as medidas estruturantes ao passo que, em seu texto, consagra cláusulas gerais as quais conferem mobilidade ao sistema legal. As cláusulas gerais têm função instrumental, eis que vivificam o conteúdo da norma e abrandam a rigidez conceitual (NERY JÚNIOR; NERY, 2017, p. 292-293) e assim o conteúdo valorativo de uma norma poderá se adaptar às necessidades e mudanças sociais.

A abertura semântica conferida ao órgão julgador, diante da presença, por exemplo, das cláusulas gerais executivas (artigo 139, IV, artigo 297 e artigo 536, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015), do poder geral de cautela (artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015), da cláusula geral do abuso do direito do exequente (artigo 805 do Código de Processo Civil de 2015), da cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (artigo 723, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015) e da cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (artigo 3º, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015), já possibilitam por si, a utilização das medidas estruturantes como forma de efetivação da decisão judicial (BRASIL, 2015a).

O Código de Processo Civil de 2015, ao inserir como cláusula geral, no artigo 6º, a colaboração, instituiu como linhas centrais para a organização do processo a construção de um modelo cooperativo, baseado no princípio da colaboração. A colaboração, como modelo e como princípio, portanto, passa a formar um eixo sistemático a partir do qual o processo justo se estrutura, o que gera uma mudança epistemológica quanto à visão do processo (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 146).

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 148-150) a colaboração, vista como modelo, se compõe a partir de pressupostos culturais que podem ser concebidos sob os ângulos social, lógico e ético: para o ângulo social a sociedade é vista como um empreendimento de cooperação entre os seus membros, para a obtenção de proveito mútuo e do Estado como ente vocacionado a promover a tutela dos direitos; sob o ângulo lógico, a colaboração faz com que as normas jurídicas sejam vistas como o resultado da colaboração entre o legislador e o juiz; e, sob o prisma ético, o processo colaborativo seria um processo orientado pela busca da verdade. Assim, o processo colaborativo, deixa espaço para a alteração da postura dos magistrados na própria maneira de conduzir o processo:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, fá-lo de maneira dialogal (art. 139, CPC). Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda a praxe do *jus commune*) (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 149).*

A decisão judicial passa a ser entendida como o produto de um efetivo diálogo numa comunidade de trabalho formada por todos os sujeitos do processo, e não mais algo elaborado de forma solitária pelo juiz:

A gestão do procedimento de elaboração da decisão judicial é difusa, já que o provimento é o resultado da manifestação de vários núcleos de participação, ao mesmo tempo em que os sujeitos processuais – inclusive as partes – cooperam com a condução do processo (policentrismo processual) (FRANCO, 2015, p. 113).

A consagração da cláusula geral de negociação processual, resultante da adoção de um modelo cooperativo de processo, gera reflexos positivos para a aceitação da aplicabilidade, no direito brasileiro, das medidas estruturantes das decisões judiciais. Marco Félix Jobim (2013, p. 197), afirmou, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que o artigo 461 também seria um permissivo legal para a estruturação das decisões judiciais pois prevê a prevalência da tutela específica das obrigações ou a concessão de providências que assegurem resultado prático equivalente nas ações que tenham por objeto as prestações de fazer ou não fazer. Observe-se da redação dos artigos 497, 499 e 500 do Código de Processo Civil de 2015 que o legislador repetiu a preferência pela tutela específica ou equivalente ao resultado prático e, portanto, manteve o permissivo enumerado por Marco Félix Jobim.

O processo estrutural se manifesta com nuances próprias, diferenciadas das nuances liberais que permeiam o Processo Civil brasileiro e, a despeito das inovações legislativas elencadas,

o mais importante é o indicativo de mudança epistemológica.

Nesse sentido, um grande avanço que se pode observar quanto a possibilidade de aplicação no direito brasileiro das medidas estruturantes, é a inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018) que inclui dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 1942). Esta lei trouxe a previsão expressa da necessidade de que as decisões que decretem a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indiquem de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas, bem como as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, sem que se imponha aos sujeitos envolvidos ônus ou perdas anormais. Trata-se de evidente comando normativo em que o julgador é obrigado a aplicar as medidas estruturantes nas decisões.

Obtempere que o emprego do processo estrutural nem sempre surge em razão da necessidade de solucionar uma lide complexa. O valor constitucional protegido pela ação (proteção ao meio ambiente e saúde, nas hipóteses) em si não é controvertido ou representa um avanço de mentalidade quanto à interpretação de direitos fundamentais, porém, a lide exige a aplicação da estruturação, não pelo reconhecimento do direito em si, mas pelos impactos sociais da implementação. O processo estrutural aqui buscou a efetividade dos direitos fundamentais diante da identificação das falhas estruturais presentes no mecanismo de proteção a tais direitos, tentando corrigir os equívocos geradores de agressão, *in casu*, ao meio ambiente e saúde.

Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 389-410) afirma que as decisões estruturais “são uma necessidade para qualquer sistema processual em que se admita a intervenção em políticas públicas ou grandes inserções em relações privadas. Assim, o campo de aplicação das decisões estruturais, a despeito de ser mais fértil na seara que envolve o direito público, a ele não se restringe.

Algumas manifestações legislativas que exemplificam a aplicabilidade das medidas estruturantes no campo do direito privado foram compiladas por Sérgio Cruz Arenhart (2013):

No campo privado, aliás, há norma expressa que admite a criação de decisões microinstitucionais. Especificamente para a tutela do direito à concorrência, a Lei n. 12.529/11 (mas, mesmo antes dela, a Lei n. 8.884/94) contém diversos instrumentos que, judicial ou extrajudicialmente, autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões. Assim, por exemplo, o art. 38, inc. VII, dessa lei (e, de modo idêntico, o faz o art.61, § 2º, inc. VI), prevê como sanção à prática de atos que violam a ordem econômica a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”. O art. 52, da lei, a seu turno, estabelece que “o cumprimento das decisões do Tribunal [administrativo] e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal”. Enfim, prevê a lei, em diversos dispositivos (arts. 96 e 102 a 111), a possibilidade de intervenção judicial em empresa, que poderá ter seu papel limitado ao acompanhamento do cumprimento da decisão jurisdicional, ou ter função mais ampla, chegando até ao extremo de

legitimar o interventor a assumir a administração da empresa (art. 107, § 2º, da lei) (ARENHART, 2013, p. 389-410)

Em outro giro, dentre os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que empregaram as medidas estruturantes, Marco Félix Jobim (2013, p. 165-171) destaca as ações que envolvem a demarcação das terras indígenas conhecida como caso Raposa Serra do Sol⁹, e o mandado de injunção que discute o direito constitucional de greve dos servidores públicos civis¹⁰.

Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 221) aponta como um protótipo de processo estrutural no direito brasileiro as decisões que outorgam determinado medicamento a doentes necessitados e fixam, fora dos liames definidos pelo pedido, condições e limites para o fornecimento e que – inobstante tratem-se de sentença condicional, portanto, nula às vistas do processo clássico – a necessidade de comprovação posterior da necessidade do medicamento é consectário lógico; bem como as hipóteses de ação coletiva ambiental, em que os magistrados têm condicionado a modificação na área afetada a prévia manifestação ou orientação do órgão ambiental competente, ou, ainda a de condicionar a prática de certos atos à prévia autorização do órgão ambiental de fiscalização¹¹.

Nota-se, portanto, que o direito brasileiro demonstra abertura para a aplicação das medidas estruturantes, tanto em âmbito constitucional quanto na legislação infraconstitucional, não apenas nas hipóteses de litígios estratégicos ou de impacto, ou nas hipóteses em que a divergência quanto ao tema na sociedade é intensa, o que impediria uma solução única, pronta e acabada, mas também quando através do processo, busca-se a identificação das falhas estruturais nos mecanismos de outorga dos direitos fundamentais.

O que se observa, portanto, é uma mudança de eixo estrutural do processo civil, e do próprio direito brasileiro, em que se verifica o Processo Estrutural como técnica idônea para a construção, implementação e efetivação das decisões judiciais, seja através da previsão constitucional do acesso à justiça, da possibilidade de utilização das medidas estruturantes como forma de aperfeiçoamento ao sistema de autocontrole da administração, bem como da estrutura colaborativa formada pelas cláusulas gerais inseridas no Código de Processo Civil de 2015, e da previsão expressa inserida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

9 Trata-se da ação popular tombada sob o número 3.388/RR, inteiro teor disponível em Brasil (2019). No caso Raposa Serra do Sol, quanto as medidas estruturantes, o que importa é a parte pertinente ao voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que por técnica de decisão passou a fazer parte integrante do acórdão, especialmente quanto a imposição das 18 (dezoito) restrições ao exercício do direito dos indígenas, as quais constam do comando decisório do referido voto.

10 Refere-se ao Mandado de Injunção tombado sob o número 708, ementa disponível em Brasil (2008).

11 A aplicação do processo estrutural nas ações que discutem proteção ao meio ambiente é exemplificada através da ação civil pública (autos nº 93.8000533-4) ajuizado na Justiça Federal de Criciúma que na sentença impôs aos réus oferecer, em seis meses, um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, compreendendo as mais diversas obras para o fim de amenizar os danos sofridos pela população dos municípios em que ocorriam a extração e beneficiamento do carvão. Foram determinadas ainda multa coercitiva, impostas medidas de sub-rogação, bem como a obrigação das mineradoras adequarem a conduta às normas de proteção ambiental. Aos órgãos de fiscalização de mineração e de proteção ambiental foi determinado o dever de apresentar relatórios circunstanciados da fiscalização em todas as minas da região. O Ministério Público teria o dever de opinar quanto aos relatórios apresentados, os quais deveriam ser submetidos ao crivo do Judiciário (ARENHART, 2015, p. 222).

CONCLUSÃO

Uma sociedade complexa e em intensa transformação, faz com que surjam conflitos igualmente complexos e mutáveis. Nesse contexto, o Direito precisa trazer soluções a tais conflitos, e soluções que sejam efetivas. A estrutura processual tradicional, de raízes liberais e individualistas mostra-se insuficiente para tratar tais conflitos.

Nesse contexto, surgem as medidas estruturantes, que consistem em diretivas para a concretização de um direito adjudicado através de uma decisão judicial que o faz de forma programada, gradual e prolongada no tempo, visando conferir efetividade e adequação à realidade econômica, social e cultural.

Técnicas processuais tradicionais e lineares passam a ser insuficientes e mostram-se pouco adequadas para a resolução efetiva das novas demandas. Direito fluidos e complexos exigem adaptação de procedimentos e condutas. Assim, pode-se notar que nem todo sistema processual civil está apto para acomodar as medidas estruturantes. Desta feita, o que se pretendeu demonstrar, no presente artigo, é que sistema processual civil brasileiro está apto para o emprego das decisões estruturantes.

O direito brasileiro demonstra abertura para a aplicação das medidas estruturantes, tanto em âmbito constitucional quanto na legislação infraconstitucional, não apenas nas hipóteses de litígios estratégicos ou de impacto, ou nas hipóteses em que a divergência quanto ao tema na sociedade é intensa, o que impediria uma solução única, pronta e acabada, mas também quando através do processo, busca-se a identificação das falhas estruturais nos mecanismos de outorga dos direitos fundamentais.

O acesso à justiça, constitucionalmente consagrado, e ainda a abertura interpretativa dada através das cláusulas gerais previstas no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a), e de dispositivos infraconstitucionais, tais como o artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), formam importante arcabouço para a adequação do processo estrutural ao direito brasileiro.

Ao erigir como modelo e princípio a colaboração, um dos pilares sob os quais se pauta o processo gerencial, passou-se a ter a participação e colaboração dos sujeitos processuais como essenciais à formação da decisão judicial, nota marcante do processo estrutural.

O artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), por sua vez, estabelece como poder-dever ao magistrado a indicação das consequências jurídicas da decisão e a forma de efetivação equânime sem prejuízo dos interesses gerais, em uma clara referência à doutrina das medidas estruturantes.

Assim, conclui-se que, além do permissivo constitucional e da mudança do eixo epistemológico ocorrida com a abertura dada pelas cláusulas gerais, o direito brasileiro tem ainda dispositivos infraconstitucionais, que albergam e recomendam aplicação das medidas estruturantes como técnica de construção dos comandos decisórios.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>. Acesso em: 29 abr. 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [S. l.], v. 2, p. 211-232, 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 28 de abr. 2017.
- BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro**. 1997. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.
- BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários do código de processo civil: artigos 70 ao 187**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 5 abr. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 abr. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 5 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI681136**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 21 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388**. Reclamante: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Roraima, 19 mar. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul**.

Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 ago. 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 27 abr. 2017.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 274, n. 42, p. 317-342, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368.

FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 93, 1979.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 247, n. 40, p. 105-136, set. 2015.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Processo civil**: leituras complementares. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários do código de processo civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil** comentado artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 245-276.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, n. 42. p. 369-402, set. 2017.

VINCENZI, Brunela; ALVES, Gustavo Silva; REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth. **Direito & Paz**, São Paulo, Ano XVIII, n. 34, p. 209-236,

2016.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Como citar: JAURIS, Renata Bolzan; BELLINETTI, Luiz Fernando. As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 64-80, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p64. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 04/11/2019

Aprovado em: 09/04/2020

O DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA E EM TEMPO RAZOÁVEL E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

THE RIGHT TO EFFECTIVE AND REASONABLE JUSTICE AND THE PACT OF SAN JOSÉ OF COSTA RICA IN REGARDS TO THE PROTECTION OF HEALTH

Juliane Caravieri Martins*
Igor Vinícius de Lima Afonso**

* Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Doutora em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas (UBC). Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Email: julianecaravieri@gmail.com

**Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional (DAMASIO). Bacharel em Direito pela Universidade de Patos de Minas (UNIPAM). Email: igorlimaafonso@gmail.com

Como citar MARTINS, Juliane Caravieri; AFONSO, Igor Vinícius de Lima. O direito e acesso à justiça efetiva e em tempo razoável e o pacto e san-josé da costa rica na proteção do direito à saúde. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p.81-100, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p81. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Esta pesquisa analisou o direito de acesso à justiça – tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável - sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e das normas constitucionais brasileiras, verificando o seu impacto na proteção do direito à saúde no intuito de concretizar a justiça social. Questionou-se se este Pacto contribuiu para a concretização da tutela jurisdicional mais efetiva e em tempo razoável do direito à saúde dos cidadãos brasileiros. Como resultados, observou-se que o referido tratado internacional contribuiu para a promoção do direito à saúde no Brasil ao permitir ao cidadão, mediante o fenômeno da judicialização de políticas públicas, o acesso à tutela jurisdicional mais justa e efetiva.

Palavras Chave: Convenção Americana de Direitos Humanos. Garantias judiciais. Acesso à justiça. Saúde.

Abstract: This research examines the right of access to justice – fair, effective and timely judicial protection – from the perspective of the American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San José of Costa Rica, and Brazilian constitutional norms, verifying whether they protected the right to health in order to realize social justice. Furthermore, this study questions whether this Pact contributed to the protection of the right to health for Brazilians. In other words, this paper investigates if this international treaty contributed to the promotion of the right

to health in Brazil by allowing citizens, through the phenomenon of judicialization of public policies, access to fairer and more effective judicial protection.

Keywords: American Convention on Human Rights. Judicial guarantees. Access to justice. Health.

INTRODUÇÃO

É parte da cura o desejo de ser curado

Lúcio Aneu Sêneca
(4 a.C. - 65 d.C.)

Desde tempos remotos da vida em sociedade, a concepção de justiça se apresenta como aspiração do ser humano, principalmente na contemporaneidade em que ganharam evidência a necessidade de sua concretização sob um viés distributivo e, indo mais além, social. A Constituição brasileira de 1988 destacou, no seu Preâmbulo, a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos, salvaguardando o exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Para garantir um convívio social equilibrado numa sociedade de massas, é necessário que o Poder Judiciário esteja comprometido com valores ético-jurídicos, de maneira que os cidadãos tenham acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável.

Além disso, como integrante do plexo de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969) - Pacto de San José da Costa - foi ratificada pelo Brasil, integrando a ordem jurídica pátria na condição de norma materialmente constitucional, tendo aplicação imediata (art. 5º, §§ 2º e 3º, CF). Tal Pacto dispõe sobre *garantias judiciais* (art. 8º, §1º), em especial o acesso à justiça, prevendo, ainda, a *proteção judicial* (art. 25) ao permitir a impetração de recursos pelos cidadãos em atendimento ao duplo grau de jurisdição e a duração razoável do processo.

Nesse contexto, o Poder Judiciário estatal deverá promover, de forma menos gravosa aos cidadãos, a resolução dos conflitos sociais mediante a prestação de uma tutela jurisdicional *justa, efetiva e em tempo razoável* no intuito de concretizar a justiça social, sobretudo ante o basilar e indispensável direito à saúde. Portanto, a fim de fortalecer o Estado Democrático e Social de Direito no Brasil, é imperiosa a análise da *Convenção Americana de Direitos Humanos* e seu impacto na ordem jurídica pátria, visando à efetivação das normas constitucionais com fulcro, no presente estudo, do direito à saúde.

Então, o problema desta pesquisa será averiguar se a *Convenção Americana de Direitos Humanos* contribuiu, nestes cinquenta anos de sua vigência no subsistema regional de proteção aos direitos humanos, para a tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável do direito à saúde garantido na Carta Constitucional brasileira (arts. 6º e 196, CF), sobretudo ante as *garantias e proteções judiciais* previstas neste tratado internacional que foram incorporadas no sistema jurídico nacional. Como metodologia científica, a pesquisa utilizou os métodos dialético e histórico-sociológico. Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfico-exploratória.

Do ponto de vista formal e didático, o presente estudo foi dividido em quatro partes: primeiramente, buscou-se compreender a concepção de justiça, analisando criticamente as justiças distributiva e social; posteriormente, analisou-se a *Convenção Americana de Direitos Humanos* - Pacto de San José da Costa Rica e o direito de acesso à justiça efetiva e em tempo razoável nele

previsto; no terceiro tópico, apreendeu-se o direito de acesso à justiça efetiva e em tempo razoável na ordem constitucional brasileira e, por fim, adentrou-se na tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável para a garantia do direito à saúde dos cidadãos brasileiros, tendo como diretriz os preceitos contidos no Pacto de San José da Costa Rica.

Logo, esta pesquisa objetivou contribuir para as discussões atualíssimas sobre o *Cinquentenário do Pacto de San José da Costa Rica* e sua contribuição para a concretização no Brasil da prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável para a proteção do direito à saúde com vistas ao atingimento mais pleno da justiça social.

1 DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA À JUSTIÇA SOCIAL – ALGUMAS REFLEXÕES

Na contemporaneidade, os seres humanos estão envoltos em relações sociais, políticas e econômicas cada vez mais complexas que necessitam de expressiva regulação pelo direito a fim de se buscar a solução pacífica para os conflitos e a convivência mais harmônica na sociedade pautada em valores éticos mínimos e essenciais. Nesse contexto, a ideia de justiça se apresenta como valor fundamental para o sistema jurídico porque “a justiça é ideia específica do direito. Está refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção” (ROSS, 2008, p. 313).

Como a sociedade e o próprio Direito estão em constante transformação desde seus primórdios, aprimorando o “justo” e o “adequado”, a concepção de justiça também esteve em reconstrução ao longo dos séculos. No *Praecepta Juris*, Ulpiano (150-223) entendeu a justiça como “a vontade firme e constante de dar a cada um o seu direito” (*iustia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) a qual se concretizaria mediante a realização de deveres impostos aos seres humanos pelo próprio direito, a saber: “viver honestamente”, “não lesar o outro”, “dar a cada um o que é seu” (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) (MARKY, 2010).

“Viver honestamente” dependerá do conceito que se tem *a priori* de honestidade numa determinada sociedade ou situação fática. “Não lesar o outro” dependerá de uma definição mais precisa da extensão e do conteúdo da lesão e quais bens foram afetados. Finalmente, “dar a cada um o que é seu” estará atrelado ao patrimônio material ou imaterial pertencente a cada indivíduo, segundo suas condições e características pessoais. Tais preceitos apontavam as dificuldades em se delimitar o significado, o conteúdo e o alcance da ideia de justiça (MARKY, 2010).

Aristóteles já identificava a justiça como completa virtude e excelência, pois “cada homem julga bem as coisas que conhece, e desses assuntos ele é bom juiz. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução a respeito de todas as coisas é bom juiz em geral” (ARISTÓTELES, 2006, p. 19). No exercício do ato de julgar, as ações devem objetivar o bem supremo dos cidadãos da *pólis*, pois, para o pensamento aristotélico, a justiça era a completa virtude advinda do hábito. Para o exercício desta virtude, seria necessário conhecer, julgar, ponderar, discernir, calcular e deliberar.

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. [...] Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa (ARISTÓTELES, 2006, p. 103-105).

Assim, a virtude aparece como elemento intrínseco do ser humano que, naturalmente, buscaria o bem. Como a virtude é uma faculdade prática, construída pelo hábito, necessariamente implica numa ação, num agir humano, numa disposição de caráter em busca de uma mediania. Então, é através dessa ação que se concretiza a virtude humana de fazer o *bem* e o *justo* em relação ao seu semelhante. Logo, a justiça seria a virtude mais completa, pois “[...] somente a justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem de um outro’, pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante, ou de um membro da comunidade” (ARISTÓTELES, 2006, p. 105).

Portanto, Aristóteles entende que a justiça é a disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, agir justamente e desejar o justo, pois o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, logo, ele aponta a existência de, basicamente, duas espécies de justiça: *a distributiva* e *a corretiva ou reparadora*.

A *justiça distributiva* pressuporia uma distribuição de honras, bens ou de qualquer outra coisa divisível entre os membros da sociedade segundo uma igualdade proporcional. Assim, na distribuição de vantagens e encargos se consideraria a situação particular e o mérito de cada um, em respeito ao princípio jurídico da isonomia. Portanto, o justo seria proporcional e o injusto violaria a proporção. Logo, segundo Aristóteles (2006, p. 111), no caso do injusto “[...] um dos termos se torna grande demais e o outro muito pequeno, como efetivamente acontece na prática, pois o homem que age injustamente fica com uma parte muito grande daquilo que é bom, e o que é injustamente tratado fica com uma parte muito pequena”.

Por sua vez, a *justiça corretiva, reparadora ou comutativa* estaria presente nas transações voluntárias e involuntárias, apresentando caráter reparador, pois seria a virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos pressupostamente iguais entre si. Esta forma de justiça estaria mais relacionada aos casos em que uma pessoa pediria reparação ao receber uma ofensa de outra pessoa. Tal justiça se destinaria aos objetos, pois seria “[...] o meio-termo entre perda e ganho” (ARISTÓTELES, 2006, p. 110).

A partir de tais preceitos aristotélicos, a ideia de *justiça distributiva* ganhou evidência na contemporaneidade porque pressuporia a distribuição de benefícios entre os membros de uma sociedade ou da comunidade internacional segundo o mérito e as necessidades de cada um (povos, nações, Estados etc.), pautando-se em normas de cooperação e solidariedade.

Então, à luz do processo de “reconstrução” dos direitos humanos em nível internacional e nacional após meados do século XX com o término da Segunda Guerra Mundial, o direito se pautou

mais na busca pela efetivação da *justiça distributiva*, pois atenderia a “[...] melhor distribuição possível dos bens, dos direitos e dos deveres entre os homens” (BERGEL, 2006, p. 26). Não se pode olvidar que onde está a sociedade, estará o direito e não há nenhuma atividade social desprovida de regulamentação jurídica (*ubi societas, ibi jus; ibi jus ibi societas*), pois “é certo que o direito se apodera do homem desde antes de seu nascimento e o mantém sob sua proteção até depois de sua morte” (RÁO, 2005, p. 51).

Entretanto, com o aprofundamento das desigualdades socioeconômicas a partir do capitalismo industrial, a concepção de justiça distributiva se mostrou insuficiente para atender aos anseios sociais pelo direito e, na atualidade, deve-se ir mais além buscando a efetivação da ideia de justiça social sobretudo numa sociedade inserta na globalização econômica, neoliberal e excludente que aprofunda as desigualdades sociais e regionais no Brasil e no mundo.

A concepção de *justiça social* constou das Encíclicas integrantes da Doutrina Social da Igreja, sendo utilizada pelo Papa Pio XI com certa frequência na *Quadragesimo Anno* (15 de maio de 1931) que estabeleceu o **princípio diretivo da justa distribuição**, assim entendido:

É necessário que as riquezas, em contínuo incremento com o progresso da economia social, sejam repartidas pelos indivíduos ou pelas classes particulares de tal maneira, que se salve sempre a utilidade comum, de que falava Leão XIII, ou, por outras palavras, que em nada se prejudique o bem geral de toda a sociedade. Esta lei de justiça social proíbe que uma classe seja pela outra excluída da participação dos lucros. [...] Cada um deve, pois, ter a sua parte nos bens materiais; e deve procurar-se que a sua repartição seja pautada pelas normas do bem comum e da justiça social. [...] (LESSA, 2004, p. 335).

Esta concepção de justiça social foi incorporada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em seus instrumentos normativos, destacando-se no Preâmbulo da sua Constituição que “[...] a paz universal e duradoura deve se assentar sobre a justiça social” (USP, 2019). A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA, 2019) estabeleceu, ainda, em seu Preâmbulo que “[...] o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente [...] um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem” (USP, 2019).

Então, em nível internacional, a justiça social passou da condição de princípio diretivo de cunho ético para preceito jurídico integrado às declarações e tratados internacionais, sendo também foi incorporado na Constituição brasileira de 1988 que, dentre os objetivos fundamentais (art. 3º, CF), evidenciou a construção de uma sociedade justa e solidária (I), com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (III) mediante a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV), “juridicizando” o preceito da justiça social que “[...] se deslocou do simples, embora instigante, conceito ideário, para o conceito maior de *princípio*, isto é, *comando jurídico investigador do ordenamento do Direito e das relações sociais*” (DELGADO, 2004, p. 37, grifo do autor).

Portanto, nos Estados Democráticos de Direito, incluindo o Brasil, é atributo do Poder Judiciário estatal a resolução pacífica dos conflitos sociais, buscando a efetividade dos direitos dos cidadãos através da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, sendo almejada a aplicação da justiça social a fim de proteger os direitos humanos e fundamentais, principalmente no caso do direito à saúde ora analisado.

2 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA E EM TEMPO RAZOÁVEL

No século XX eclodiram duas Grandes Guerras Mundiais: a Primeira durou de 1914 a 1918 e a Segunda, de 1939 a 1945, resultantes das hostilidades entre os Estados no plano internacional e motivadas por interesses econômicos e políticos. Entretanto, assistiu-se na Segunda Grande Guerra a prática de atrocidades contra a pessoa humana oriunda dos regimes totalitários, principalmente nazista e fascista.

Em função desse quadro internacional crítico, iniciaram-se conversações na conferência de Aliados, celebrada em Moscou, em 1943, acerca da constituição das Nações Unidas, pois

[...] as ideias germinais da ONU encontram-se na mensagem sobre o estado da União, dirigida pelo Presidente Franklin D. Roosevelt ao Congresso norte-americano em 6 de janeiro de 1941, bem como a chamada ‘Carta do Atlântico’, assinada pelo Presidente Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill, em 14 de agosto do mesmo ano (COMPARATO, 2007, p. 215).

Assim, em 26 de junho de 1945, a *Carta das Nações Unidas* foi assinada pelos Estados signatários, incluindo o Brasil, após o término da Conferência de São Francisco, entrando em vigor em 24 de outubro do mesmo ano, constituindo, formalmente, a Organização das Nações Unidas (ONU). A assinatura da Carta da ONU e a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) deram início ao sistema global de proteção aos direitos humanos que, posteriormente, foi ampliado com a assinatura e a ratificação por diversos países de vários outros tratados. Este sistema global deve ser compreendido como um *padrão mínimo aceitável de direitos humanos*, podendo ser ampliado e aprofundado por outros subsistemas regionais de proteção que congregam grupos de países com características históricas e culturais comuns.

Atualmente, o sistema regional de proteção aos direitos humanos é integrado pelos subsistemas europeu, interamericano e africano, vigendo, concomitantemente, com o sistema global. Os sistemas regionais almejam a proteção dos direitos humanos no âmbito regional no qual incidem, *in casu*, na Europa (subsistema europeu), na América (subsistema interamericano) e na África (subsistema africano) que é o mais incipiente de todos em função da história de opressão econômica e política que os povos africanos sofreram e ainda sofrem. Há, assim, relação harmônica e não colidente entre os subsistemas regionais e o sistema global, pois todos estão direcionados para a proteção dos direitos humanos, sendo inspirados por valores ético-jurídicos, especialmente,

a dignidade da pessoa humana.

A completude e o inter-relacionamento justificam a existência conjunta do sistema global e dos subsistemas regionais, contribuindo, em nível internacional, para a tutela jurídica do respeito à pessoa humana como ser único e insubstituível porque “o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2006, p. 226). Assim, cada um dos subsistemas regionais possui estrutura normativa própria que os regulamenta no âmbito de sua atuação, destacando-se, neste estudo, o subsistema interamericano nas Américas que:

[...] existe paralelamente a mecanismos internos e internacionais. Desde a sua criação, o sistema tem tido central relevância no reconhecimento e na proteção de direitos em ao menos três áreas: no fortalecimento do Estado de Direito, na adequação de regras nacionais aos parâmetros de direitos humanos e na consolidação de novos direitos (IKAWA; KWEITEL; MATTAR, 2008, p. 1135).

Em 1948, os Estados americanos reunidos na IX Conferência Internacional Americana, ocorrida em Bogotá, criaram a Organização dos Estados Americanos (OEA) que, segundo o art. 1º da Carta da OEA, seria um organismo regional vocacionado para “conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência” (USP, 2019). Dentre os seus princípios orientadores, a Carta da OEA estabeleceu no art. 3º que a “justiça e a segurança sociais seriam bases de uma paz duradoura” (alínea “j”) e a “educação dos povos deveria orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz” (alínea “n”) (USP, 2019). No contexto do desenvolvimento integral, o art. 47 da referida carta estabeleceu que os Estados-membros dariam “primordial importância ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana, tendo como fundamento a democracia, a justiça social e o progresso” (USP, 2019).

Em abril de 1948, foi aprovada a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, pioneira no estabelecimento do rol de direitos humanos, pois antecedeu, em oito meses, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* aprovada em dezembro de 1948. A *Declaração Americana* avançou em relação aos documentos internacionais da época ao dispor, no art. 1º, que os “indivíduos são, ao mesmo tempo, detentores de direitos e deveres correlatos, disciplinando que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa, na medida em que pessoa é todo ser humano” (USP, 2019).

Acerca do *direito de acesso à justiça*, esta declaração previu, em seu art. 18, que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos, contando com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (USP, 2019). No art. 24, a declaração consagra também o direito de toda pessoa apresentar “petições respeitadas a qualquer autoridade competente, quer por motivo de interesse geral, quer de interesse particular, assim como o de obter uma solução rápida” (USP, 2019). Tais diretrizes respaldam o direito de

acesso à prestação jurisdicional justa efetiva com duração razoável.

Posteriormente, o subsistema regional interamericano foi aperfeiçoado pela *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica¹ que foi aprovada com *status* de lei ordinária. Porém, entende-se que se trata de *norma materialmente constitucional* ao tutelar direitos humanos para os povos das Américas, incluindo o Brasil. O fato de o *quórum* de aprovação não ter sido qualificado (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, não desnatura sua condição de norma materialmente constitucional², devendo prevalecer em face da legislação infraconstitucional brasileira. Em seu art. 8º, o Pacto de San José da Costa Rica dispôs sobre as *garantias judiciais*, destacando-se o parágrafo 1º para viabilizar o acesso à justiça com vistas à concretude, pelo Estado brasileiro, do direito à saúde dos seus cidadãos, protegendo também a vida e a liberdade como bens jurídicos:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as *devidas garantias e dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus *direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza* (USP, 2019, grifo nosso).

Além disso, o art. 25 do Pacto, prevê a *proteção judicial*, em especial para permitir a impetração de recursos pelo cidadão em atendimento ao duplo grau de jurisdição e a duração razoável do processo, a saber:

1. Toda pessoa tem *direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção*, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Membros comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado *decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso*;
 - b) a *desenvolver as possibilidades de recurso judicial*;
 - c) a *assegurar o cumprimento*, pelas autoridades competentes, *de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso* (USP, 2019, grifo nosso).

1 Essa convenção foi aprovada em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Brasil ratificou-a em 09 de julho de 1992 e, posteriormente, aprovou-a pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992, sendo promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (USP, 2019).

2 Segundo Piovesan (2006, p. 328-329), “por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado introduzido pelo § 3º do mesmo artigo (fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004), ao reforçar a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, vem a adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto. Com o advento do § 3º do art. 5º surgem, assim, duas categorias de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal”.

Portanto, o Pacto de San José da Costa Rica foi incorporado no ordenamento jurídico pátrio com natureza de norma materialmente constitucional, indicando ao Estado brasileiro que o acesso à justiça não se efetiva apenas com a distribuição da petição inicial no órgão judiciário competente, mas vai muito além desse ato. Então, somente a prestação da tutela jurisdicional *justa, efetiva e em tempo razoável* – na condição de direito humano e fundamental - poderá concretizar a justiça social tão premente na atualidade, pois “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” (BARBOSA, 1997, p. 675).

3 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA E EM TEMPO RAZOÁVEL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã*, no seu Preâmbulo, destacou a justiça como um dos valores supremos da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos, salvaguardando aos cidadãos brasileiros e aos residentes em território nacional o exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais (BRASIL, 1988).

O acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável (art. 5º, XXXV e LXXIV, LXXVIII, CF) se apresenta como direito fundamental e garantia da cidadania (art. 1º, II da CF) porque, “como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade” (ROSS, 2008, p. 313). Por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, o princípio da duração razoável do processo, no âmbito judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII, CF), foi explicitamente incluído no rol dos direitos e garantias fundamentais no intuito de assegurar decisões judiciais mais efetivas e em tempo razoável norteando a atividade judicante (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Cunha (2008, p. 32-33) afirma que o sistema judicial não deve estar apenas formalmente à disposição dos cidadãos, mas deverá, pronta e integralmente, reestabelecer direitos violados ou ameaçados, pois “[...] acessar uma Justiça que não estabelece o direito material (ou o faz apenas parcialmente), significa, em termos práticos, o mesmo que não acessá-la [...]”. Caso contrário, haverá o esvaziamento dos direitos dos cidadãos, inclusive do direito de acesso à justiça cuja natureza também é de direito fundamental.

O Estado atraiu para si a competência no julgamento das lides no intuito de concretizar o bem comum - entendido como “o conjunto das condições sociais que permitem e favorecem nos homens o desenvolvimento integral da personalidade” (LESSA, 2004, p. 760) - e a paz social na vida em sociedade em contraposição ao uso da violência e do exercício arbitrário das próprias razões. Nos Estados Democráticos de Direito é inerente ao Poder Judiciário estatal, no exercício da jurisdição, a resolução pacífica dos conflitos sociais, buscando a efetividade dos direitos e a

aplicação das justiças distributiva e social.

Portanto, a jurisdição é atividade estatal que deve se destinar à solução dos conflitos de modo justo e equânime em prol do bem comum dos cidadãos, possuindo garantias e princípios consagrados na ordem constitucional, tais como: devido processo legal (art. 5º, LIV, CF); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF); vedação da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF); juiz natural e vedação aos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII, CF); motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), dentre outros, no intuito de fortalecer a efetivação da justiça social, mormente no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Atualmente, no Brasil, o aparato judiciário funciona numa lógica própria em que despontam a burocracia e o formalismo excessivo na análise e julgamento dos processos em afronta a preceitos constitucionais e ao Pacto de San José da Costa Rica, havendo desigualdade na distribuição da justiça, pois se convive com um direito para os oprimidos e outro para as “elites” que mantém uma paz social artificial ao beneficiar poucos. Há órgãos do Poder Judiciário que estão distantes do cotidiano do homem comum e de seus anseios, não acompanhando os ditames impostos pela Constituição desde 1988 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos há cinquenta anos.

Portanto, em face da crescente judicialização de direitos vivenciada no Brasil nas últimas décadas, é imperioso garantir a todos o acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável, em especial na proteção à saúde.

4 A TUTELA JURISDICIONAL JUSTA, EFETIVA E EM TEMPO RAZOÁVEL PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL SOB A ÓTICA DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Piovesan (2015, p. 2) preleciona a respeito da notoriedade do impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, principalmente no contexto latino-americano, implicando no fortalecimento do Estado de Direito. Neste sentido, a *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* - foi importante instrumento normativo para a proteção e a promoção de direitos em seus países signatários, destacando-se, no presente estudo, o Brasil.

No mesmo sentido, ela aponta a necessidade de proteção dos direitos à igualdade e à diferença nos sistemas regionais, dentre os quais o interamericano, tal como no sistema global, destacando que cada sistema regional possui aparato jurídico próprio como, no caso, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana para a proteção aos direitos nela elencados (PIOVESAN, 2015, p. 307-308). De acordo com Novaes (2004, p. 33), o Estado de Direito é aquele que se encontra juridicamente limitado pelos direitos fundamentais, bem como vinculado à sua defesa e proteção, ressaltando a utilização dos direitos fundamentais como trunfos em face das majorias.

O Preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica explicitou a necessidade de

reconhecimento dos direitos essenciais da pessoa humana e o fato de que os mesmos não são apenas direitos dos nacionais de determinado Estado, mas haveria a proteção internacional (USP, 2019), amplamente reconhecida na modernidade, uma vez que os direitos humanos na ótica global estão no cerne dos discursos e análises jurídicas contemporâneos.

O art. 4º, 1 da Convenção Americana (USP, 2019) ressaltou a importância do direito à vida, devendo ser protegida pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. De forma expressa, também é disciplinado o direito à integridade pessoal, compreendendo o respeito aos aspectos físicos, psíquicos e morais do indivíduo. Embora tais prescrições tenham repercutido de forma mais intensa na seara criminal, por meio da vedação à pena de morte, torturas, tratos cruéis, desumanos ou degradantes, não se nega que tais direitos devam também, similarmente, repercutir na promoção do direito social à saúde em toda a sua extensão e compreensão nos Estados Democráticos de Direito.

Fiorati (1995, p. 3) dispõe que a Convenção Americana não disciplina expressamente os direitos sociais, econômicos e culturais, mas recomenda aos Estados-Partes a progressiva realização de tais conteúdos na Carta da Organização dos Estados Americanos. No entanto, o art. 26 da Convenção (USP, 2019) aponta a necessidade do desenvolvimento progressivo para a promoção de direitos econômicos, sociais e culturais, razão pela qual os Estados signatários se comprometeram a adotar as providências necessárias para sua efetivação, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente em termos econômicos e técnicos a fim de progressivamente atingir plena efetividade a tais direitos.

Segundo Steinmetz (2004, p. 276), os direitos sociais são aqueles que exigem uma ação positiva do sujeito destinatário (Estado), constituindo direitos onerosos, pois exigiriam a disponibilidade de recursos financeiros e outros meios materiais para sua efetivação. Porém, não obstante a alardeada onerosidade, exige-se o seu cumprimento e tutela por parte do Estado (STEINMETZ, 2004, p. 282) ainda que em colaboração com a sociedade civil.

A Constituição brasileira de 1988 erigiu o direito à saúde à condição de direito social fundamental (art. 6º), incluindo a saúde, no art. 194, no sistema da seguridade social, além de fixar estrutura política complexa e abrangente para sua promoção (BARRETO JÚNIOR, PAVANI, 2013, p. 72). A fim de dar ressonância a vários princípios e regramentos constitucionais, a Lei nº 8.080/1990 – chamada de *Lei Orgânica da Saúde* - estabeleceu que a saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º), por meio de assistência integral, com conjunto articulado de ações e serviços públicos que propiciem aos indivíduos e à coletividade atenção eficiente e adequada em todos os níveis de complexidade do sistema (BRASIL, 1990).

A partir de tal marco normativo, houve no Brasil nova sistemática de proteção à saúde com maior amplitude, competindo ao Estado sua prestação como, por exemplo, no caso de fornecimento gratuito de fármacos mediante políticas públicas. Entretanto, o direito à saúde deve possuir garantia mais ampla do aquela conferida aos demais direitos sociais em razão de estar diretamente relacionado à vida, bem jurídico basilar e elementar para concretização da dignidade

da pessoa humana. Logo, o indivíduo sem o respeito ao seu direito básico a saúde não conseguirá gozar plenamente dos demais direitos humanos e fundamentais.

Nas lições de Cerqueira Júnior e Cavalcanti (2016, p. 6), o princípio da dignidade da pessoa humana, que está consagrado como direito fundamental na Constituição (art. 1º, III), é o princípio máximo do Estado Democrático de Direito e tem o condão de garantir que a vida e a saúde das pessoas sejam preservadas, já que não há como ter uma vida digna sem saúde. O direito à saúde deve ser reconhecido a todas as pessoas pelas nações e nos pactos internacionais ainda que implicitamente. Conforme entendimento de Suryan (2014, p. 6), a saúde não é apenas direito subjetivo de defesa contra agressões de terceiros, do Estado ou de outros Estados, mas também um direito prestacional em sentido estrito, estando correlacionado ao direito de ação para sua garantia e efetividade.

Os direitos humanos fundamentais, a exemplo do direito à saúde, devem ser garantidos pelo Estado, primeiro porque isso está explicitado na norma constitucional positivada, segundo porque a violação destes ocasiona a quebra do pacto social estabelecido e terceiro porque a possível insegurança gerada em virtude da quebra do pacto sinalizaria para a desordem social, evidenciando possível regressão do modelo atual de gestão, fato que nenhum Estado ou governo deve cancelar (CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 8).

Tal situação também caracterizaria o descumprimento de tratados internacionais, implicando em sanções externas, inclusive econômicas, do país frente aos demais Estados, sendo a atual tendência. Uma das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde é sua conformação aos preceitos internacionais, inclusive estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde que, no **Informe Técnico nº 571**, dispôs que “*la salud no es una mera ausencia de enfermedad, sino un estado óptimo de bienestar físico, mental y social. La salud no es algo que se posea como un bien, sino una forma de funcionar en armonía con su medio (trabajo, ocio, forma de vida en general)*” (OMS, 1975, p. 9).

Logo, a saúde é compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Sarlet e Figueiredo (2011, p. 776) apontam que, além de considerações mais específicas acerca do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, a sua concepção larga ante a consagração de outros direitos fundamentais sociais, tem sido objeto de proteção no direito internacional cujas normas dialogam com o sistema constitucional nacional, destacando-se diversos documentos protetivos, dentre os quais a *Convenção Americana de Direitos Humanos* que consagra em seus arts. 4º e 5º o direito à vida e à integridade física e pessoal.

Segundo Villey (2007), os direitos humanos são produto da era moderna, bem como em face da insuficiência de leis existentes em algumas partes do mundo, eles podem ser vistos como recursos e instrumentos do progresso do direito. Nessa senda, qualquer pacto internacional que verse sobre a sua promoção terá importante papel no avanço do Estado Democrático de Direito.

No que tange à promoção da saúde, principalmente em seu viés público, é importante se considerar que, além de direito fundamental, trata-se também de um dever fundamental, consoante previsão no art. 196 da Constituição de 1988. É, portanto, um direito-dever porque os

deveres conexos e correlatos são reconhecidos na conformação constitucional do próprio direito fundamental, motivo pelo qual o direito à saúde impõe diferentes formas para sua efetivação (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 778).

As normas constitucionais, principalmente relacionadas à promoção da saúde, possuem aplicabilidade direta e imediata pelos magistrados e tribunais, pois os preceitos estabelecidos na Carta Magna dão sustentação para a sua judicialização, efetivando-os na vida dos cidadãos. O ativismo judicial na judicialização de políticas públicas impõe à Administração Pública que forneça gratuitamente medicamentos e tratamentos médicos/hospitalares, buscando-se efetivar a promessa constitucional de prestação universalizada dos serviços de saúde (CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 8).

A judicialização de políticas públicas relacionadas à saúde já foi julgada em diversos momentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a multifatorialidade envolvida nas ações judiciais que buscam a efetividade desse direito. Entretanto, foi no julgamento do *Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175* que a Corte Constitucional estabeleceu parâmetros para a judicialização da saúde (BRASIL, 2019). A STA nº 175 foi o primeiro julgado expressivo sobre a temática do direito à saúde após a Audiência Pública nº 04, sendo a relatoria do Ministro Gilmar Mendes cujo voto foi ratificado pelo Plenário do STF, fixando novos parâmetros a serem observados pelo Poder Judiciário brasileiro no deferimento das tutelas referentes ao direito à saúde, a saber:

- 1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.
- 2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se: 2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão administrativa, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento; 2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (MAGALHÃES; FERREIRA, 2019).

O estabelecimento de parâmetros para a judicialização da saúde por uma lado seria importante para os jurisdicionados e a sociedade em geral porque já indicaria os deveres do Estado

na concretização desse direito social fundamental nos termos do art. 196, CF (BRASIL, 1988); mas, por outro prisma, poderia significar um engessamento dos magistrados de primeira instância na análise das particularidades de cada caso em concreto. Assim, tais parâmetros devem ser analisados com cautela e ressalvas, sobretudo em razão da multifatorialidade (jurídica, econômica, social etc.) existente nas ações apresentadas ao Poder Judiciária buscando a justiça social na efetividade do direito à saúde.

Nesse sentido, apesar de analisar os direitos fundamentais sob a perspectiva da Constituição portuguesa, Nabais (2007, p. 66) aponta que o tratamento constitucional dos direitos fundamentais repousa na contraposição entre os próprios direitos, liberdades e garantias individuais em face dos direitos econômicos sociais e culturais. A concretização do direito a saúde encontra barreiras em questões econômico-financeiras do Estado, embora seja inegável a necessidade de sua promoção e efetivação aos cidadãos. Os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, possuem dimensão economicamente relevante em razão de serem direitos prestacionais, tendo por objeto a destinação, a distribuição e a redistribuição do bem da vida pleiteado pelo jurisdicionado.

De acordo com Alexy (2008, p. 202), quando há direito a prestações em face do Estado, tem-se, em regra, ações positivas fáticas que requerem uma execução propriamente dita as quais se fundamentariam num mínimo existencial a ser garantido aos particulares. Porém, o autor aponta, ainda, que tais direitos a prestações em face do Estado também poderão ser realizados mediante prestações normativas, voltadas aos atos estatais de criação de normas, tratando de importante forma de concretização desses direitos fundamentais.

No Brasil, a judicialização da saúde é realidade diuturna nos tribunais em razão do elevado número de ações judiciais requerendo a efetivação desse direito social, seja para fornecimentos de medicamento, tratamentos médicos e cirurgias de média a alta complexidade, de obtenção de leitos hospitalares para internação etc., buscando a prestação direta do direito à saúde em face do Estado e de seus entes federativos. Tal situação acarreta inúmeras demandas judiciais em face da Administração Pública que deverão cumprir de imediato cumprimento as decisões judiciais proferidas, normalmente em sede de liminares e tutelas de urgência, para a promoção material da saúde que não foi implementada pelas políticas públicas.

O número exacerbado de demandas judiciais indica que há omissão do Estado na implementação dos mais diversos tipos de políticas públicas de saúde, faltando atenção adequada à necessidade de se primar pela universalidade do atendimento público consoante preceitos constitucionais e da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990). Stark (2009, p. 291) afirma ser importante que a legislação estatal tenha êxito em conseguir, na situação social concreta, um equilíbrio entre as principais finalidades do Estado, podendo ocorrer um fracasso quando as prestações sociais puderem ser reclamadas desproporcionalmente. Desse modo, a questão da judicialização deve ser analisada com esmero e cautela a fim de que não surtam efeitos contrários à pretendida satisfação plena e imediata do direito à saúde.

O acesso ao Poder Judiciário ainda é um desafio nos Estados Democráticos de Direito, principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil, pois é notório que o acesso à justiça

ainda é privilégio de quem possui poder econômico e aquisitivo maior, pois as Defensorias públicas no país não conseguem atender todas as demandas da população carente. Assim, depreende-se que a judicialização da saúde não é ferramenta de promoção de direitos acessível a todos os cidadãos em igualdade de condições, atentando contra o regramento constitucional de igualdade e de universalidade da prestação de serviços públicos.

Rocha e Alves (2011, p. 134-135) apontam que não há dúvidas de que o acesso à justiça é direito fundamental presente em diversos textos supraleais, bem como que se trata da própria garantia do Estado Democrático de Direito. Dado o caráter formal e substancial de direito humano e, ao mesmo tempo, de direito fundamental (ROCHA; ALVES, 2011, p. 135-136), o acesso à justiça não é exclusividade do direito pátrio, estando presente na maioria dos ordenamentos jurídicos dos países de democracia moderna e diversos tratados internacionais.

Neste contexto, o Pacto de San José da Costa Rica também é importante instrumento do sistema interamericano de direitos humanos para a viabilização do acesso à justiça, influenciando o Constitucionalismo dos países da América ao prever garantias e proteções judiciais, art. 8º e art. 25 respectivamente, permitindo a impetração de recursos pelo cidadão em atendimento ao duplo grau de jurisdição e a duração razoável do processo.

Além disso, em caso de omissão na prestação da tutela jurisdicional pátria ou de morosidade infundada dos órgãos judiciais nacionais, haverá a violação do direito humano de acesso à justiça, autorizando o jurisdicionado, por meio de petições individuais, dirigir-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim de apresentar denúncias ou queixas de violação a dispositivos da Convenção pelo Estado brasileiro, pois há mecanismos de monitoramento (arts. 44-51) garantidos no Pacto de San José que devem ser utilizados³. Logo, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* evidencia que o acesso à justiça está dentre os direitos humanos, devendo ser efetivo, justo e em tempo razoável para a tutela jurisdicional de direitos de qualquer natureza, especialmente relacionados à saúde e à vida.

Dentro da sistemática de promoção do direito à saúde, novas tendências analíticas estão sendo utilizadas para equacionar os problemas enfrentados, uma delas é a utilização do chamado *Direito Fraternal* que, segundo Vial e Wunsch (2013, p. 4523-4524), considera o outro na condição de outro-eu, meu irmão, ou seja, alguém com quem faço pactos. Assim, tais pactos seriam acordos a serem feitos entre Estados, entre médico e paciente etc., conforme a necessidade a ser enfrentada.

No que tange a efetivação do direito à saúde, é preciso fazer pactos constantemente, pois envolvem questões orçamentárias e o próprio direito à vida que também é tutelado, não sendo por acaso que hoje se apregoa a necessidade de um '*Pacto pela Saúde*', como compromisso público dos setores do SUS fundamentado nos princípios constitucionais, sendo imprescindível a efetivação também do '*Pacto pela Vida*' em defesa do Sistema Único de Saúde e da gestão efetiva deste

3 Após o trâmite do processo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se o Estado infrator não cumprir as diretrizes estabelecidas, o caso poderá ser encaminhado à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois somente os Estados Membros e a Comissão de Direitos Humanos podem submeter um caso à decisão da Corte, nos termos do art. 61 do Pacto de San José da Costa Rica. As pessoas individualmente dependem da Comissão de Interamericana de Direitos Humanos ou de outro Estado para que seus pleitos cheguem à apreciação da Corte.

sistema (VIAL; WÜNSCH, 2013, p. 4523-4524).

CONCLUSÃO

A relação entre direito e saúde tem sido objeto de muitos estudos, sendo indispensável a verificação da influência dos regramentos internacionais para sua efetivação adequada, principalmente no contexto do subsistema interamericano de direitos humanos com vistas ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Quanto à promoção da saúde, trata-se, ao mesmo tempo, direito e dever fundamentais a serem garantidos pelo Estado através de políticas públicas adequadas e eficientes, sendo necessária a participação de particulares e da sociedade mediante pactos integrativos, consoante aponta a corrente defensora do Direito Fraternal.

No entanto, não há como discutir a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive a saúde, sem o acesso à justiça que deve ser justo, efetivo e em tempo razoável no intuito de concretizar a justiça social. Na atualidade, é atributo do Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, a efetividade desses direitos, principalmente da saúde no intuito de buscar a resolução pacífica dos conflitos sociais.

Em alguns casos, há ausência total de acesso à tutela jurisdicional pelos cidadãos que se encontram marginalizados pelo capitalismo global ou, como na maioria dos casos, este acesso é precário em face de um Poder Judiciário lento, moroso e inefetivo socialmente na concretização de direitos, afrontando a dignidade humana, a duração razoável do processo, enfim, as garantias judiciais previstas na Constituição de 1988 e no Pacto de San José da Costa Rica.

Não se pode olvidar que o Pacto de San José da Costa Rica foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com natureza de norma materialmente constitucional, indicando ao Estado que a prestação da tutela jurisdicional deve ser justa, efetiva e em tempo razoável, na condição de direito humano e fundamental no intuito de concretizar a justiça social, principalmente em relação ao basilar direito à saúde cuja judicialização vertiginosa após a Constituição de 1988 indica que a Administração Pública não está implementando adequadas políticas públicas nesta seara.

Em seu cinquentenário, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* se mostra atualíssima, pois possui preceitos basilares para a garantia de acesso à justiça com efetividade e em tempo razoável (arts. 8º e 25) dos cidadãos brasileiros a serem aplicados no Brasil que livremente aderiu a este tratado internacional, incorporado no ordenamento jurídico pátrio como norma materialmente constitucional. Em caso de omissão na prestação da tutela jurisdicional pátria ou de morosidade infundada dos órgãos judiciais nacionais, o jurisdicionado poderá encaminhar petições individuais à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando a violação, pelo Estado brasileiro, do direito humano de acesso à justiça garantido no Pacto de San José, em especial para a prestação de tutela jurisdicional na seara da saúde.

Sendo o direito fundamental e social à saúde inerente à dignidade da pessoa humana, à sua integridade física e, sobretudo, à sua vida, é notório que o Pacto de San José da Costa Rica

viabiliza a concretização judicial de políticas públicas de saúde, concretizando a justiça social nos casos apreciados pelos órgãos jurisdicionais. Portanto, em face da crescente judicialização de direitos vivenciada no Brasil nas últimas décadas, o acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável para os cidadãos, em especial nos casos envolvendo a saúde, atendem as diretrizes do Direito Fraternal, da Constituição Cidadã e do Pacto San José da Costa Rica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletivos**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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: 5 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de tutela antecipada nº 175**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 18 dez. 2019.

CERQUEIRA JÚNIOR, Carlos Alberto Cardoso; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. A judicialização do direito humano à saúde: uma discussão acerca da efetivação de direito essencial, por meio da prestação jurisdicional, sem prejuízos ao mínimo existencial. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, n. 20, 2016. doi: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-01](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-01).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Rodrigo Giostri. **O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas**: contribuições para o aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 10-24, dez. 1995.

IKAWA, Daniela Ribeiro; KWEITEL, Juana; MATTAR, Laura. O sistema interamericano de direitos humanos (introdução à parte VI. A). In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008. p. 1135-1158.

LESSA, Luiz Carlos. **Dicionário da doutrina social da igreja: doutrina social da igreja de A a Z**. São Paulo: LTr, 2004.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para judicialização da saúde**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>. Acesso em: 18 dez. 2019.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OEA. **Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos**. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.asp. Acesso em: 17 dez. 2019.

OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Deteccion precoz del deterioro de la salud debido a la exposicion profesional: informe de um grupo de estudo de la OMS**. Ginebra: OMS, 1975.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 293-316, ago. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, José Cláudio; ALVES, Cristiano Cruz. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 133-161, jan./jun. 2011.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru, Edipro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 3, p. 775-829, ago. 2011.

STARK, Christian Stark. Direitos sociais em tratados internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado**

Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SURYAN, Jaqueline. O direito à saúde no direito comparado: do Brasil ao mundo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 86, p. 39-72, jan./mar. 2014.

USP. **Biblioteca virtual de direitos humanos.** Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 18 dez. 2019.

VIAL, Sandra Regina Martini; WÜNSCH, Marina Sanches. Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 4517-4560, 2013.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Como citar MARTINS, Juliane Caravieri; AFONSO, Igor Vinícius de Lima. O direito e acesso à justiça efetiva e em tempo razoável e o pacto e san-josé da costa rica na proteção do direito à saúde. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p.81-100, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p81. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 19/02/2020

Arovado em: 09/04/2020

A CRÍTICA DA RACIONALIDADE AMBIENTAL À GESTÃO URBANA: A AUSÊNCIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA POLÍTICA URBANA COMO CAUSA DE INEFETIVIDADE DO DESENVOLVIMENTO SOCIOESPACIAL NA CIDADE DE PATOS – ESTADO DA PARAÍBA

CRITICISM OF ENVIRONMENTAL RATIONALITY TO URBAN MANAGEMENT: THE ABSENCE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY IN URBAN POLITICS AS A CAUSE OF INEFFECTIVE SOCIO-SPATIAL DEVELOPMENT IN THE CITY OF PATOS – STATE OF PARAÍBA

Osmar Caetano Xavier*
Fernando Joaquim Ferreira Maia**

*Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Material Processual pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Bacharel em Direito pela Faculdades Integradas de Patos (FIP). Email: osmarcxavier@gmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Email: fernandojoaquimmaia@gmail.com

Como citar: XAVIER, Osmar Caetano; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A crítica da racionalidade ambiental à gestão urbana: a ausência de democracia participativa na política urbana como causa de inefetividade do desenvolvimento socioespacial na cidade de Patos – Estado da Paraíba. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 101-116, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24p101. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A gestão democrática participativa é uma das diretrizes da política urbana prevista no Estatuto da Cidade, todavia ela se manifesta apenas no plano abstrato, o que será demonstrado ao observar procedimentos administrativos, relatórios e projetos de lei no caso exemplar do Município de Patos, localizado no sertão paraibano. Então, a metodologia vai utilizar esses documentos como fontes de dados e bibliografia para questionar quais os fatores que dificultam a efetivação de uma gestão urbana eficiente no Município de Patos, no estado da Paraíba. Tais documentos serão analisados à luz do método da racionalidade ambiental com o intuito de desconstruir as estratégias de poder do modelo científico de gestão urbana articulando as ciências, por meio de um diálogo de saberes, mediante uma intersecção da ordem teórica e instrumental do conhecimento com os valores das comunidades marginalizadas nas cidades e nas periferias urbanas, que constituem todo o saber ambiental. Parte-se da hipótese de que existe uma inefetividade na aplicação de instrumentos de participação democrática na cidade. Defende-

se que a regra geral da governança das cidades é no sentido da não-implementação da gestão democrática participativa em sentido concreto. Com isso, busca-se evidenciar que a ausência da gestão democrática participativa, nos termos da racionalidade ambiental, é a causa do não desenvolvimento urbano e social dos Municípios paraibanos.

Palavras-chave: Política urbana. Gestão democrática participativa. Racionalidade ambiental. Desenvolvimento urbano e social.

Abstract: Participatory democratic management is one of the guidelines of urban policy championed by the Paraíba's City Statute, but it manifests itself abstractly, primarily in administrative procedures, such as reports and bills – and more, infamously, in the case of Patos, located in Paraíba, Brazil. This study utilizes literature review with documentary research as a means for collecting data in order to question the factors that hinder the effective urban management of Patos, a municipality in the state of Paraíba. These documents are analyzed from the perspective of environmental rationality in order to deconstruct the power strategies of the scientific model of urban management as a way to interlock the sciences – a dialogue of knowledge and an intersection of the theoretical and instrumental order that values marginalized communities in the urban planning of cities. This paper argues that there is an ineffectiveness in the application of instruments of democratic participation in the city. This paper contends that the current rule of city governance does not implement participatory democratic management in the concrete sense. Thus, this research seeks to highlight that the absence of participatory democratic management, in terms of environmental rationality, is the main cause of the urban and social non-development of municipalities in Paraíba.

Keywords: Urban Politics. Participatory Democratic Management. Environmental Rationality. Urban and Social Development.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece (art. 182) que a política urbana tem como objetivo principal realizar de forma ordenada o desenvolvimento social das cidades de modo a garantir e promover o bem-estar dos seus habitantes, delegando à legislação infraconstitucional a tarefa de estabelecer as diretrizes através das quais haverá a justa distribuição das “riquezas” de modo a promover esse desenvolvimento (BRASIL, 1988).

O legislador infraconstitucional, por sua vez, editou a Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que estabelece no artigo 2º, inciso II que uma das diretrizes da política urbana é a gestão democrática participativa da população a qual se realizaria por meio das associações representativas dos mais variados segmentos da sociedade, desde a formulação até o fim da execução dos diversos programas e projetos que estejam relacionados com o desenvolvimento da urbe (BRASIL, 2001).

Todavia, como será observado, o processo de “desenvolvimento urbano” não é dirigido de modo a permitir a ampla participação social, isto é, não permite que as populações historicamente excluídas participem ativamente da apropriação da natureza de modo a indicar as localidades que mais necessitam da atenção dos representantes democraticamente escolhidos, a participar ativamente das decisões a respeito do modo de desenvolver ações que permitam o real desenvolvimento social, especialmente atribuindo poder de autogestão as periferias urbanas, populações tradicionais e comunidades camponesas e a criar meios de fiscalização que possibilitem essas comunidades participar de modo relevante na gestão da coisa pública.

A partir da análise de projetos e programas de desenvolvimento nos últimos dois anos no Município de Patos, localizado no sertão paraibano, será vislumbrado que a participação social na gestão pública é ínfima ou praticamente inexistente, o que se justifica pela absorção das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais pela lógica de mercado globalizante e homogênea.

Como afirma Thielen (1998, p. 86), a organização produtiva e a gestão pública sofrem influências da globalização, a qual transfigura a realidade dos fatos e cria uma utopia de mercado a partir das bases formalmente definidas nas cartas constitucionais e diplomas legais, e que se afirma universal e capaz de atender as necessidades de todas as pessoas.

A verificação da carência de participação democrática no Município de Patos-PB ocorrerá por meio do antiparadigma da racionalidade ambiental, o qual orienta no sentido da reapropriação social do ambiente (LEFF, 2006, p. 260) pela periferia urbana, pelos trabalhadores ambulantes e feirantes, como meio para consecução do desenvolvimento socioambiental, realização da justiça social tal como suposto pelo constituinte originário e promoção da vida com dignidade para todos.

Com efeito, somente através desse novo modelo de racionalidade é possível alterar a forma de participação social na gestão pública, a fim de que seja conferida à sociedade a possibilidade de lutar pela solidariedade efetiva e pela valorização da outriedade no sentido da criação do “outro

cultural”.

Diante disso, pretende-se investigar se a ausência de autogestão dos recursos naturais, nele compreendido o espaço urbano, é uma das causas da inefetividade da gestão urbana no Município de Patos. Será possível dizer que a gestão urbana nessa localidade será efetiva através da outorga de poder de gestão às comunidades historicamente excluídas?

Tendo essas problemáticas como ponto de partida, objetiva-se: 1) verificar a forma como está prevista a participação social na gestão das cidades no Estatuto da Cidade e a efetividade social de tal previsão; 2) inferir que a racionalidade ambiental, por meio da implantação da autogestão dos recursos a disposição das comunidades, é o meio de alcançar o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades sociais e regionais; e 3) relacionar a inefetividade da gestão urbana do Município de Patos, como exemplo do que ocorre nos Municípios do sertão paraibano, com a ausência de autogestão dos recursos naturais a disposição das diversas comunidades.

Inicialmente será realizada uma breve abordagem pelo arcabouço normativo a respeito da gestão democrática participativa na gestão urbana, especialmente na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, de modo a evidenciar a abstração das previsões legislativas e a ausência de sua concretude, e especialmente verificar que essas previsões, mesmo que fossem concretizadas, não permitem que a periferia urbana, as comunidades campesinas e demais comunidades historicamente excluídas possam efetivamente participar da gestão urbana.

Em seguida, será discorrido que somente através de uma virada paradigmática, partindo para valorização da outriedade cultural e empoderamento dos diversos atores sociais excluídos da participação na gestão da coisa pública, que decorre da racionalidade ambiental, é possível reduzir as desigualdades sociais e regionais e alcançar o fundamento constitucional do desenvolvimento nacional social e ambiental.

Após, o foco estará dirigido ao caso do Município de Patos, a fim de verificar que a ausência de atribuição de gestão aos diversos atores sociais, como a periferia urbana e as comunidades campesinas, é uma das causas da inefetividade da gestão urbana. Nesse ponto, serão citados procedimentos onde restará demonstrado que a participação social é verdadeiramente rasa nessa localidade.

Por fim, concluir-se-á demonstrando que somente através da implementação da racionalidade ambiental na gestão urbana será possível alcançar o objetivo constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais, além de traçar o caminho real para o desenvolvimento socioambiental.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se a abordagem acerca da gestão democrática e participativa enquanto previsão normativa na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, bem como acerca das implicações práticas de tais previsões.

1 A GESTÃO DEMOCRÁTICA PARTICIPATIVA NO ESTATUTO DA CIDADE: UMA PREVISÃO EM ABSTRATO SEM CONCRETUDE SIGNIFICATIVA

A democracia participativa foi consideravelmente valorizada na edição originária da Constituição Federal de 1988, constando em diversos dispositivos previsão expressa no sentido da necessária participação social durante o planejamento, execução e fiscalização dos programas de governo.

Com efeito, a participação social foi prevista em favor da criança, do adolescente e do jovem, especialmente no que se refere à participação de entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde promovidos pelo Estado (redação originária do artigo 227, §1º da CRFB). Também há previsão em favor dos trabalhadores paritariamente aos empregadores nos colegiados de órgãos públicos quando seus interesses estiverem em discussão (artigo 10 da CRFB).

Como se não bastasse, a Constituição traz um mandado constitucional de regulamentação de participação do usuário para formulação de reclamações acerca da prestação de serviços públicos (redação originária do artigo 37, §3º da CRFB), da participação dos empregados na organização da seguridade social (redação originária do artigo 194, parágrafo único, inciso VII da CRFB), da participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde em geral (artigo 198, inciso III da CRFB) e da participação da população nas ações governamentais de assistência social (artigo 204, inciso II da CRFB).

De acordo com Lyra (2005, p. 107-108), a geração dessas previsões constitucionais, para além das infraconstitucionais, como é o caso do Estatuto da Cidade, decorreu da luta pela redemocratização do país que ocorreu na década de 1970 a partir do movimento dos metalúrgicos do ABC e gerou uma revolução na sociabilidade política brasileira, fundada na ação corporativa e no exercício do poder pelo povo de forma direta.

De fato, a redemocratização brasileira somente se tornou possível em razão da luta intensa, direta e incansável da grande massa de trabalhadores que, corajosamente, resolveu enfrentar o autoritarismo e a força do favorecimento hierárquico não permissivo à participação das comunidades menos favorecidas pela ordem então vigente nas demandas sociais.

Todavia, após a formalização constitucional, decorrente do exercício da democracia direta, os preceitos de participação democrática e de exercício desse modelo democrático passaram a compor o texto constitucional apenas como meras palavras mortas em papel, não se vislumbrando a participação ativa das diversas comunidades no processo de planejamento, execução e fiscalização dos programas e projetos governamentais. De acordo com Lyra (1996, p. 176) a abstração da participação democrática está fundada na incapacidade quase da totalidade dos detentores de “poder político” em aceitar a especial relevância da admissibilidade prática

dos princípios da participação democrática ativa, em flagrante desconsideração das razões e lutas sociais diretas pela redemocratização do país.

Em reforço a não concretude da participação democrática na tomada de decisões referente às coisas públicas, várias leis infraconstitucionais posteriores ao advento da Constituição Federal de 1988 caminham na previsão da gestão democrática baseada na participação ativa da população, como é o caso do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) que prevê a gestão democrática participativa no artigo 2º, inciso II (BRASIL, 2001).

Mas, a efetividade prática dessas previsões permanece na abstração, e não se vê a criação de instrumentos que permitam o exercício da gestão democrática ativamente por parte da população, especialmente das mais excluídas durante o processo histórico.

Do mesmo modo, formalmente foram criados pela legislação diversos Conselhos com a pretensa finalidade de permitir a participação da comunidade na gestão pública, como é o caso do Conselho de Saúde a que se refere o artigo 77, §3º do ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT) com a atribuição de acompanhar e fiscalizar o Fundo de Saúde e do Conselho Consultivo e de Acompanhamento previsto no artigo 79, parágrafo único do ADCT, o qual deve fiscalizar e acompanhar o Fundo de Combate e Arrecadação da Pobreza.

Todavia, esses Conselhos também são compostos por agentes do Governo, o que, na linha asseverada por Lyra (1996, p. 176), impossibilita que esses órgãos consigam alcançar a finalidade para a qual foram criados, já que os “agentes políticos” têm dificuldade de aceitar que a comunidade participe ativamente da gestão pública.

Ainda de acordo com Lyra (1996, p. 178), ao estudar as razões pelas quais ainda não haviam sido instituídos os Conselhos de Defesa dos Direitos Humanos nos estados do Paraná, Bahia, Minas Gerais e Sergipe, a participação comunitária é praticamente nula no campo de atuação dos Conselhos de acompanhamento e fiscalização, prejudicando o alcance de exercício da democracia participativa ativa, porque os detentores do poder político não têm interesse que a população participe ativamente da gestão pública.

Nos dias atuais, é perceptível que o principal instrumento de “democracia participativa” é o Orçamento Participativo, o qual decorre do princípio da transparência da gestão fiscal previsto no artigo 48, §1º, inciso I da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), mas não é dificultoso observar que ele é ineficaz, não proporcionando às diversas comunidades uma participação ativa na gestão pública.

É verdade o asseverado por Lyra (2005, 117-118) que o orçamento participativo busca efetivar a justiça social e melhorar a prestação do serviço público, e possibilitar o surgimento do espaço de co-gestão dos recursos públicos. Mas, o que se observa é que as deliberações das diversas comunidades não são vinculantes, servindo apenas como orientação à Administração para

tomada de decisões (SOBOTKA, 2004, p. 107). Com efeito, esse instrumento não permite que a população possa gerir diretamente os recursos que estão a sua disposição, não sendo possível afirmar que possibilita a conformação da democracia direta, genuinamente ativa.

A democracia participativa que está prevista no ordenamento jurídico brasileiro atualmente vigente e que é executada no plano fático não se amolda às reivindicações populares que motivaram a constituinte de 1988, a qual está mais alinhada com a participação direta das comunidades na gestão dos recursos públicos.

Nesse ponto, pode-se afirmar, de acordo com as já citadas afirmações de Lyra, que o modelo democrático reivindicado pelas pessoas durante a constituinte se amolda à narrativa que brota da racionalidade ambiental proposta por Enrique Leff (2009, p. 404-405), a qual se baseia na redistribuição do poder, na participação direta da periferia urbana, dos trabalhadores ambulantes, dos produtores camponeses, dos feirantes e demais excluídos pela ordem vigente na tomada de decisões.

Essa nova racionalidade permite o advento de um projeto alternativo de sustentabilidade e democracia não compatível com modelo democrático homogeneizante imposto pela ordem neoliberal, que tem utilizado a narrativa democrática política e se baseado em “paradigmas” ideológicos fechados, da pluralidade partidária e da transparência eleitoral.

Diante disso, a racionalidade ambiental funciona como instrumento de resgate dos ideais democráticos que motivaram o surgimento da Constituição Federal de 1988, de modo a promover a reapropriação social da natureza e permitir que a gestão urbana seja eficiente.

2 A RACIONALIDADE AMBIENTAL COMO PARADIGMA PARA GESTÃO URBANA: A IMPLEMENTAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE RACIONALIDADE COM CAPACIDADE DE CONFERIR APLICABILIDADE PRÁTICA À GESTÃO DEMOCRÁTICA PARTICIPATIVA

A democracia política fundada em parâmetros ideológicos fechados e tomada pela lógica neoliberal toma de conta dos preceitos democráticos que originaram a Constituição de 1988, desvirtuando-os em prol da gestão dos recursos públicos direcionada para poucos e em desfavor das maiorias menos favorecidas.

Por essa razão ganha especial relevo a racionalidade ambiental como antiparadigma, mola propulsora da reapropriação social da natureza e viabilizadora da democracia participativa com real exercício do papel ativo das comunidades na gestão urbana, desde o instante da projeção, passando pela execução e findando na fiscalização dos projetos e programas de desenvolvimento.

Conforme pontuam Santos e Avritzer (2002, p. 40), a democracia tem se apresentado de modo meramente procedimental e formal, bem como dirigida a atender os interesses de uma

pequena camada de privilegiados econômico e politicamente e tendente a legitimar a manutenção de uma estrutura governamental “representativa”.

Todavia, Leff (2006, p. 314) vai de encontro a esse paradigma democrático e afirma que esse modelo não é capaz de resolver conflitos socioambientais, não é suficiente para atender as reivindicações em prol da igualdade e para valorizar os direitos humanos. A resolução desses problemas, de acordo com o novo paradigma apontado pela racionalidade ambiental, depende da maximização da participação popular e do reconhecimento de que as comunidades locais têm a capacidade de decidir e participar de modo direto nas decisões públicas (LEFF, 2006, p. 482-483).

Com efeito, a partir desse modo de agir, pensar e apropriar dos recursos que estão disponíveis é possível fazer com que o regime democrático venha a funcionar de modo a fazer com que exista um real desenvolvimento social, isso porque o problema da democracia não reside nela mesma, mas na forma de fazê-la funcionar (SCHUMPTER, 1961, p. 301).

O modo como a democracia vem sendo exercida apenas direciona a forma de gestão urbana de acordo com os interesses da elite, concentrando as decisões nas mãos de poucos “legitimados” pela massa popular que, por sua vez, se abstém de participar dos processos decisórios em razão da ilusão da representatividade política através dos eleitos.

A gestão democrática participativa orientada pela racionalidade ambiental propõe a alteração da forma como é determinada a gestão urbana, de modo a valorizar a participação popular de forma ativa e direta, fazendo com que os atores sociais historicamente excluídos atuem em todas as fases da implementação dos programas e projetos de governo, isto é, desde a sua idealização, passando pela execução e findando na fiscalização.

De fato, o exercício da democracia no modelo proposto pela racionalidade ambiental parte para autogestão democrática, valoriza o exercício da política da diferença e convoca a sociedade para o exercício da democracia em prol dos direitos coletivos, da valorização do ser, de modo a abrir o caminho para realização de outra justiça (LEFF, 2006, p. 314) e se coloca em oposição, já que baseado em fundamentos heterogêneos, ao modelo democrático hegemônico, que se autoafirma como ponto mais alto do desenvolvimento político (SHETH, 2003, p. 110) onde as pessoas participam ativamente apenas na indicação de seus representantes políticos e são submissos às decisões por eles tomadas, sem maior participação durante todo o procedimento de qualquer programa de política pública.

A gestão democrática participativa fundada na racionalidade ambiental surge como forma de estabelecer uma virada no modo de exercício da democracia, possibilitando que a sociedade participe da tomada de decisões políticas a respeito de assuntos que afetam diretamente suas vidas, e que se estabeleçam meios de possibilitar a autogestão dos recursos produtivos que estão a sua disposição, haja vista os direitos culturais das comunidades locais e regionais excluídas pela unicidade cultural que vem sendo estabelecida pela globalização.

Como afirma Enrique Leff (2006, p. 487) é justamente em razão da exclusão das maiorias pelas minorias detentoras do poder que tem crescido a luta de classes, dessa vez aquelas que são detentoras do saber para exploração dos recursos naturais – e não para apropriar-se dos recursos industrializados -, para que suas vozes sejam consideradas pelos grupos detentores do poder e que não lhes seja vedado o exercício da autogestão dos recursos produtivos e, por conseguinte, o direito de participar ativamente da gestão urbana.

Com efeito, Sheth (2003, p. 115-117) cita a luta das classes menos favorecidas na Índia em busca de obter maior participação nas decisões do poder público e, especialmente, de trabalhar diretamente com os recursos locais para realizar o bem-estar coletivo da comunidade. Segundo o autor, essas pessoas determinaram-se e iniciaram suas ações com base na convicção de que possuem os atributos necessários (o saber) para “desenvolver e gerir coletivamente seus assuntos e assegurar o seu próprio bem-estar” independentemente da “ajuda” do governo.

No mesmo sentido, Enrique Leff (2006, p. 489-490) aborda que os latino-americanos, com destaque para comunidades mexicanas e colombianas, têm desenvolvido esforços para legitimação dos seus direitos e realização da reapropriação social da natureza, a exemplo da movimentação de comunidades indígenas mexicanas que têm recuperado, através das movimentações sociais, seus usos, costumes e práticas tradicionais, gerindo pouco a pouco os recursos naturais disponíveis e do caso das comunidades negras colombianas que lograram êxito em “forçar” a realização de reformas legislativas para proteção dos seus direitos, especialmente a reforma à Constituição Colombiana em 1991 para reconhecer o direito à propriedade coletiva das terras ocupadas pelas comunidades negras no litoral do pacífico.

Esses movimentos estão baseados na gestão democrática participativa nos moldes delineados pela racionalidade ambiental, no sentido de que somente através da valorização da outridade, do reconhecimento e afirmação (ao menos o não impedimento) das pluralidades culturais, permitindo-se (ao menos não vedando) o exercício da autogestão dos recursos naturais produtivos através da pluralidade de saberes, é que se vislumbra a possibilidade de realização do desenvolvimento social, da redução das desigualdades sociais e da vida com dignidade.

É importante destacar que o sentido de outridade em Leff (2006, p. 363-364) aponta para a negação da razão dominadora, da sobreposição da universalidade, generalidade ou unidade e caminha para a valorização da emancipação das autonomias, das diversidades e das identidades.

A partir do sentido de outridade se critica o pensamento universal e a totalidade do conhecimento objetivo, de modo a tornar possível a condução para uma nova realidade baseada na “heteronomia de uma fala dirigida ao outro” que torna possível a construção de “novos mundos de vida” (LEFF, 2006, p. 364).

Todavia, nos municípios do sertão paraibano não se observa o exercício da autogestão dos recursos produtivos, muito menos a participação da sociedade nas decisões a respeito de programas

governamentais, o que se mostra como uma das causas para inefetividade da gestão urbana, a qual está amplamente apropriada pela forma de gerir imposta pelo modelo democrático hegemônico.

3 A AUSÊNCIA DE GESTÃO DEMOCRÁTICA PARTICIPATIVA NO MUNICÍPIO DE PATOS: UM EXEMPLO DA NÃO CONCRETUDE DA GESTÃO DEMOCRÁTICA PARTICIPATIVA NOS MUNICÍPIOS PARAIBANOS À LUZ DA RACIONALIDADE AMBIENTAL

O exercício da democracia deve ocorrer de forma diferente da imposta pelo modelo hegemônico, de modo a permitir que as comunidades historicamente excluídas possam gerenciar diretamente os recursos naturais produtivos que estão a sua disposição, bem como participar ativamente do processo de tomada de decisão a respeito das medidas de gestão pública tomadas pelos poderes constituídos.

Com efeito, o modelo de gestão urbana vigente, que bebe da fonte da democracia representativa hegemônica, atende aos interesses das camadas sociais privilegiadas e compostas pela minoria da população, não se preocupando com o desenvolvimento regional, tampouco com a minoração das desigualdades sociais.

Manin (1997, p. 78-79) afirma justamente nesse sentido, argumenta que nas sociedades contemporâneas há a formação de uma aliança entre a democracia e a representação política com a finalidade de realizar práticas de origem oligárquicas.

Todavia, o exercício da democracia não deveria minimizar a participação popular e, muito menos, utilizar as previsões legais e constitucionais para justificar práticas de gestão que não questionam as causas da pobreza e das desigualdades sociais. Como aponta Leff (2006, p. 414), a democracia deve ser exercida de modo a tutelar a participação da população na gestão dos recursos, e de reconhecer a capacidade das comunidades locais de gerir e atuar ativamente nos processos de tomada de decisão.

A carência de participação popular ativa e gestonária como um dos problemas da gestão pública atual fica clarividente ao observar a realidade do Município de Patos, localizado no sertão paraibano.

O Município de Patos aparece no sítio eletrônico do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,701 de acordo com pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 2010 e consta com apenas 5,5% de domicílios urbanos em vias públicas com urbanização adequada, compreendendo a existência de ruas pavimentadas, meio-fio, existência de bueiros e calçadas (IBGE, 2019).

Ademais, ainda de acordo com o IBGE (2019), do ponto de vista econômico e distribuição

das riquezas, em 2016 constatou-se que 41,7% da população habita em domicílio que rende de zero a meio salário-mínimo *per capita*, o que demonstra a desigualdade social nessa cidade sertaneja, a qual é uma das que mais crescem no sertão paraibano.

Ocorre que essa realidade advém da ausência de exercício do poder pelo povo, isto é, da democracia de forma direta ao ponto de determinar aos representantes constituídos o local de realização de empreendimentos urbanos, inclusive de modo a não prejudicar o exercício de atividades produtivas por parte da comunidade e não impedir produções a partir da pluralidade cultural.

Com efeito, a partir da gestão democrática participativa algumas comunidades têm conseguido criar novas vias de comércio, conseguindo prover a própria subsistência e obter melhores índices de desenvolvimento humano. Exemplo disso é apontado por Trápaga e Torres (1994) em Chiapas, no México, onde pequenos produtores de café orgânico têm alcançado a subsistência de suas famílias e aberto novos canais de comércio alternativos, melhorando as condições de vida da população daquela localidade.

No Município de Patos-PB, aqueles indicativos de baixo desenvolvimento humano e de pequena expansão urbana têm como uma de suas causas a carência de participação popular nos processos decisórios.

Isso fica evidente ao serem analisados procedimentos licitatórios de interesse público relevante realizados nos últimos dois anos. Nesses procedimentos licitatórios, especialmente em sua fase interna, não há qualquer indicativo de que as pessoas atingidas direta e indiretamente foram ouvidas a respeito da implantação, execução e fiscalização dos projetos, de modo a determinar, por exemplo, os locais de interesse público para execução dos serviços.

São dois os processos licitatórios, a Tomada de Preços n.º 04.011/2018 que tem como objeto a “contratação de empresa de engenharia especializada para execução referente à Implantação de Pavimentação no Município de Patos – PB” (PATOS, 2018b) e a Concorrência Pública n.º 002/2018, cujo objeto é “a contratação, em regime de concessão onerosa de serviço público, de empresa especializada em implantação, operação, manutenção e gestão do Sistema de Estacionamento Rotativo, Pago, de Veículos em logradouros públicos do Município de Patos/PB, denominado Zona Azul” (PATOS, 2018a).

Todo processo licitatório que tenha por objetivo selecionar a proposta de execução de obra ou prestação de serviço mais vantajosa para administração deve ser instruída com projeto básico (artigo 7º, inciso I da Lei n.º 8.666/1993), o qual, dentre outros elementos, deve assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental (artigo 6º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993) que, por sua vez, envolve o dever de não criar condições adversas às atividades sociais e econômicas (artigo 3º, inciso III, alínea b, da Lei n.º 6.938/1981).

Todavia, na Tomada de Preços que trata da pavimentação de ruas não há o projeto básico e, por isso, pode-se afirmar que não foi considerado o impacto ambiental às atividades sociais e econômicas, muito menos há registro de qualquer participação das comunidades na definição das ruas a serem pavimentadas de modo a permitir a redução das desigualdades sociais.

Essa carência de participação popular para implementação de política pública caracteriza, nos moldes afirmados por Leff (2009, p. 339), um modelo de gestão pública que não se revela justo ao passo que não reconhece os limites do ambiente e desconsidera que as comunidades locais possuem capacidade de participar e contribuir ativamente na implantação de projetos de interesse público relevante.

Já na Concorrência Pública que trata da zona azul há o projeto básico, a mesma problemática pode ser verificada, uma vez que não há registro de qualquer audiência pública, nem de consideração da vontade popular a respeito das ruas ou avenidas que devem ser contempladas pelo serviço a ser prestado por um concessionário. A participação popular, nesse caso, poderia fazer com que as atividades sociais e econômicas fossem aprimoradas e tendentes a minorar a degradação ambiental e as desigualdades sociais.

Conforme aponta Acselrad (2000, p. 41), a diminuição das desigualdades sociais e da degradação ambiental, como componentes da justiça ambiental, depende da implementação de uma participação popular em sentido deliberativo com o favorecimento do poder de produção e de gestão das comunidades locais.

Então, considerando a carência de participação popular nesses empreendimentos de interesse público relevante, pode-se afirmar que a gestão pública no Município de Patos-PB carece de efetividade. Observa-se que a participação da sociedade é praticamente inexistente no processo de execução de obra pública ou prestação de serviço relevante para a comunidade local, e que isso apenas contribui para manutenção das desigualdades sociais.

Com efeito, a título de exemplo, nas imediações do Mercado Público Central do Município de Patos existe uma feira livre de frutas e verduras em alguns dias da semana, especialmente aos sábados, e a Zona Azul a ser implementada após a conclusão da Concorrência Pública não considera esse importante centro econômico local, apesar de envolver as ruas Dr. José Genuíno, Leôncio Vanderley e Pedro Firmino, não havendo registro de respeito a essa classe de trabalhadores e a iminente possibilidade de lhes causar danos imensuráveis.

Diante disso e a partir da análise aos casos supramencionados, a forma como o Município de Patos dirige os processos de interesse público relevante, se amolda ao modelo democrático hegemônico que tem sido exercido atualmente, que nega a participação popular e, na linha defendida por Gargarella (1998, p. 274), representa um freio à própria democracia.

Diante disso, é evidente que a forma de gestão urbana predominante, exercida

exclusivamente pelos representantes eleitos em direção dos interesses de poucos membros da elite não se mostra adequada a alcançar o desenvolvimento social pretendido pela Constituição Federal e a minoração das desigualdades sociais. Ao contrário, essa forma de gestão apenas majora essa dura realidade.

À luz da racionalidade ambiental, quem mais conhece os limites e as influências do ambiente é a população que o ocupa e utiliza. Nesse caso, as pessoas que lidam diretamente com o espaço afetado pelo estacionamento rotativo e com ruas não pavimentadas no Município de Patos possuem o conhecimento das limitações ambientais e espaciais, bem como do impacto desses empreendimentos na vida delas, seja do ponto de vista econômico ou social.

Isso, inclusive, se relaciona com os ensinamentos de Santos (1978, p. 145) a respeito do conceito de espaço, o qual vai além de um reflexo social e se apresenta, também, como um fator social, uma estrutura “subordinante-subordinada”. Com isso, aquele espaço onde as pessoas costumam trabalhar e utilizar como parte de sua capacidade produtiva deve ser utilizado levando em consideração o conjunto de acontecimentos sociais que ele suporta.

Nesse contexto, qualquer modificação na utilização desse espaço deve tomar em conta a opinião de quem mais conhece a realidade ali enfrentada. No caso, os trabalhadores ambulantes, feirantes e os moradores das ruas que seriam pavimentadas e daquelas outras que não foram incluídas no projeto deveriam ser previamente ouvidos, pois são diretamente impactados pelos projetos e detêm o conhecimento sobre a realidade do ambiente e dos espaços atingidos.

A única forma de alterar esse paradigma, fazendo com que haja uma reviravolta é através da reapropriação social da natureza pelos atores sociais - como os trabalhadores ambulantes, feirantes, periferia urbana e agricultores – que devem lutar pela produção e comercialização dos seus produtos, bem como pelo exercício da democracia participativa, a fim de que sejam reconhecidas suas capacidades produtivas e seus conhecimentos sobre os limites do ambiente e do espaço (LEFF, 2006, p. 491).

CONCLUSÃO

O Município de Patos-PB serve como exemplo para realidade de carência de participação social na tomada de decisões na gestão urbana em todo o sertão paraibano e funciona como parâmetro para virada político-ecológica baseada na racionalidade ambiental e consequente rompimento com a racionalidade econômica que tem direcionado a forma como os representantes eleitos pelo povo têm realizado a gestão urbana em prol da minoria que compõe a elite.

Como afirma Lefebvre (2001, p. 113-118), o direito a cidade não se sustenta em projetos urbanísticos baseado em “modelos” ou em programas políticos de reforma urbana em que não haja a participação ativa da classe operária, o que também se estende aos demais atores sociais

historicamente excluídos, a exemplo dos agricultores e periferia urbana, já que aqueles modelos e projetos de reforma são totalizados pelo saber científico que não detém o conhecimento da *práxis*.

Isso é refletido na realidade normativa nacional, que mesmo com diversos dispositivos legais orientando no sentido da valorização da participação social na implantação de projetos e programas de governo, o que se percebe na prática é que as comunidades não são consultadas de forma ativa e determinante nos processos de tomada de decisão para planejamento, instalação e execução de obras e prestação de serviços. Em razão dessa desvalorização das comunidades, especialmente daquelas mais excluídas, a exemplo dos comerciantes de hortifrutigranjeiros no Município de Patos, é que se observa a manutenção e, até mesmo, a ampliação das desigualdades sociais, em total descompasso com os objetivos constitucionalmente determinados.

Para que esses objetivos realmente sejam alcançados é necessário que haja a implementação de uma nova forma de pensar e agir, que se baseia na ordem do ser e preocupa-se com a valorização da pluralidade cultural, de modo a permitir que aqueles atores sociais historicamente excluídos possam ocupar lugar de destaque na ordem social, revolucionando o exercício da democracia e dissolvendo as práticas produtivas que dominaram a ordem social na era da racionalidade produtiva baseada em cálculos econômicos. Nesse sentido:

A questão ambiental estabelece assim a necessidade de introduzir reformas democráticas no Estado, de incorporar normas ecológicas ao processo econômico e criar novas técnicas para controlar os efeitos contaminantes e dissolver as externalidades socioambientais geradas pela lógica do capital (LEFEBVRE, 2001, p. 133).

Em verdade, a efetividade da gestão urbana com efetivo alcance do desenvolvimento socioambiental e minoração das desigualdades sociais depende de que as lutas sociais pela defesa do ambiente, pelo exercício da autonomia produtiva e autogestão dos recursos naturais e produtivos, além do exercício de uma nova democracia, que partem do antiparadigma da racionalidade ambiental, cresçam nas cidades, de modo a fazer com que os poderes constituídos revisem a forma de praticar a gestão urbana e valorizem, concomitante ou após essas lutas, a prática produtiva por meio das comunidades historicamente excluídas.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **Justiça ambiental**: novas articulações entre meio ambiente e democracia. Rio de Janeiro: Ibase, 2000.

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: 31 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation and impartiality. *In*: ELSTER, Jon (ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 260-280.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Brasil em síntese: Panorama do Município de Patos**. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pb/patos/panorama>. Acesso em: 31 jan. 2019.

LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LYRA, Rubens Pinto. A democracia participativa na gestão pública brasileira. **Juris Rationis**, Natal, v. 1, p. 107-142, 2005.

LYRA, Rubens Pinto. Os conselhos estaduais de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 130, p. 175-182, abr./jun. 1996.

MANIN, Bernard. **Principles of representative government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

PATOS. **Concorrência pública nº 002/2018**. A contratação, em regime de concessão onerosa de serviço público, de empresa especializada em implantação, operação, manutenção e gestão do Sistema de Estacionamento Rotativo, Pago, de Veículos em logradouros públicos do Município de Patos/PB, denominado Zona Azul. Patos: Superintendência de Trânsito e Transporte, 2018a. Disponível em: http://patos.pb.gov.br/governo_e_municipio/avisos_de_licitacao. Acesso em: 28 jan. 2019.

PATOS. **Tomada de preços nº 04.011/2018**. Contratação de empresa de engenharia especializada para execução referente à Implantação de Pavimentação no Município de Patos

– PB. Patos: Prefeitura Municipal, 2018b. Disponível em: http://patos.pb.gov.br/governo_e_municipio/avisos_de_licitacao. Acesso em: 28 jan. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*:

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SANTOS, Milton. **Por uma geografia nova**. São Paulo: Hucitec, 1978.

SCHUMPTER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SHETH, D. L. Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Porto: Afrontamento, 2003. p. 81-131.

SOBOTTKA, Emil A. Orçamento participativo: conciliando direitos sociais de cidadania e legitimidade do governo. **Civitas**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./jun. 2004.

THIELEN, Helmut. **Além da modernidade**: para a globalização de uma esperança conscientizada? Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

TRÁPAGA, Yolanda; TORRES, Felipe. **El mercado internacional da agricultura orgânica**. México: UNAM, 1994.

Como citar: XAVIER, Osmar Caetano; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A crítica da racionalidade ambiental à gestão urbana: a ausência de democracia participativa na política urbana como causa de inefetividade do desenvolvimento socioespacial na cidade de Patos – Estado da Paraíba. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 101-116, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p101. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/11/2019

Aprovado em: 22/06/2020

A CONTRATAÇÃO NA SOCIEDADE MASSIFICADA E AS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

THE CONTRACTS IN MASS SOCIETY AND THE GENERAL CONDITIONS OF THE CONTRACTS IN GERMAN LAW

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Como citar: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A contratação na sociedade massificada e as condições gerais de contratação no direito alemão. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 117-133, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p117. ISSN: 2178-8189.

*Pós Doutor pela Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, (MPIPRIV). Doutorando em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (UNI FREIBURG). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Email: assiszanini@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa o tratamento dado pelo direito alemão às condições gerais de contratação, assunto bastante relevante para o sistema contratual existente na sociedade massificada. A utilização de contratos que são acompanhados de condições gerais de contratação é atualmente muito comum. O texto analisa a maneira como o Código Civil alemão permitiu a inclusão das condições gerais de contratação nos negócios jurídicos, bem como as situações em que o juiz está autorizado a fazer um controle do seu conteúdo. Também estuda o campo de atuação e a forma como devem ser interpretadas as condições gerais de contratação. Por fim, ressalta que o sistema alemão regula a matéria desde 1976, apresentando legislação muito mais estruturada que o ordenamento jurídico brasileiro, o que permite um controle mais geral e abstrato da temática, bem como garante maior segurança jurídica.

Palavras-chave: Sociedade massificada. Direito civil. Direito alemão. Condições gerais de contratação. Proteção do consumidor.

Abstract: This article examines the way in which German law interprets the general conditions of contracts, a subject that is very

relevant to the contractual system of mass society. Currently, it is very common to use contracts accompanied by some general conditions. Therefore, this paper examines how the German Civil Code has permitted the inclusion of general conditions of contracts in legal transactions, as well as in situations in which the judge is authorized to check the content of the general conditions of the contract. This paper also studies its field of action and the way in which the general conditions of the contracts are to be interpreted. Finally, this research emphasizes that the German system has regulated the matter since 1976 and presents a much more structured legislation than in the Brazilian legal system, which has allowed the Germans a more general and more abstract control of the matter, ensuring greater legal certainty.

Keywords: Mass society. Civil law. German law. General conditions of the Contracts. Consumer Protection.

INTRODUÇÃO

A sociedade de massas produziu alterações bastante sensíveis na dinâmica do direito contratual, não se fazendo mais adequado o modelo liberal clássico do contrato (LÔBO, 2011, p. 121). A aceleração do ritmo das negociações e a desigualdade, cada vez mais significativa, entre as partes contratantes, proporcionaram o surgimento e o desenvolvimento de contratos padronizados. Na atualidade os contratos padronizados, que muitas vezes contam com condições gerais de contratação, são instrumentos negociais imprescindíveis e onipresentes, situação que não é diferente na seara negocial alemã e brasileira (ZANINI, 2017, p. 75-76). Sua utilização se explica pelo desejo das empresas de previamente redigirem seus contratos, afastando a aplicação de regras contratuais livremente discutidas pelas partes, tudo em proveito de regras massificadas impostas de forma unilateral (FÖRSCHLER, 2018, p. 79-80).

Como essa técnica contratual apresenta vantagens e desvantagens para os contraentes, é certo que hodiernamente a regulamentação relativa às condições gerais de contratação ocupa um lugar importante na legislação atinente à teoria geral dos contratos, visto que essas cláusulas interferem na liberdade de organização do conteúdo do contrato (BROX; WALKER, 2019, p. 39).

Desse modo, o texto em questão objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre as condições gerais de contratação. Trata-se de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais diferenças existentes entre o direito alemão e brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico desse instituto. Para tanto, serão abordados particularmente os seguintes temas: a) a área de atuação das condições gerais de contratação; b) a sua incorporação nos contratos e; c) o controle de seu conteúdo.

1 O SIGNIFICADO PRÁTICO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

A celebração de um contrato certamente não depende de qual das partes tenha formulado os seus termos, bem como os tenha fixado por escrito. Em realidade, o fator decisivo em uma contratação é que as partes concordem exatamente com as condições estabelecidas.

Nessa linha, a legislação prevê a existência de muitas normas como direito dispositivo. Toma-se como ponto de partida a concepção tradicional de que a negociação de um contrato não depende apenas de uma das partes, mas sim de concessões feitas por ambas as partes, de maneira que uma parte contratual só estaria disposta a renunciar a direitos concedidos pela lei se lhe forem oferecidas outras vantagens como compensação.

Todavia, como regra, não há discussão sobre as cláusulas contratuais pré-formuladas quando uma

das partes faz uso das condições gerais para alterar ou complementar um determinado tipo de contrato (SCHLECHTRIEM, 2003, p. 43). De fato, as condições gerais de contratação contêm aditamentos e alterações das disposições legais. Essas cláusulas facilitam, sem dúvida, a vida do utilizador (predisponente), trazendo vantagens em termos de custos, mas também repercutem na esfera do cliente, pois proporcionam preços mais favoráveis e atendimento mais eficiente (BÄHR, 2013, p. 119-120). Isso ocorre, sobretudo, em relação a empresas que concluem transações comerciais repetidas com um grande número de clientes, as quais apresentam direitos e deveres semelhantes, fazendo sentido registrar os termos gerais da contratação por escrito e, em seguida, apenas fazer referência a eles ao concluir a transação individual (LÔBO, 2011, p. 122).

Assim sendo, as condições gerais de contratação (*Allgemeiner Geschäftsbedingungen* - ABG) desempenham um importante papel na prática contratual (KLUNZINGER, 2013, p. 111). Atualmente, elas são utilizadas por uma ampla gama de atividades empresariais, como bancos, companhias de seguros, planos de saúde, empresas de telefonia, fabricantes de bens e prestadores de serviços (FÜHRICH, 2014, p. 148). Elas oferecem aos contratantes, particularmente aos fornecedores, a oportunidade de padronizar seus serviços, estruturar uniformemente seus negócios, reduzir os custos das transações, bem como possibilitam o cálculo dos riscos em caso de inadimplemento (BROX; WALKER, 2019, p. 42).

Por outro lado, apesar de suas inegáveis vantagens, o uso das condições gerais também apresenta riscos (LOOSCHELDERS, 2017, p. 121). Muitas vezes aquele que utiliza as condições gerais de contratação tem que lidar com clientes inexperientes, que não conseguem ler as “cláusulas escritas em letras pequenas” (*Kleingedrucktes*) e acabam assinando mais ou menos cegamente os formulários contratuais que lhes são apresentados (BOECKEN, 2019, p. 178). Com isso, existe o risco dos utilizadores das condições gerais de contratação estabelecerem a seu favor, de forma unilateral, os termos e condições dos contratos por eles celebrados, obtendo então vantagens injustificadas por abusarem da liberdade contratual concedida por lei (FÖRSCHLER, 2018, p. 80). É dizer: diante da hipossuficiência de uma das partes e da força econômica da outra, a liberdade contratual permite que a parte mais forte desequilibre a relação contratual a seu favor, o que se agrava muito pelas particularidades das condições gerais de contratação¹.

Por conseguinte, diante do uso constante das condições gerais de contratação, realidade que não pode ser ignorada e não pode ser evitada, o legislador alemão procurou fazer um controle dessas cláusulas para evitar a submissão da parte mais fraca à vontade da parte economicamente mais forte, mantendo, assim, o equilíbrio contratual e a justiça (BOECKEN, 2019, p. 179).

2 FONTES DA REGULAMENTAÇÃO ATUAL

O legislador alemão se ocupou do problema das condições gerais de contratação na década

1 Como esclarece Paulo Lôbo (2011, p. 123), a desigualdade e o desequilíbrio “nas posições contratuais sempre houve na sociedade de economia de mercado. Todavia, as condições gerais dos contratos não apenas resultam de genético desequilíbrio dos poderes negociais, mas assumem caráter geral, abstrato e inalterável por acordo, quando são incorporadas aos contratos individuais”.

de setenta, época em que o tema já vinha sendo debatido na doutrina e na jurisprudência há mais de uma década. Inicialmente, a temática foi tratada em 9 de dezembro de 1976, fora do Código Civil alemão (BGB), no âmbito da “Lei sobre a regulamentação do direito das condições gerais de contratação” (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGBG*) (MEDICUS, 2010, p. 162).

Entretanto, desde o ano de 2002 a referida lei (AGBG) foi integrada ao BGB, no livro 2, que trata das obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*). De fato, com a reforma do direito das obrigações no ano de 2002, que foi feita pela “Lei de modernização do direito das obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), as disposições de direito material sobre as condições gerais de contratação foram incluídas no BGB (§§ 305 a 310)². Para tanto, houve um amplo aproveitamento do texto das regras da AGBG, bem como foram feitas algumas correções na redação da lei anterior (BROX; WALKER, 2019, p. 39-40).

Além disso, as disposições normativas em questão, pelo menos em parte, constituem a transposição da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, valendo, na dúvida, a interpretação em conformidade com a referida diretiva (LOOSCHELDERS, 2017, p. 121).

Ademais, é de se notar que os §§ 305 e seguintes do BGB, ao contrário da mencionada diretiva, não se aplicam unicamente às relações contratuais entre consumidores e fornecedores. Compreendem regras precisas sobre a incorporação de condições gerais de contratação, bem como sua interpretação. Muito mais que um simples elemento do direito do consumidor, o direito alemão vê a matéria como regulação da formação do contrato (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 126).

Em todo caso, deve-se ressaltar que o legislador alemão, sob o pretexto de incorporar ao direito interno as diretivas europeias referentes aos contratantes vulneráveis, acabou indo além da proteção mínima exigida pelo direito europeu, bem como ainda promoveu a incorporação da matéria no BGB, retornando ao seio da codificação civil temática que tradicionalmente vinha sendo regrada por microssistemas (LÔBO, 2011, p. 127).

3 O CONCEITO DE CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

No direito alemão, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, existem regras minuciosas, claras e precisas acerca das condições gerais de contratação³. O legislador alemão não deu espaço para um modelo jurídico de caráter aberto, como o adotado pelo Código Civil brasileiro, que pretensamente “proporciona ao juiz a possibilidade de encontrar a equidade” (REALE, 1986,

2 O BGB apresenta um sistema de controle bastante complexo das condições gerais de contratação, diferentemente do que ocorreu no Código Civil brasileiro de 2002, que não trata desse fenômeno, salvo em dois artigos (arts. 423 e 424), que cuidam de regras básicas sobre o contrato de adesão, mas confundem conteúdo com continente (LÔBO, 2011, p. 122).

3 O termo condições gerais de contratação já se tornou usual no direito brasileiro. Apesar disso, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior observam, com bastante propriedade, que é mais adequada tecnicamente a utilização do termo cláusulas gerais dos contratos. Esclarecem que condição (*Bedingung*), nos termos do § 158 do BGB, tem o mesmo significado dado ao vocábulo pelo art. 121 do Código Civil de 2002. Todavia, destacam que se admite a continuidade do uso da “expressão condições gerais dos contratos em face de sua imediata aceitação na doutrina ocidental moderna” (NERY; NERY JUNIOR, 2016, p. 182).

p. 47).

Nessa linha, o § 305, 1 do BGB define as condições gerais de contratação como todas as cláusulas contratuais pré-redigidas para uma multiplicidade de contratos, que uma das partes (utilizador) impõe à outra no momento da conclusão do contrato (SAKOWSKI, 2014, p. 96).

Para a caracterização como condição geral de contratação, o direito alemão considera irrelevante a maneira como ocorreu a sua fixação, qual o seu alcance, bem como se foi impressa ou simplesmente escrita⁴. Não importa a forma do contrato, isto é, se foi celebrado por escrito ou se foi celebrado informalmente (de forma oral). As condições gerais de contratação, mesmo no caso de contratos formais, não precisam ser incluídas no instrumento contratual, bastando sua exibição em um lugar visível no estabelecimento comercial, como na área dos caixas (BROX; WALKER, 2019, p. 41). Em todo caso, é importante notar que os termos e condições desse tipo de contrato foram formulados antecipadamente (*vorformuliert*) e apresentados unilateralmente quando da celebração da avença (BÄHR, 2013, p. 121). Isso significa que essas cláusulas não foram particularmente negociadas entre as partes, pois caso contrário, se realmente houve um sério debate entre as partes acerca das cláusulas (KLUNZINGER, 2013, p. 111), não se estará diante de condições gerais de contratação (§ 305, 1, 3 do BGB)⁵. E aqui vale observar que não tem relevo o fato de que aquele que impôs a cláusula apenas utilizou um modelo de contrato que foi estabelecido por um terceiro (LOOSCHELDERS, 2017, p. 123). Nesse ponto, fica claro porque a lei empregou o termo utilizador (*Verwender*) e não a expressão estipulante, que é mais restrita (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 126).

Outrossim, a cláusula deve ter sido redigida para uma multiplicidade de contratos (*für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen*), isto é, de maneira geral e impessoal, abstraindo situações contratuais específicas. Com isso, a redação legal alemã buscou colocar fim a um entendimento jurisprudencial do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* - BGH), que exigia que a cláusula fosse redigida para um número indeterminado de contratos (HIRSCH, 2012, p. 180). Desse modo, a qualificação como condição geral de contratação pode ser aceita mesmo se a cláusula foi redigida para um número preciso de contratos, falando a doutrina em pelo menos três contratos (FÖRSCHLER, 2018, p. 80). Excepcionalmente, no que toca às relações de consumo,

4 § 305 do BGB (*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag*): (1) *Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.* Tradução livre do § 305 do BGB (Incorporação das condições gerais de contratação no contrato): (1) São condições gerais de contratação todas as cláusulas contratuais predispostas para uma pluralidade de contratos, que uma parte contratual (utilizador) apresenta à outra parte contratual na conclusão do contrato. É irrelevante se as cláusulas constituem uma parte independente externa do contrato ou se fazem parte do próprio documento contratual, qual extensão tenham, em que forma escrita estejam redigidas e a forma que tenha o contrato. Não existem condições gerais de contratação no caso em que as cláusulas do contrato tenham sido negociadas individualmente entre as partes contratuais.

5 Conforme já foi decidido pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH), somente pode-se falar em verdadeira negociação individual se o utilizador das condições gerais realmente aceita que as disposições possam ser alteradas, com real possibilidade de influenciar na formação do conteúdo das cláusulas contratuais. O simples fato de o parceiro contratual do utilizador poder escolher entre duas variantes, não havendo a possibilidade de apresentar e aplicar, em alternativa, propostas de texto próprias, não é suficiente para que se possa falar na existência de negociação individual (BROX; WALKER, 2019, p. 41).

admite-se a proteção do consumidor pelas regras das condições gerais de contratação mesmo se existir apenas um contrato (BOECKEN, 2019, p. 180).

Ademais, o § 305, 1 do BGB dispõe que é necessária a imposição das cláusulas pelo utilizador ao outro contratante, não existindo então a possibilidade de modificação ou de negociação do conteúdo das cláusulas em questão. Essa exigência tem origem no objetivo inicial do legislador alemão de constituir uma proteção à parte contratual que está impossibilitada de defender seus interesses diante das condições gerais de contratação. Assim sendo, as normas sobre as condições gerais de contratação não se enquadram como regras dispositivas, mas sim como normas cogentes (BROX; WALKER, 2019, p. 41).

Desse modo, vê-se aqui mais uma diferença entre o direito alemão e o direito brasileiro, pois o Código Civil de 2002 não somente não apresentou uma definição das condições gerais de contratação como também não cuidou da matéria de forma tão acurada, preferindo um modelo jurídico aberto. Todavia, como observa Paulo Lôbo (2011, p. 126), a “experiência no mundo inteiro provou o contrário, pois relações jurídicas desiguais, geradoras de conflitos agudos e constantes, exigem regras de jogo claras e específicas”, não se mostrando adequada a utilização do modelo jurídico aberto.

Pois bem, apresentada a definição das condições gerais de contratação, passa-se agora à análise do seu complexo sistema de controle, que é composto por três etapas: a) campo de aplicação; b) incorporação no contrato e; c) controle do conteúdo (BOECKEN, 2019, p. 179).

4 O CAMPO DE APLICAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

Com o objetivo de reforçar as soluções jurisprudenciais elaboradas pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH) após a Segunda Guerra Mundial, o legislador alemão procurou alargar ao máximo o campo de aplicação das condições gerais de contratação (BOECKEN, 2019, p. 180). Para tanto, parte-se da definição das condições gerais de contratação, que tem seu campo de atuação modificado pelo § 310 do BGB, no qual são reconhecidos um campo de aplicação objetivo (*sachlicher Anwendungsbereich*) e um campo de aplicação pessoal (*persönlicher Anwendungsbereich*), que abrangem tanto o cumprimento da obrigação principal como da obrigação acessória (WOLF; NEUNER, 2016, p. 575).

4.1 Campo de Aplicação Objetivo

As normas a respeito das condições gerais de contratação, a despeito de se localizarem no âmbito do direito das obrigações (*Schuldrecht*), têm aplicação, como regra, em todo tipo de contratação de direito privado (WEILER, 2016, p. 125).

Entretanto, conforme estabelece o § 310, 4 do BGB, essas disposições não são aplicáveis aos contratos da área de direito de família, sucessões, sociedades (KLUNZINGER, 2013, p. 127), pois nesses casos não há que se falar, em princípio, em superioridade de uma parte em relação

à outra no que toca à conclusão de tais contratos (BROX; WALKER, 2019, p. 60). Também estão fora do campo de aplicação os contratos de fornecimento de determinados serviços, como eletricidade, gás, água etc. (WOLF; NEUNER, 2016, p. 575-576). Dessa maneira, tais disposições não fazem parte do campo de aplicação objetivo das condições gerais de contratação (*sachlicher Anwendungsbereich*).

Por outro lado, tais normas valem para os contratos individuais de trabalho, uma vez que os vínculos entre empregador e empregado constituem relações jurídicas obrigacionais (BOECKEN, 2019, p. 181). Em todo caso, o § 310, 4, 2 do BGB estipula que, na apreciação das condições gerais de contratação, “as particularidades aplicáveis em matéria de direito do trabalho devem ser levadas em conta de forma adequada” (BÄHR, 2013, p. 120).

4.2 Campo de Aplicação Pessoal

Em relação ao campo pessoal (*persönlicher Anwendungsbereich*), as condições gerais de contratação são aplicáveis aos contratos envolvendo consumidores (contratos celebrados entre um fornecedor e um consumidor).

Com efeito, a obrigação de transpor a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, forçou o legislador alemão a rever vários pontos do campo de aplicação da legislação sobre condições gerais de contratação. Nesse contexto, vale notar que o § 310, 3, 1 do BGB prevê que “as condições gerais de contratação são consideradas como impostas pelo fornecedor, salvo se tiverem sido introduzidas no contrato pelo consumidor”.

Aplicam-se ainda aos contratos de consumo algumas disposições específicas, que dizem respeito particularmente ao controle do conteúdo das cláusulas contratuais, que muitas vezes podem ser desvantajosas para o consumidor (BÄHR, 2013, p. 121). Em contrapartida, as regras sobre as condições gerais de contratação excepcionalmente não têm aplicação quando as cláusulas foram introduzidas no contrato pelo próprio consumidor (SAKOWSKI, 2014, p. 97).

Nessa hipótese, pode-se constatar que o critério de aplicação não é o estado de superioridade econômica específico das relações entre fornecedor e consumidor, mas sim a efetiva possibilidade de negociação individual. Aliás, mesmo um contrato estabelecido entre profissionais permite a aplicação da legislação relativa às condições gerais de contratação, desde que o contrato não seja objeto de negociação individual (§ 305 do BGB) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 126).

Vale ainda notar que na hipótese de utilização das condições gerais de contratação em relação a um empresário (de uma pessoa jurídica de direito público), não se aplicam as disposições relativas à inclusão das condições gerais de contratação (§ 305, 2 e 3) (BOECKEN, 2019, p. 184). Todavia, ocorre o controle do conteúdo por meio da cláusula geral do § 307 (§ 310, 1, 2), que será analisada adiante (BROX; WALKER, 2019, p. 59).

5 A INCORPORAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

As condições gerais de contratação não são normas jurídicas (KLUNZINGER, 2013, p. 111). Por isso, para ingressarem na esfera contratual, dependem tanto do consentimento como do conhecimento de seu conteúdo pelas partes contratantes (BRÖMMELMEYER, 2014, p. 67).

A natureza contratual das condições gerais de contratação requer, logicamente, que as partes estejam de acordo com a sua aplicação (§ 305, 2, *in fine* do BGB). Nesse ponto, a aceitação das condições não difere do consentimento dado em um contrato individualmente negociado. Assim sendo, a aceitação das condições gerais pelas partes resulta do consentimento dado na conclusão do contrato (*Konsensualprinzip*), que pode ser expresso ou tácito (EISENHARDT, 2018, p. 62). Conforme o § 305, 2, 1 do BGB, as partes contratantes devem estar de acordo com o fato das condições gerais de contratação integrem o que foi pactuado. Se não for feita expressa referência à existência das condições, quando da conclusão do negócio, a lei alemã considera que elas não se tornam parte integrante do contrato (BROX; WALKER, 2019, p. 44).

Além disso, é ainda necessário, como regra, que a parte contratante, de maneira razoável (*in zumutbarer Weise*), tenha a possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo das condições (§ 305, 2, 2 do BGB), o que inclui as condições disponibilizadas na internet (FÖRSCHLER, 2018, p. 82). É dizer, considera-se tomar conhecimento de forma razoável quando as cláusulas são inteligíveis e acessíveis, o que exige inclusive que se leve em consideração eventuais necessidades especiais dos contratantes, como, por exemplo, a existência de deficiência visual (WOLF; NEUNER, 2016, p. 577). Tal regra pode ser afastada, excepcionalmente, no que toca a determinadas áreas privilegiadas, como em certos serviços de telecomunicações e transporte público, valendo o disposto no § 305a do BGB (EISENHARDT, 2018, p. 63).

As condições gerais de contratação são particularmente problemáticas quando se desviam das disposições legais em detrimento de uma das partes do contrato, introduzindo condições atípicas, objetivamente não habituais (*ungewöhnlich*) para o tipo de transação concluída (BRÖMMELMEYER, 2014, p. 68). Normalmente os clientes apenas concordam em se submeterem a elas porque confiam que apenas modificam regras típicas do negócio jurídico, mas não alteram os princípios fundamentais da transação realizada (BÄHR, 2013, p. 122).

A fim de proteger esta confiança na normalidade das condições gerais de contratação, o § 305c do BGB estipula que as “cláusulas surpresa” (*Überraschungsklauseln*), ou seja, aquelas com as quais o contratante normalmente não contaria, não fazem parte do contrato (BOECKEN, 2019, p. 185). E nesse sentido o Tribunal Federal de Justiça (BGH) deduz que não são admissíveis em relação ao contratante ordinário as cláusulas que tenham como efeito engano ou fraude (*Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt*) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 128).

Para tanto, deve ser aplicado um critério que seja objetivo, isto é, leva-se em conta a capacidade de compreensão de um cliente médio. Assim sendo, as condições gerais de contratação devem ser de fácil leitura para o cliente médio, o que toma em conta o tipo e o tamanho da imagem

escrita. Igualmente, é necessária a compreensão das cláusulas pelo cliente sem dispêndio excessivo de tempo (BROX; WALKER, 2019, p. 43).

Outrossim, também se utiliza o critério da localização da cláusula para se averiguar se se está diante de uma cláusula surpresa. É dizer: causa surpresa ao contratante a colocação de uma cláusula em local do contrato cuja temática não guarda nenhuma relação com o assunto tratado. Essa situação ocorre, por exemplo, se entre as cláusulas que tratam do prazo de entrega da mercadoria é acrescentada uma cláusula de exclusão da responsabilidade do fornecedor, ficando evidente o contexto totalmente diverso de sua colocação (BOECKEN, 2019, p. 185-186).

Em todo caso, vale notar que a inclusão das condições gerais de contratação não constitui um negócio jurídico particular, mas tão somente uma parte do próprio contrato.

6 INTERPRETAÇÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO E PREVALÊNCIA DOS ACORDOS INDIVIDUAIS

Na interpretação das condições gerais de contratação, não havendo disposição em sentido contrário, aplicam-se as regras gerais do BGB, que tratam da interpretação (§§ 133, 157) e da eficácia (§§ 134, 138) da declaração de vontade (BROX; WALKER, 2019, p. 43). Ao lado da utilização da interpretação comum dos contratos, também se exige uma interpretação típica das condições gerais de contratação (LÔBO, 2011, p. 123).

Nessa senda, eventualmente são celebrados acordos individuais adicionais com o cliente, os quais contradizem as condições gerais de contratação que foram simultaneamente acordadas. Assim sendo, aplica-se o § 305b do BGB, o qual determina que são ineficazes as cláusulas que estiverem em contradição direta ou indireta com o que foi pactuado expressamente e de forma individual pelas partes (*Vorrang der Individualabrede*) (BÄHR, 2013, p. 122).

O § 305b do BGB é uma regra de colisão (*Kollisionsregel*), que dá prevalência aos acordos individuais em detrimento das condições gerais de contratação (FÖRSCHLER, 2018, p. 82). Essa regra se fundamenta na maior consideração dada pelo BGB aos acordos individuais que às disposições abstratas previamente formuladas por apenas uma das partes, o que representa evidente consagração do princípio da autonomia privada (BRÖMMELMEYER, 2014, p. 68).

Na ausência de incorporação, seja total ou parcial, das condições gerais, o contrato permanece eficaz em virtude do § 306 do BGB (*der Vertrag im Übrigen wirksam*). Tal dispositivo, em sua alínea 2, dispõe que “o conteúdo do contrato se regula conforme as disposições legais” (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 130-134). Na falta de regras supletivas adequadas, o juiz deverá preencher as lacunas do contrato por meio de interpretação completiva (*ergänzende Vertragsauslegung*), levando em conta os interesses das partes (BOECKEN, 2019, p. 189-190). Excepcionalmente, o contrato será integralmente ineficaz, “se a sua manutenção, tendo em conta a alteração prevista na alínea 2, representar um rigor excepcional para uma das partes” (§ 306, 3 do BGB) (SAKOWSKI, 2014, p. 101). Nessa situação, não se pode simplesmente retirar a cláusula do contrato, visto que a manutenção do acordado sem referida cláusula levaria ao desequilíbrio de

sua equação financeira (*Störung des Vertragsgleichgewichts*). Semelhante solução será aplicada quando ocorrer a incorporação das condições gerais, mas seu conteúdo for declarado ineficaz (BROX; WALKER, 2019, p. 56).

Por fim, vale lembrar que a interpretação das condições gerais de contratação, diferentemente do que ocorre com as regras gerais do BGB, não parte da situação concreta do contratante, mas considera um contratante médio (*homo medius*), o que se extrai quando se pensa em uma multiplicidade de negócios jurídicos (BROX; WALKER, 2019, p. 46).

7 O CONTROLE DO CONTEÚDO DAS CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO

Superada a fase de incorporação das condições gerais de contratação, passa-se à fase de controle do seu conteúdo (*Inhaltskontrolle*). Nos §§ 307 a 309 do BGB são estabelecidos os requisitos para que as condições gerais de contratação, que foram efetivamente incluídas no contrato, possam ser consideradas eficazes (FÖRSCHLER, 2018, p. 83).

O controle de conteúdo segue a ordem inversa dos §§ 307 a 309 do BGB. Isso significa que primeiro são analisadas as regras do § 309, que proíbem determinadas cláusulas sem necessidade de valoração. Em seguida, passa-se à análise do § 308, cujas cláusulas proibidas necessitam de valoração de conteúdo (WOLF; NEUNER, 2016, p. 583). Por fim, caso não tenha sido violada nenhuma proibição dos §§ 309 e 308, leva-se em conta a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), como está estabelecido na cláusula geral do § 307 do BGB (BOECKEN, 2019, p. 186-188).

Desse modo, considerando a sequência determinada pela legislação alemã no que toca ao controle das cláusulas, serão primeiro analisados os §§ 308 e 309 (*Klauselverbote*). Em seguida, estudar-se-á a cláusula geral (*Generalklausel*) do § 307 do BGB (SAKOWSKI, 2014, p. 97).

7.1 As Listas Previstas nos §§ 308 E 309 do BGB

Os §§ 308 e 309 do BGB contêm duas listas que enumeram diferentes categorias de cláusulas que o legislador presume abusivas. Essas listas não são aplicáveis aos contratos entre profissionais, visto que seu campo de aplicação se limita aos contratos celebrados entre particulares e aos contratos de consumo (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 133).

A primeira lista contém as cláusulas em que o juiz tem a possibilidade de constatar a ineficácia, dispondo de um poder de apreciação (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) (RÜTHERS; STADLER, 2011, p. 252), o que justifica a utilização da expressão “lista cinza”. A segunda lista enumera os tipos de cláusulas cuja ineficácia deve ser declarada pelo juiz (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*), ou seja, nesse caso a lei não reconhece nenhuma margem de manobra, daí o nome “lista negra” (NERY; NERY JUNIOR, 2016, p. 185).

A) A “LISTA CINZA”

A “lista cinza” do § 308 do BGB enumera tipos de cláusulas que são vedadas se forem inapropriadas, não razoáveis ou objetivamente injustificadas. Como o juiz pode apreciar a eficácia dessas cláusulas, a legislação apresenta normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), o que permite a sua valoração em cada caso concreto (BRÖMMELMEYER, 2014, p. 72).

Tais cláusulas suspeitas podem ser reagrupadas em quatro categorias. A primeira categoria compreende as cláusulas relativas a prazos de aceitação, de pagamento, de verificação e de execução, que não devem ser nem excessivamente longos e nem insuficientemente determinados. A segunda categoria compreende as cláusulas que autorizam a resolução do contrato ou a modificação da prestação sem um motivo preciso. O terceiro grupo engloba as cláusulas que dão a um comportamento determinado do cocontratante o sentido de uma declaração de vontade ou que instituem uma presunção de recepção por uma declaração do utilizador. Por fim, o quarto grupo é constituído de cláusulas que preveem que em caso de resolução ou rescisão o cocontratante deverá pagar ao estipulante somas exageradamente elevadas (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 132).

B) A “LISTA NEGRA”

A “lista negra” do § 309 do BGB enumera as cláusulas que são vedadas. O legislador presume, irrefragavelmente, que essas cláusulas sempre prejudicam, de forma desproporcional, a outra parte (BOECKEN, 2019, p. 188). Não existe a possibilidade de uma ponderação de interesses, ficando o juiz obrigado a declará-las ineficazes (*Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*) (BROX; WALKER, 2019, p. 48).

Tais cláusulas são definidas de forma precisa, são bastante numerosas e mereceriam uma análise mais pormenorizada, mesmo porque cada uma delas constitui objeto de julgados importantes dos tribunais alemães. Sem exaurir a temática, podem ser citadas as cláusulas relativas ao aumento do preço após a conclusão do contrato, as que estabelecem um direito de recusa de execução da prestação, as que proíbem a compensação da dívida com créditos mútuos, as que fixam prazos adicionais, as cláusulas penais, as cláusulas de exoneração ou limitação de responsabilidade em caso de culpa grave, bem como as cláusulas que alterem a repartição do ônus da prova em detrimento do cocontratante (WOLF; NEUNER, 2016, p. 583).

Por conseguinte, no que toca ao controle do conteúdo das condições gerais de contratação, deve-se inicialmente examinar a presença de cláusulas que integrariam a lista do § 309. Em seguida, não havendo enquadramento no § 309, passa-se à verificação da existência de cláusulas que possam ser subsumidas no § 308. Por fim, analisa-se se há alguma disposição contratual que violou o § 307, regra que apresenta uma cláusula geral de controle do conteúdo (*Generalklausel der Inhaltskontrolle*) (BROX; WALKER, 2019, p. 48).

7.2 A Cláusula Geral de Controle de Conteúdo Prevista no § 307 do BGB

A partir da integração das disposições da Lei de 9 de dezembro de 1976 no BGB, o legislador consagrou o controle das condições gerais de contratação, que a jurisprudência, em um primeiro momento, tinha elaborado com base no critério da desvantagem injustificada.

Desta feita, o principal objetivo das normas em matéria de defesa da parte que se subordina às condições gerais de contratação é a verificação do conteúdo das cláusulas, isto é, se o utilizador das cláusulas não está impondo regras que prejudiquem injustamente a outra parte.

A) DESVANTAGEM INJUSTIFICADA

O § 307, I do BGB apresenta uma cláusula geral de controle de conteúdo (*Generalklausel der Inhaltskontrolle*), estabelecendo que as condições gerais de contratação são ineficazes, quando, contrariando exigências da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben* - § 242 do BGB), prejudicam injustificadamente o parceiro contratual do utilizador (SAKOWSKI, 2014, p. 100).

Para apreciar se a cláusula litigiosa criou efetivamente uma desvantagem injustificada (*unangemessene Benachteiligung*), o juiz deverá determinar os interesses em jogo das partes contratantes, sopesando a situação com a manutenção da cláusula e com a sua supressão (WOLF; NEUNER, 2016, p. 586). De forma mais ampla, trata-se de investigar se o utilizador tentou perseguir, ao recorrer às cláusulas padronizadas, exclusivamente seus próprios interesses, sem levar em conta a situação do cocontratante (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 131).

B) REGRA DA TRANSPARÊNCIA

Entre as cláusulas que prejudicam injustificadamente o cocontratante estão aquelas pouco claras e/ou não compreensíveis, que podem violar a regra da transparência (*Transparenzgebot*) das condições gerais de contratação (BOECKEN, 2019, p. 189). O dever de transparência está codificado no § 307, 1, 2 do BGB, o qual dispõe que a falta de clareza e de inteligibilidade da cláusula pode constituir uma desvantagem injustificável (KLUNZINGER, 2013, p. 118). Isso decorre do fato de que os direitos e deveres dos contratantes devem ser formulados em cláusulas contratuais que sejam apresentadas de forma clara, certa, determinada e compreensível (BROX; WALKER, 2019, p. 54). Assim sendo, uma cláusula que não preencha esses requisitos e que conduza a uma desvantagem injustificada para o parceiro contratual pode ser considerada globalmente ineficaz (BÄHR, 2013, p. 122).

Outrossim, como o utilizador estabelece unilateralmente as condições gerais, é ele que deve se preocupar com problemas relacionados à sua clareza. É dever do utilizador formular as cláusulas de maneira a evitar dificuldades em sua compreensão. Eventuais dúvidas sobre a interpretação das condições gerais são ônus do seu utilizador, de forma que se uma cláusula permite várias interpretações possíveis, deve-se aplicar a interpretação mais favorável ao cliente (SAKOWSKI, 2014, p. 100).

C) CASOS DE APLICAÇÃO DA DESVANTAGEM INJUSTIFICADA

Conforme o § 307, 2 do BGB, em caso de dúvida, presume-se a desvantagem injustificada quando uma disposição: a) não é compatível com as ideias fundamentais da regulação legal que ela derogou (*Abweichung von wesentlichen Grundgedanken*); b) quando ela restringe direitos e obrigações essenciais decorrentes da natureza do contrato, de tal forma que compromete a realização do objetivo do contrato (*Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten*). Assim sendo, pelo texto do § 307, 2 do BGB, procura o legislador concretizar o critério geral da desvantagem injustificada, apresentando dois casos de aplicação (*gesetzliche Regelbeispiele*) (KLUNZINGER, 2013, p. 117).

Desse modo, a primeira disposição foca a incompatibilidade de uma cláusula padrão com o modelo das regras de um tipo contratual determinado. A segunda regra, por seu turno, trata das cláusulas que comprometem a realização do objetivo contratual (*Vertragszweck*) (RÜTHERS; STADLER, 2011, p. 253), o que pode ser o caso das cláusulas exoneratórias ou limitadoras de responsabilidade, notadamente quando elas se aplicam ao descumprimento de uma obrigação fundamental do contrato (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 132).

A revisão de conteúdo das condições gerais de contratação leva em conta que é possível a negociação em torno de normas de caráter dispositivo, que podem ser afastadas, alteradas ou complementadas (§ 307, 3, 1 do BGB) (MEDICUS, 2010, p. 176). Não se permite, por outro lado, negociações envolvendo normas cogentes, de forma que qualquer cláusula que afaste direito cogente será considerada inválida (BÄHR, 2013, p. 123). Em todo caso, não se subordinam ao controle as cláusulas que simplesmente repetem o conteúdo da lei, as quais são chamadas de cláusulas declaratórias (*deklaratorische Klauseln*) (BOECKEN, 2019, p. 187).

Com efeito, a desvantagem injustificada que conduz à invalidade das condições gerais de contratação decorre do seu grau de desvio em relação à regulamentação legal normal. Todavia, para a aplicação dessa disposição, é necessária a existência de regulação detalhada pela legislação da relação contratual (BÄHR, 2013, p. 123).

Por fim, de acordo com o § 307, 3 do BGB, o controle de conteúdo se aplica às disposições que deroguem regras supletivas ou as complementem, mas ficam de fora as cláusulas relativas ao preço e à prestação, que são objeto do contrato. Evita-se, com isso, que o juiz tenha que se pronunciar sobre o equilíbrio entre as prestações ou que ele possa modificar, pela via do controle das condições gerais de contratação, o conteúdo da lei (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 130).

8 O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA INEFICÁCIA DAS CONDIÇÕES GERAIS

Os contratantes podem invocar, em um litígio judicial individual, a ineficácia das condições gerais de contratação (*Individualrechtsschutz*) (BRÖMMELMEYER, 2014, p. 74). Tal discussão judicial pode envolver a utilização de direito próprio do contratante contra as cláusulas contratuais

ou também pode constituir meio de defesa (SAKOWSKI, 2014, p. 101).

Por outro lado, como as condições gerais de contratação frequentemente atingem os consumidores, a “Lei relativa às ações inibitórias em matéria de direitos dos consumidores e outras infrações” (*Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen - UKlaG*) concede a determinadas associações o direito de questionar judicialmente, via ação coletiva, a eficácia dessas condições gerais de contratação, proibindo-se a sua utilização futura (RÜTHERS; STADLER, 2011, p. 258-259).

Tal espécie de ação coletiva (*Verbandsklage*) pode ser ajuizada por associações de defesa do consumidor (*Verbraucherschutzverbände*), bem como por associações de promoção de interesses da indústria e do comércio (*Wirtschaftsverbände*) (BOECKEN, 2019, p. 179). A proteção coletiva contra condições gerais de contratação não depende da existência de um caso concreto (WOLF; NEUNER, 2016, p. 581), ponto que aproxima a tutela coletiva alemã do controle preventivo judicial brasileiro, feito principalmente pela via da ação civil pública (LÔBO, 2011, p. 131).

No que diz respeito ao processamento dessa ação coletiva (*Verbandsklage*), valem as regras gerais do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung - ZPO*), ressalvadas regras especiais da UKlaG (BROX; WALKER, 2019, p. 58).

CONCLUSÃO

O direito alemão apresenta um sistema de controle das cláusulas gerais de contratação bastante elaborado. Tal sistema, ao definir as condições gerais de contratação, apresenta os pressupostos necessários para que um contrato possa ser submetido às regras dos §§ 305 a 310 do BGB. A definição e delimitação do campo de atuação das condições gerais de contratação pelo legislador alemão certamente facilita muito o trabalho do operador do direito. O mesmo infelizmente não ocorre no Código Civil de 2002, haja vista a ausência de previsão legal específica sobre o assunto.

No sistema alemão a proteção da parte hipossuficiente é garantida, inicialmente, pelo controle de introdução das cláusulas, o qual exige que a parte contratante tenha conhecimento da existência das condições gerais de contratação, tenha acesso a elas, bem como esteja de acordo, proibindo-se cláusulas surpresa. As regras de interpretação também são bastante consistentes, pois, em caso de dúvida, levam à interpretação em desfavor do utilizador das cláusulas e ainda dão prevalência ao que foi contratado por meio de negociação individual. Ademais, o controle de conteúdo é bastante detalhado, partindo de cláusulas que sempre são proibidas, passando por cláusulas que podem ser ou não afastadas pelo juiz e prevendo, ainda, uma cláusula geral de controle de conteúdo, que permite ao juiz resolver casos não abrangidos pelas regras anteriores.

Facilmente pode-se notar que há uma oposição entre a apreciação *in concreto* do direito brasileiro e a apreciação *in abstracto* do direito alemão, o que se extrai do campo de aplicação dos dispositivos legais. Realmente, ao conceder ao juiz o poder de apreciar o caráter abusivo de uma cláusula contratual, o legislador brasileiro optou por uma apreciação *in concreto*, o que pode

prejudicar a segurança jurídica. O direito alemão buscou a solução inversa, pois o controle judicial das condições gerais é realizado, como regra, abstraindo-se considerações relacionadas ao lugar, à qualidade pessoal das partes contratantes, o contexto de formação de contrato e as relações de força.

Todavia, é de se notar que a diretiva 93/13 obrigou o legislador alemão a prever a obrigação do juiz levar em conta as circunstâncias que envolvem a conclusão do contrato quando da apreciação da desvantagem injustificada. Isso incorporou certa dose de apreciação *in concreto*, o que gerou uma parcial ruptura no sistema alemão, que se fundava apenas na lógica objetiva, passando a expressar uma lógica mista, ou seja: objetiva e subjetiva. Mesmo assim, o modelo proposto pelo legislador europeu considerou que os sistemas abertos são insuficientes para o estabelecimento de controle razoável das condições gerais de contratação, entendimento que certamente se contrapõe ao sistema aberto brasileiro.

No direito brasileiro, por outro lado, somente com o Código de Defesa do Consumidor é que as condições gerais dos contratos foram implicitamente disciplinadas, mas ficaram restritas ao âmbito de abrangência do consumidor. Foram contempladas, sem menção expressa, no Capítulo VI do Código de Defesa do Consumidor, denominado “Da proteção contratual”, atinente ao contrato de adesão e às cláusulas abusivas. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi bastante econômico ao cuidar da matéria, reservando apenas dois artigos (arts. 423 e 424) ao tratamento do contrato de adesão, que foram colocados nas disposições gerais aplicáveis aos contratos. Nesse contexto, preceitua o art. 423 que se no contrato de adesão houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente⁶. Já o art. 424, por seu turno, evidenciou que são nulas, nos contratos de adesão, as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Esses artigos estabelecem regras básicas sobre o contrato de adesão, que não são suficientes para abranger as complexas dimensões das condições gerais dos contratos.

Por conseguinte, é patente a insuficiência da legislação brasileira sobre o tema, visto que o Código Civil de 2002 não trata diretamente das condições gerais de contratação, enquanto no Código de Defesa do Consumidor a disciplina é parcial e de determinados pontos do assunto (e.g. cláusulas abusivas), mas seu campo de abrangência é restrito ao consumidor. Assim sendo, diante da importância e da complexidade da matéria, da necessidade de se controlar e inibir abusos, bem como considerando a experiência alemã estudada, que introduziu a temática no BGB e a tratou com considerável minúcia, é premente a revisão do direito positivo brasileiro. Faz-se mister o tratamento de forma mais ampla e acurada das condições gerais de contratação no Brasil, valendo o modelo alemão como um bom paradigma para uma futura reforma do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

BÄHR, Peter. **Grundzüge des Bürgerlichen Rechts**. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.

⁶ Art. 423 do Código Civil. “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

- BOECKEN, Winfried. **BGB: Allgemeiner Teil**. 3. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.
- BRÖMMELMEYER, Christoph. **Schuldrecht Allgemeiner Teil**. München: C.H. Beck, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 49. ed. München: C.H. Beck, 2019.
- EISENHARDT, Ulrich. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FÖRSCHLER, Peter. **Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts**. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- FÜHRICH, Ernst. **Wirtschaftsprivatrecht**. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2014.
- HIRSCH, Christoph. **BGB Allgemeiner Teil**. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- KLUNZINGER, Eugen. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOOSCHELDERS, Dirk. **Schuldrecht: Allgemeiner Teil**. 15. ed. München: Franz Vahlen, 2017.
- MEDICUS, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.
- REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. **Allgemeiner Teil des BGB**. 17. ed. München: C.H. Beck, 2011.
- SAKOWSKI, Klaus. **Grundlagen des Bürgerlichen Rechts: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler**. 3. ed. Heidelberg: Springer, 2014.
- SCHLECHTRIEM, Peter. **Schuldrecht Allgemeiner Teil**. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- WEILER, Frank. **Schuldrecht Allgemeiner Teil**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 75-98, out./dez. 2017.

Como citar: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A contratação na sociedade massificada e as condições gerais de contratação no direito alemão. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 117-133, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24n2p117. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 25/04/2020.

Aprovado em: 25/06/2020.

**A REVISTA ÍNTIMA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO
E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À
LUZ DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DOS ASPECTOS
TECNOLÓGICOS**

CLOSE INSPECTIONS IN THE WORKPLACE AND THE
VIOLATION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON FROM
THE PERSPECTIVE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND
TECHNOLOGICAL ADVANCES

*Mestrado em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito e Prática Previdenciária pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Graduação em andamento em Licenciatura de Letras Português/Inglês pela UNICESUMAR. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)
Email: anapaulabatista@hotmail.com

Ana Paula Baptista Marques*
Leda Maria Messias da Silva**

Como Citar: MARQUES, Ana Paula Baptista. DA SILVA, Leda Maria Messias. A revista íntima no meio ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana à luz da inteligência artificial e dos aspectos tecnológicos. *Scientia Iuris*, Londrina, v.24, n.1, p. 135-148, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p135. ISSN 2178-8189.

** Pós Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.
Email: lemead@uol.com.br

Resumo: Este artigo concentra-se na análise dos Direitos e Garantias Fundamentais que regulam a vida social, política e jurídica dos cidadãos brasileiros, acrescidos dos princípios constitucionais, que garantem à pluralidade, inclusive aos trabalhadores, especialmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, num primeiro momento, este estudo propõe-se a ponderar as revistas que os empregadores ou seus prepostos realizam nos empregados, quando da vigência do contrato de trabalho a fim de observar, igualmente, quando há abuso do poder diretivo do empregador e, quais são os direitos personalíssimos lesados dos trabalhadores. Para exemplificar esse contexto, no segundo tópico, o artigo analisa a nova conjuntura marcada por sucessivos e significativos avanços tecnológicos e pelo advento de máquinas direcionadas ao monitoramento desses empregados, com o intuito de evitar que tais sejam submetidos às revistas íntimas, especialmente ao contato físico, comumente constrangedor, e, por fim, este estudo tece um paralelo entre o atual progresso da automação nos postos de trabalho e a chegada da inteligência artificial na seara trabalhista enquanto forte aliada para os progressos dentro dos espaços empresariais. Para fundamentação do exame proposto, o método utilizado é o indutivo, que, mediante observação de questões particulares,

enseja a extração de conclusões mais abrangentes.

Palavras chave: Revista íntima. Inteligência artificial. Dignidade humana.

Abstract: This scientific article analyzes fundamental rights and guarantees that regulate social, political and legal aspects of Brazilian citizens lives. In particular, this paper explores constitutional principles that guarantee workplace diversity – specifically, a right stemming from the dignity of the human person. In this sense, this study initially questions whether stopping and frisking employees is an abuse of the employer’s directive power and, therefore, violates an employee’s contract. In order to better illustrate this context, this paper also analyzes the successive and significant technological advances of the twenty first century, which, with the advent of machines, have been used to monitor employees, in order to prevent them from being stopped and frisked – a practice which can be significantly embarrassing for the employee. Finally, this research draws a parallel between the current progress of automation in the workplace and the arrival of artificial intelligence in the labor market as a strong ally for progress within business spaces. In order to reach our conclusions, this study utilized the inductive method with the use of comprehensive scientific observations.

Keywords: Intimate magazine. Artificial Intelligence. Human dignity.

INTRODUÇÃO

Em 1988, a Constituição brasileira legitimou, em seu art. 5º, a igualdade a todos perante a Lei, garantindo aos brasileiros, e também aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida (digna), à honra, à imagem e à intimidade e vida privada (BRASIL, 1988). Tal dispositivo, portanto, deu azo aos direitos constitucionais que, por seu turno, foram, individualmente, conceituados e alargados aos princípios e às garantias fundamentais, dentre os quais o destaque está na dignidade da pessoa humana.

É sob esse enquadramento, então, que o presente estudo expõe os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, bem como suas conquistas na década de noventa com a Constituição Cidadã, com a oficialização dos direitos e das garantias a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, sendo todos abarcados de igual modo, até mesmo os estrangeiros.

Assim, doravante interpretações teleológicas, esta análise tem na filosofia kantiana o fulcro necessário para elucidar que a dignidade da pessoa humana emergiu anteriormente ao Estado, caracterizando-se enquanto um princípio basilar dos direitos fundamentais.

Ademais, considerada a amplitude da Constituição Federal de 88 no amparo às condições humanas, entra em cena, por um viés controvertido, o tema da revista íntima praticada por empregadores no meio ambiente de trabalho, ação em geral abusiva, cujo alcance pode acarretar danos morais a serem reparados aos trabalhadores.

Por conseguinte, acurada a questão, este estudo se aprofundará, particularmente, no exame do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador, intentando demonstrar a extrema relevância dos direitos fundamentais, especialmente dos trabalhadores, tendo em vista o fato de que mais grave do que ofender uma norma é violar um princípio, uma vez que aquela é o corpo material, ao passo que este é o espírito, a alma que dá vida à lei.

Nesse diapasão, em função da revista íntima dos empregadores e seus prepostos aos funcionários, serão evidenciados os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, cuidando para que sejam priorizados e observados pelo empresariado, no ato da revista de seus empregados, evitando-se constrangimentos, abusos de poder ou o desrespeito aos direitos previstos na Lei Maior.

Reconhecendo a importância dos direitos fundamentais e da dignidade humana do trabalhador, haja vista a inviolabilidade da intimidade e da vida privada do empregado, esta exposição aponta que a revista íntima é abusiva, pois rompe, diretamente, com a dignidade da pessoa humana.

Não existe revista íntima razoável. Nessa toada, o estudo em apreço demonstra que já se multiplicam diversos entendimentos jurisprudenciais que consideram o ato em si um abuso de direito e, diante do regramento constitucional, como algo ilícito.

À vista disso, para que sejam realizadas revistas nos empregados, já que essas são legalmente permitidas pela legislação trabalhista, os trabalhadores revistados deveriam ser submetidos, por exemplo, a equipamentos eletrônicos, tendo em conta que os avanços tecnológicos caminham de

braços dados com o desenvolvimento atual dos postos de trabalho, destinando-se, essencialmente, à prevenção de constrangimentos desnecessários e ofensas à dignidade da pessoa humana.

Em semelhante medida, admite-se que, futuramente, com o aperfeiçoamento da inteligência artificial nos postos de trabalho, as revistas realizadas pelos empregadores em seus funcionários sejam robotizadas, afinal os benefícios desta inovação são inúmeros, dentre eles: a diminuição da jornada de trabalho e, também, a substituição da ação humana ou, em outras palavras, do constrangedor contato físico.

O método adotado é o indutivo, o qual parte de questões particulares para as gerais.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

São considerados essenciais todos os direitos que tornam indissociáveis a relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais.

Dessa relação, surgiram os direitos individuais e coletivos, previstos e pacificados em título próprio, dos direitos e das garantias da CF/88. Ambos estão, umbilicalmente, ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, a saber: à igualdade, à dignidade humana, à intimidade e vida privada, previstos no art. 5º e incisos do mesmo corpo jurídico.

Ressalta o texto constitucional que os destinatários desses direitos são todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, além dos apátridas, isto é, pessoas jurídicas e estrangeiros que não residem no país, sendo esses últimos inclusos pela interpretação sistemática e teleológica do artigo em lume, o qual anuncia que todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza, independentemente de sua nacionalidade ou situação no país (BRASIL, 1988).

Sob essa ótica, pondera-se que toda pessoa é titular dos direitos fundamentais, que, de sua parte, nascem com o indivíduo e, por isso, não representam uma concessão do Estado.

É aqui que se encontra inserido o princípio da dignidade humana enunciado por Kant como fórmula do imperativo categórico para que todo ser humano trate a humanidade, tanto na sua própria pessoa como na pessoa de todo outro, sempre como um fim e nunca unicamente como um meio, pois todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor intrínseco: a dignidade (KANT, 1974, p. 20).

Com base nesse princípio da dignidade da pessoa humana, constata-se que toda e qualquer pessoa têm assegurados os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, os quais, por sua natureza basilar, garantem a todos serem seus titulares. Dentre esses direitos, estão o direito à vida, à honra, à intimidade e à vida privada; e, notadamente amparado por esta investigação, o direito dos trabalhadores.

A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, remetendo, antes, à restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem (ALEXY, 2008, p. 10). Logo, esses direitos traduzem os bens da vida, à medida que as garantias almejam assegurá-los. Nesse ponto participa a dignidade dos trabalhadores, isso porque o labor faz parte da

própria história da existência humana, ressaltando que os valores sociais do trabalho e a dignidade são fundamentos constitucionalmente consagrados na Carta Magna.

Congregando os direitos fundamentais do homem e, especificamente, os direitos sociais e os princípios que lhe são próprios, denota-se que todos são imprescindíveis à concretização da própria dignidade da pessoa humana. Isso posto, José Afonso da Silva defende que os direitos sociais constituem, categoricamente, os novos direitos fundamentais do homem, à proporção que espelham um meio positivo que reconhece o direito ao trabalho como condição precípua no caminho da efetividade da existência digna de todos os brasileiros (SILVA, 2007, p. 45).

Ocorre que, embora a justiça social seja constitucionalmente garantida, mediante o valor social ao trabalho digno para todos, desde a Revolução Industrial, com a adoção do capitalismo, os direitos sociais para todos enfrentam obstáculos ante as evidentes desigualdades sociais desse modelo econômico.

Com o intuito de solucionar tais divergências, desponta a flexibilização, que, de outro modo, pode ser entendida como a exclusão dos direitos trabalhistas, visto que tal prática não parece ser um instrumento apto a reequilibrar a posição de inferioridade com que se depara a massa de trabalhadores brasileiros e em virtude da qual esses se veem impedidos do efetivo exercício das liberdades constitucionalmente garantidas (SARLET, 2012, p. 91-92).

Conquanto haja previsão da justiça social na Constituição Brasileira, o sistema capitalista vigente torna desiguais as relações empregatícias: de um lado, a classe dominante dos empregadores, que possuem seus direitos fundamentais assegurados; já de outro, a grande maioria dos trabalhadores, que, apesar de respaldados constitucionalmente pelas mesmas garantias fundamentais, têm, cada dia mais, seus direitos lesados, inclusive, com as tentativas de flexibilização das atividades laborais (HOBSBAWM, 1996, p. 50).

Como em um Estado Democrático de Direito não se concebe a flexibilização dos direitos fundamentais do homem, não se pode conceber, do mesmo modo, a flexibilização dos direitos sociais que lhe garantem ou que, ao menos, deveriam lhe garantir uma existência digna; aliás, uma flexibilização da dignidade do trabalhador, fato que não se faz nem moral, tampouco (e sobretudo) constitucionalmente, vez que vai de encontro a um pretense regime de justiça social com fundamento no valor social do trabalho.

É impossível falar em trabalho sem mencionar seu principal protagonista – o homem; constitucionalmente, a vida está tutelada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em que todos estão protegidos por lei e ninguém poderá ser, arbitrariamente, privado de sua existência.

Comparato, claramente, relaciona a dignidade de cada indivíduo ao simples fato dele existir; portanto, independentemente de qualquer outro fator, basta à pessoa nascer para ser titular da dignidade humana como direito (COMPARATO, 2010, p. 45).

Nessa direção, constata-se que a dignidade acompanha todos os indivíduos desde sua origem. Por isso, importante destacar que, mesmo em época de flexibilização do Direito do Trabalho, cresce o movimento de valorização do seu princípio protetor como forma de realização do princípio da igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica de trabalho e da

dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Relembrando as considerações históricas do direito laboral, a desembargadora mineira Alice Monteiro de Barros bem assevera que este ramo jurídico, desde os primórdios, irrompeu sob o império da máquina, como uma reação aos vícios da liberdade econômica e à exploração prematura do material humano, que aduzia a acidentes mecânicos do trabalho, baixos salários e excessivas jornadas, em que os principais lesados são os trabalhadores indo, diretamente, contra o princípio da dignidade da pessoa humana (BARROS, 1999, p. 09).

Ultimamente, porém, ante os avanços tecnológicos e as transformações da globalização na sociedade, os direitos e as garantias trabalhistas que devem ser preservados estão em discussão, sobretudo a manutenção da dignidade da pessoa humana do trabalhador, tendo em vista a importância desta garantia para propiciar a todos os seres humanos uma sociedade mais justa, com igualdade de oportunidades, para o seu pleno desenvolvimento físico e intelectual.

1.1 Do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador

Etimologicamente, privacidade compreende o conjunto de informações acerca do indivíduo, as quais ele pode decidir manter sob seu controle ou comunicar a terceiros, da maneira como preferir; o direito à privacidade abrange o direito à intimidade, porém a Constituição Federal faz a distinção desses direitos (FERREIRA, 1986, p. 30).

Constitucionalmente, a intimidade alberga a vida particular do indivíduo, enquanto a privacidade consiste na proteção da vida exterior – atividades públicas, sociais, profissionais – e da vida interior – atividades junto à família, aos amigos, etc.; contudo, a violação tanto à intimidade quanto à vida privada é protegida e assegura ao lesado direito à indenização (BRASIL, 1988).

É ressaltada a importância do respeito desses direitos do indivíduo em todo e qualquer lugar, precipuamente, no meio ambiente de trabalho, onde, frequentemente, os empregadores ultrapassam os limites ao poder diretivo, infringindo, rigorosamente, os direitos à intimidade e à vida privada do empregado.

Mesmo que o poder diretivo possibilite ao empregador uma maior abrangência no local e nos horários de trabalho de seu empregado, por exemplo, no caso de revistas íntimas, ainda que, com o consentimento do empregado, a ação torna-se uma afronta direta aos princípios constitucionais (NUNES, 2011, p. 56).

A CLT já contém dispositivo neste sentido, conforme já citado, mas, qual o limite entre a revista moderada e a íntima? Dessa premissa, entende-se ser necessário utilizar não apenas os institutos em pauta, mas, também, o princípio da razoabilidade, que pode orientar o poder de controle do empregador, estabelecendo o bom senso como limite de seu poder diretivo e o respeito à dignidade do seu empregado/colaborador como meta dessa relação de trabalho.

O direito à intimidade e à vida privada elege um direito fundamental; portanto, quando atingir a pessoa do trabalhador o direito da personalidade deverá prevalecer. Ainda que o direito à intimidade e à vida privada não seja absoluto, são direitos fundamentais que devem ser sempre

preservados, afinal todos direitos fundamentais devem ser tratados por sua unidade e harmonização.

A Consolidação das Leis do Trabalho é omissa a respeito dessa questão e encontra obstáculos nas reiteradas decisões judiciais, que vêm propiciando ocasiões de invasão da privacidade do operário porque relacionam violação da vida privada e da intimidade dos trabalhadores com o poder diretivo. Ocorre que não é a subordinação do empregado, muito menos a detenção de poder diretivo do empregador, que irão justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho (ROMITA, 2009, p. 83).

O conceito de poder diretivo do século XXI deve ser diverso daquele empregado na Idade Média, visto que o empregado não é mais o servo, muito menos o empresário: seu senhor. Sendo assim, essas garantias de liberdade individual e dignidade humana do trabalhador representam um espaço íntimo intransponível por intromissões de terceiros, principalmente do empregador.

Tendo em vista a não violação desses direitos resguardada constitucionalmente, em que o empregador jamais pode transpor a intimidade e a vida privada de seus funcionários, a questão da revista no ambiente de trabalho (seja pessoal ou íntima) é um exemplo de possível conflito oriundo do poder de direção do empregado em face da intimidade e privacidade do empregado.

Entretanto, como bem ressalta Maurício Godinho Delgado, a importância do valor social do trabalho, para a nossa sociedade, é um dos mais relevantes veículos de valorização do próprio ser humano, uma vez que a larga maioria dos indivíduos mantêm-se, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa (DELGADO, 2005, p. 167).

Assim, devido à extrema relevância do trabalho para a existência humana, a grande massa de trabalhadores está subordinada ao poder diretivo para garantia de seu emprego e como fruto desse poder empregatício sobrevêm as revistas realizadas pelos empregadores ou seus prepostos que, quando íntimas, são simplesmente proibidas, ferindo, diretamente, os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada dos empregados.

Por óbvio que existem excepcionais situações em que o tipo de atividade empresarial impõe um maior controle sobre as entradas e saídas das empresas: indústrias fabricantes de drogas lícitas, de joias e de peças íntimas, por exemplo. Em tais casos, a revista deve ser a mais cuidadosa possível, equacionando o respeito ao indivíduo com o imperativo fiscalizatório (DUARTE; TUPINAMBÁ, 2002, p. 234). Saliente-se que o ideal é que a revista íntima aconteça, exclusivamente, na saída dos locais de trabalho, por meio de um sistema de delação automática e mediante acordo entre patrão e empregados.

Todavia, caso a opção do empregador for a colocação de câmeras de vídeo ou televisão, ressalta Marcelo Roberto Viana que tais meios fiscalizatórios devem estar vinculados aos limites impostos nos princípios constitucionais de personalidade dos empregados de direito à proteção da intimidade e privacidade (VIANA, 1996, p. 234). Importante destacar, além disso, que tais meios eletrônicos jamais podem ser instalados nos locais reservados e íntimos dos empregados, como vestiários, banheiros, refeitórios e dormitórios; sempre respeitando o princípio da razoabilidade, sem abuso do direito, caracterizado pelo excesso do poder fiscalizatório.

1.2 A revista íntima no meio ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

Pelo escopo assinalado, a CF/88 assegura a todos cidadãos brasileiros ou estrangeiros os direitos fundamentais, também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas; e com ênfase: o direito à intimidade e à vida privada do trabalhador e os direitos fundamentais, cuja finalidade está em proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões (SARLET, 2012, p. 55).

Em plano posterior, ressalta-se, ainda, que tanto a análise dos direitos fundamentais quanto das garantias constitucionais é considerada relevante para a compreensão e complementação do tema – revista íntima e violação da dignidade da pessoa humana –, para proteção aos direitos da personalidade do empregado, mormente na fase de cumprimento de contrato de trabalho, haja vista que na maioria das vezes há abuso do poder diretivo durante as revistas íntimas realizadas pelos empregadores e seus prepostos, fatos esses que violam veementemente as garantias supramencionadas que jamais podem ser olvidadas, uma vez que, também ferem a dignidade da pessoa humana do trabalhador, que acima de tudo é um ser humano.

Tais revistas denominadas íntimas são aquelas praticadas em relação ao trabalhador ante qualquer ato de molestamento físico ou a coerção para se despir em ação capitaneada por funcionário ou encarregado da empresa, exigindo do empregado que exponha ou coloque à mostra seu corpo, ainda que de forma parcial.

Ocorre que, não existe respeito em determinar que um empregado fique nu, contra sua vontade, para a prática de revista, pois a exposição do corpo consiste na invasão da intimidade; mesmo quando não se imponha a nudez completa, se configura a invasão à intimidade do trabalhador (NUNES, 2011, p. 68).

Em sua maioria, essas revistas são diariamente efetuadas na pessoa do empregado e adentram na esfera de sua intimidade, em que a habitual explicitação de seu corpo já caracteriza invasão de sua intimidade e, por consequência, violação à sua dignidade humana.

Por isso, a legislação trabalhista já proíbe, expressamente, o empregador ou preposto (do sexo masculino) a praticar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Haja vista a garantia da privacidade e intimidade, tanto às mulheres quanto aos homens, o empregador ou preposto da empresa fica vedado de proceder à revista íntima: trata-se de uma garantia constitucional, por isso seu descumprimento acarreta em violação à dignidade humana do indivíduo (CABETTE, 2016). Ressalta-se que, a CLT, também, tem previsão sobre a proibição no artigo 373-A, VI, cujo dispositivo resta evidente esse impedimento legal em relação às revistas íntimas dos empregadores durante o contrato de trabalho em seus funcionários.

Nesse mesmo compasso, existem reiteradas decisões jurisprudenciais que consideram a revista íntima no local de trabalho uma violação do direito constitucional à intimidade, dado

que tal conduta não encerra a necessidade do contato físico entre empregado e supervisor, sendo suficiente para conformação do ato abusivo a revista visual, em que o trabalhador é constrangido a exibir seu corpo nu, ou em roupas íntimas, não sendo atenuante, nesse caso, o fato de o supervisor ser do mesmo sexo do empregado (BRASIL, 2011).

Destarte, o contato visual já esculpe prática abusiva, segundo o entendimento do TST, por sujeitar o empregado à situação constrangedora, ofendendo sua honra, intimidade e dignidade ao ter que ficar apenas com roupas íntimas em frente de seu supervisor hierárquico.

Também são abusivas as práticas das revistas íntimas empresariais, quando inseridas na relação de emprego, pouco importando o consentimento do empregado. A prática é desqualificada pelo caráter de ser atentatória à dignidade do trabalhador. A modalidade de “revista íntima” forma o ápice da promoção do desrespeito ao trabalhador, levando o poder de direção do empregador às consequências mais agressivas ao patrimônio de seu funcionário (LIMA FILHO; PEREIRA, 2009, p. 29).

Nesta toada nota-se que a revolta causada nas revistas íntimas é inequívoca. Contudo a matéria é mais nevrálgica, afinal é preciso enfatizar que existem, ainda, as revistas não íntimas, também chamadas ilegítimas, antijurídicas e atentatórias aos direitos de intimidade pessoal. Em razão disso, também nesses casos, não se pode admitir uma renúncia válida do empregado na formalização do seu contrato de trabalho (SOUZA, 2008, p. 176).

Ressalta-se ainda ser indiferente que essas revistas, cujos teores são pessoais, mesmo que ocorram diante de clientes ou demais funcionários ou que sejam realizadas em locais de absoluto resguardo; a incolumidade física e moral dos trabalhadores não está na relativização no curso do contrato de trabalho (NUNES, 2011, p. 119).

Aliás, inseridos em uma realidade fraqueada por um horizonte repleto de recursos tecnológicos e de outras formas que facultam descortinar a existência de produtos ou pertencas da empresa junto ao empregado, sequer há a necessidade de recorrer às revistas íntimas. Isso sem contar a possibilidade de se evitar a revista íntima recorrendo-se ao uso de vestimentas especiais; por exemplo, enquanto o empregado está no trabalho fazer uso de macacão sem bolso (ROMITA, 2005, p. 83).

Existem diversos meios para que as revistas íntimas sejam evitadas, respeitando, em primeiro lugar, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Reitere-se: não há revista íntima razoável. Já que o ato em si constitui abuso de direito e, diante do regramento constitucional, é ilícito. O direito de propriedade não se estende a ponto de permitir ao empregador dispor a intimidade de seus empregados, submetendo-os, cruelmente, a humilhações, às quais se curvam pela necessidade de conservação do emprego.

Não é legítimo tolerar-se a recusa a valor tão básico, cuja reiteração, por certo, redundaria em rigorosa modificação do espírito e em irrecusável sofrimento para o trabalhador. Pergunta-se como reagiriam empregador, seus prepostos e, ainda, aqueles que firmam tal comportamento acaso submetidos a diárias revistas íntimas. Não se crê que, então, sustentassem-nas com tal vigor. São inapreensíveis por outrem os direitos pessoais à preservação da dignidade, intimidade, privacidade

e honra. Infligindo dano moral, obriga-se o empregador à indenização correspondente (TST, 2017).

Dessa forma, a CLT admite a revista dos empregadores e seus prepostos em todos seus funcionários, desde que não seja abusiva, muitas vezes, sob os argumentos de que o objeto da própria atividade empresarial permite a vistoria no local de acesso à saída dos trabalhadores. Contudo, a revista íntima, de qualquer maneira, é invasiva e pode ser realizadas tão somente por meio de equipamentos eletrônicos, tais como scanners, aparelhos de Raio X e detectores diversos, a fim de se evitarem constrangimentos desnecessários e ofensas à dignidade da pessoa humana.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS ASPECTOS TECNOLÓGICOS DA REVISTA ÍNTIMA NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Em relação à revista dos funcionários ao entrar e sair do seu local de trabalho, vale esclarecer que essa matéria sofreu profundo avanço desde a Constituição Brasileira de 1988. Já que se trata de um procedimento empresarial decorrente do poder diretivo do empregador, cuja finalidade é salvar o patrimônio da empresa e a segurança dos empregados.

No ambiente de trabalho, essa revista íntima tem sido um terreno de conflitos oriundo do poder de direção do empregador versus a intimidade e privacidade do empregado. E isso, invariavelmente, provoca inquietações, tais como: Ao empregador, é permitido, ao fiscalizar seus empregados, proceder a revistas íntimas? Essa “revista íntima” refere-se apenas ao corpo do trabalhador ou também a seus pertences? (ROMITA, 2005, p. 48).

Possivelmente a maior dificuldade para se atingir à plausibilidade está na ausência de uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e onde termina o poder de subordinação do empregado; nem sempre há uma única resposta a estas perguntas, visto ser quase impossível distinguir tal poder diante das inovações tecnológicas de trabalho e dos novos meios de informação.

Ocorre que, o desenvolvimento da inteligência artificial e a presença das máquinas no meio ambiente laboral em ascensão, certamente, proporcionarão o equilíbrio necessário ao poder diretivo do empregador, tornando, futuramente, essas revistas íntimas possivelmente mecanizadas em sua totalidade, evitando que os empregados sejam submetidos a contatos físicos involuntários e a constrangimentos com seu superior hierárquico ou preposto que o revista.

A exemplo disso, destaca-se os aeroportos internacionais em que, as revistas são realizadas com eficiência por meio de robôs programados através das novas tecnologias (AI), oportunidade favorece duplamente tanto a prestadora de serviços quanto usuário, uma vez que, a companhia aérea pode empregar outros funcionários em funções diversas daquelas em que deveriam revistar os passageiros diariamente, na mesma proporção em que, o usuário também sente-se ainda mais confortável com a ausência de contato humano na revista de seus pertences pessoais, especialmente, contato físico, haja vista que a máquina já registra todos os dados necessários para a segurança dos aeroportos e de todos os passageiros que adentrarem naquele estabelecimento comercial. Este tipo de revista, bem impessoal, poderia ser empregada nos ambientes de trabalho, sem o desgaste que ocasiona uma revista com através do contato físico. (RIBEIRO, 2017).

Desse modo, atualmente, além de diversas funções antes exercidas pelos empregadores ou seus prepostos já caminharem para a automatização crescente; nada impede, que, no futuro, quiçá, robôs estejam fazendo essas revistas nos empregados, por meio de chips e sensores de memória, mundialmente, bem como, avançar cada vez mais o aparato tecnológico para substituir as revistas física, por outras mais avançadas.

A grande vantagem em conciliar a tecnologia com as atividades laborais, no caso das revistas íntimas, está na facilidade em programar uma máquina para executar tarefas rotineiras, como ler chips ou, até mesmo, monitorar os empregados com um laser; fiscalizando-os. Ademais, estatisticamente, essas tarefas automatizadas por tecnologias gastam apenas metade do tempo se comparadas ao desnecessário intervalo gasto pelos empregadores com essas revistas (CASSIOLATO, 2000, p. 237).

A abertura à tecnologia já demonstra benefícios em relação à automatização dos postos de trabalho, auxiliando ambas as partes da relação empregatícia: o empregador terá seu poder diretivo equilibrado, com menos risco de errar e aproveitando, ainda mais, seu espaço temporal, com o auxílio das máquinas/robôs; enquanto os trabalhadores não serão, frequentemente, submetidos a constrangimentos desnecessários respeitando-se, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana de todos os empregados do estabelecimento comercial.

Não obstante, a tecnologia provê à sociedade meios mais confortáveis de viver, e extingue, de certo modo, a penosidade do trabalho, e isso pode causar inadequações na ordem social. É evidente que os avanços tecnológicos diminuirão o revés do trabalho, mas também podem acabar reduzindo postos de trabalho e até eliminando alguns tipos de serviços manuais. Contudo, para a sociedade, não será um mal, já que a automação traz para os consumidores e para a economia um acréscimo da rede de proteção social: seguro-desemprego e benefícios previdenciários (MAIOR, 2003, p. 4).

Por esta razão, a inteligência artificial é apontada como uma solução prática, que caminha ao lado da evolução do Direito Laboral, singularmente no procedimento das revistas realizadas pelos empregadores ou seus prepostos em seus funcionários, em que a automação poderá colaborar, precisamente, tanto na economia do tempo gasto, com o melhor aproveitamento da jornada de trabalho, quanto na ausência de constrangimento dos empregados, dada a impessoalidade das máquinas, quando do monitoramento dessas revistas.

CONCLUSÕES

Ao analisar os direitos fundamentais do homem e os direitos sociais que lhe são próprios, depreende-se que o conjunto desses direitos são imprescindíveis à concretização da própria dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais constituem, categoricamente, os novos direitos fundamentais do homem à proporção que concebem um meio positivo que reconhece o direito ao trabalho como condição precípua no caminho da efetividade da existência digna de todos os brasileiros constitucionalmente

previstos.

A reiteração específica da dignidade da pessoa humana deve ser preservada, principalmente a manutenção da dignidade do trabalhador, concatenando a importância desta garantia para propiciar a todos os seres humanos uma sociedade mais justa, com igualdades de oportunidades, para o seu pleno desenvolvimento físico e intelectual.

Esse instituto opera enquanto regra clara que tanto a intimidade quanto a vida privada de todos os empregados devem ser respeitadas no âmbito do estabelecimento empresarial, durante a vigência de todo o contrato de trabalho. Neste estudo, o enfoque esteve nas revistas íntimas dos empregadores, equilibrando-se o poder diretivo da classe dominante em face dos trabalhadores, que são a minoria e devem ter sua dignidade respeitada em atenção ao princípio constitucionalmente previsto.

Para que tais revistas não se tornem invasivas, o presente estudo sugere como ideal que a revista íntima fosse realizada, exclusivamente, na saída dos locais de trabalho, por meio de um sistema de delação automática e mediante acordo entre patrão e empregados, para celebrarem, com igualdade, os direitos de seus empregados, precavendo-se de atingir os direitos da personalidade, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a inteligência artificial é apontada como uma solução prática, que caminha ao lado da evolução do Direito Trabalhista, singularmente no procedimento das revistas realizadas pelos empregadores ou seus prepostos em seus funcionários, em que a automação poderá colaborar, precisamente, tanto na economia do tempo gasto, com o melhor aproveitamento da jornada de trabalho, quanto na ausência de constrangimento dos empregados, dada a impessoalidade das máquinas, quando do monitoramento dessas revistas.

Infere-se que, assim como em experiências precedentes, existem reiteradas decisões jurisprudenciais que consideram a revista íntima no local de trabalho uma violação do direito constitucional à intimidade porque semelhante ação não pressupõe, necessariamente, o contato físico entre empregado e supervisor, sendo suficiente para qualificação do ato abusivo a revista visual, em que o trabalhador é compelido a exibir seu corpo nu, ou em roupas íntimas, não sendo atenuante, nesse caso, o fato de o supervisor ser do mesmo sexo do empregado.

Em derradeiro, constata-se, ainda, que todo trabalhador deve ter sua dignidade humana respeitada durante o contrato de trabalho, afinal o empregado constrói sua identidade no meio ambiente laboral e isso deve ser preservado, uma vez que traduz o princípio basilar da legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

BARROS, Alice Monteiro. Flexibilização e garantias mínimas. **Revista Trabalho & Doutrina**, São Paulo, v. 20, 1999.

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

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Processo Nº AIRR-1001517-44.2017.5.02.0067. cfr. E-RR 85400-89.2004.5.02.0024, Rel. Des. Conv. Sebastião Geraldo de Oliveira, SBDI-1, DEJT de 09/01/12; AGAIRR 1495-73.2012.5.02.0068, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT de 19/02/16; AIRR 46-66.2011.5.02.0084, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT de 01/04/16; AIRR 1137-11.2014.5.02.0401, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani, 3ª Turma, DEJT de 01/04/16; AG-AIRR 343-82.2013.5.02.0317, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT de 11/03/16; AG-AIRR 652-06.2013.5.02.0317, Rel. Min. Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT de 08/04/16; AIRR 3068-70.2011.5.02.0040, Rel. Min. Kátia Magalhaes Arruda, 6ª Turma, DEJT de 27/11/15; AIRR 68600-91.2009.5.02.0482, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT de 08/04/16; AIRR 1647-23.2014.5.02.0078, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, 8ª Turma, DEJT de 08/04/16.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Proibição de revistas íntimas: comentários à Lei nº 13.271/2016. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4681, 25 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48483>. Acesso em: 28 set. 2018.

CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria. Sistemas de inovação: políticas e perspectivas. **Revista Parcerias Estratégicas**, Brasília, v. 5, n. 8, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios constitucionais do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 31, n. 117, 2005.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 28, n. 105, 2002.

FERREIRA, Aurélio B. Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital 1848-1875**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas; PEREIRA, Simone. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: egov.ufsc.br. Acesso em: 8 nov. 2018.

NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

RIBEIRO, Davi. Escaneamento facial e robôs integram aeroportos do futuro. **Folha de São Paulo Online**, São Paulo, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/>

turismo/2017/08/1914472-escaneamento-facial-e-robos-integram-aeroportos-do-futuro.shtml.
Acesso em: 19 fev. 2020.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Rodrigo Trindade. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

Como Citar: MARQUES, Ana Paula Baptista. DA SILVA, Leda Maria Messias. A revista íntima no meio ambiente de trabalho e a violação da dignidade da pessoa humana à luz da inteligência artificial e dos aspectos tecnológicos. **Scientia Iuris**, Londrina, v.24, n.1, p. 135-148, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p135. ISSN 2178-8189.

Recebido em 07/05/2019

Aprovado em 20/02/2020

A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

MEDIATION AS A PUBLIC POLICY FOR RESOLVING CONFLICTS IN CONSUMER RELATIONS

*Mestra em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Graduada em Comunicação Social - Habilitação em Relações Públicas (UFSM). Email: chanauana_canci@hotmail.com

Chanauana de Azevedo Canci Mafio*
Vera Sirlei Martins **
Valesca Brasil Costa***

Como citar: MANFIO, Chanauana de Azevedo Canci. MARTINS, Vera Sirlei. COSTA, Valesca Brasil. A mediação como política pública de resolução de conflitos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 149-169, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p149. ISSN: 2178-8189.

** Doutora em Comunicação Midiática pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestra em Ciências da Comunicação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Comunicação Social - Habilitação em Relações Públicas pelo Centro Universitário Feevale (FEEVALE). Email: vera.martins@ufsm.br

***Pós-doutorado em Educação pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Doutora em Educação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito Ambiental, em História da Educação e em Filosofia Moral e Política pela UFPEL. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL). Graduada em Filosofia pela UFPEL. Email: valescacosta@gmail.com

Resumo: Este artigo aborda a política pública de mediação, evidenciando a comunicação como ferramenta no processo de resolução de conflitos nas relações que envolvem o direito do consumidor. A metodologia de pesquisa empregada foi a revisão bibliográfica aliada à pesquisa exploratória com abordagem quali-quantitativa por meio da realização de pesquisa de opinião pública. O público alvo foram os consumidores de um Município da região noroeste do estado do Rio Grande do Sul, Brasil. O trabalho apresenta aspectos sobre consumo, compreensão do papel da comunicação como ferramenta de resolução, e métodos e concepções de sua relevância junto ao sistema de mediação judicial. Os resultados alcançados apontam que, apesar de ser uma modalidade de busca pela justiça que não esteja completamente difundida, a mediação está em ascensão. Dentre os entrevistados que utilizaram o sistema de mediação, a satisfação enquanto consumidores e a resolução dos conflitos obtiveram índices consideráveis positivos.

Palavras-chave: Mediação. Política pública. Resolução de conflitos. Consumidor.

Abstract: This paper addresses mediation as a public policy, examining communication as an important tool for conflict resolution in the area of consumer law. This study utilized bibliographic review with exploratory research and qualitative and quantitative approaches, such as public opinion research. Moreover, the

target audience for the public opinion research project was made up of consumers in a municipality in the northwest region of the state of Rio Grande do Sul, Brazil. Furthermore, this study investigates important aspects of consumption, whilst exploring the role of communication as a pacific means of conflict resolution and analyzing its methods and concepts relevant to mediation. Finally, this study concluded that while mediation isn't popular throughout the country, it is growing a steady user base for conflict resolution. Additionally, interviewees who utilize mediation as a mechanism for resolving consumer disputes, grade it more positively than other instruments in satisfaction scores. .

Keywords: Mediation. Public policy. Conflict resolution. Consumer.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a comunicação como instrumento primordial no processo de resolução de conflitos por meio da mediação, especialmente nas relações de consumo. Apresenta-se, para tanto, a percepção do público consumidor em relação ao processo de mediação para a gestão de conflitos, por meio de pesquisa empírica. O público alvo da pesquisa foi o público consumidor de um Município da região noroeste do estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

Com esse propósito, fundamental é a análise de como os meios de comunicação têm sido ampliados e suas ferramentas utilizadas em prol do sistema judiciário, sob a ótica dos serviços prestados aos conflitos envolvendo o público consumidor. Buscou-se compreender de que forma ocorre a aplicação dos métodos de comunicação no auxílio à gestão de conflitos na mediação, política pública que se apresenta na qualidade de medida alternativa ao processo judicial mais longo e exaustivo.

A metodologia da pesquisa baseou-se em revisão de literatura, complementada por meio da realização de pesquisa de opinião pública, com abordagem exploratória quanti e qualitativa, como instrumento para a obtenção de dados. Após a aplicação dos instrumentos de pesquisa (questionários) com o público consumidor, parte-se para a análise e interpretação dos dados, buscando examinar qual o papel da comunicação no procedimento de mediação.

O Município alvo da pesquisa foi escolhido por contar com o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), unidade do Poder Judiciário e Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, sendo responsável pela implantação e manutenção de meios alternativos de soluções de conflitos e impasses judiciais de demandas cíveis e familiares, principalmente.

É o referido Município o centro comercial da região em que está inserido, sendo o comércio (e, portanto, as relações de consumo) o maior percentual de seu Produto Interno Bruto (PIB); dado relevante para esta pesquisa, que aborda o público consumidor. A população local é de aproximadamente 30 mil habitantes (conforme estimativa populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE), contemplando a sede da Comarca, que contempla mais seis Municípios. A pesquisa, portanto, manteve enfoque nos consumidores (sujeitos) residentes apenas no Município (espaço) da pesquisa.

Assim, unir a mediação com a comunicação sob uma análise consumerista é o enfoque do trabalho, indagando sobre a forma como se dá o procedimento e a aplicabilidade das técnicas de comunicação no exercício da mediação, que por sua vez, trata-se de uma modalidade de garantia de direitos enquanto política pública de caráter social, como meio alternativo.

O artigo apresenta os conceitos de comunicação e de mediação, focando especificamente na demonstração do percurso metodológico da pesquisa, desde sua aplicação, a fim de obter dados concretos sobre o sistema de mediação e a influência exercida pela comunicação, até a análise dos resultados obtidos, aduzindo uma interpretação capaz de responder ao questionamento acerca do reconhecimento (ou não) da comunicação no sistema de mediação.

1 A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA E MÉTODO DE GESTÃO DE CONFLITOS

A mediação é um campo que não se encontra amplamente explorado e completamente difundido, considerando-se uma contribuição importante a análise desse sistema, exemplificando e reconhecendo a contribuição que a comunicação traz para os temas de relevância social, como é o caso da celeridade em matéria processual.

A comunicação é um elo que permite que os cidadãos conheçam e reconheçam a mediação como modalidade de gestão de conflitos, prestando informações e fomentando o diálogo e a conciliação entre as partes envolvidas. A efetividade da comunicação como instrumento/ferramenta, reforça a ideia de sua essencialidade para o cumprimento da mediação e, conseqüentemente, para a efetivação dessa política pública enquanto meio correspondente aos anseios e necessidades sociais.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) exerce importante papel enquanto gestor de políticas públicas. A Resolução nº 125/2010 define o papel do Conselho frente às políticas públicas no tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituindo os Centros de Solução de Conflitos e também regulamentando a atuação dos mediadores e conciliadores. Para Didier Júnior (2014), a Resolução confere a eficiência operacional do sistema e o acesso à justiça. A mediação, nesse contexto, é um método de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Outro fator de destaque é o de que reduz a excessiva judicialização de conflitos, incentivando o aprimoramento das práticas adotadas pelos Tribunais.

Destaca-se também o Projeto de Lei nº 7.169-C/2014, que passou a compor a Lei Ordinária nº 13.140/2015, dispondo sobre a mediação entre particulares como forma de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Esse projeto regulamentou as modalidades de mediação judicial e extrajudicial como modelos alternativos para a solução de conflitos.

O procedimento de mediação segue alguns princípios norteadores a fim de cumprir sua finalidade primordial, qual seja, a de possibilitar o desenvolvimento dos indivíduos envolvidos em determinada demanda no trato com problemas que venham a surgir no cotidiano. Dessa forma, destacam Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior (2008), quais os principais objetivos e princípios da mediação:

O primeiro princípio a ser citado é o caráter voluntário, devido aos mediandos (denominação atribuída às partes envolvidas) ali estarem de livre e espontânea vontade. Há a garantia do poder dispositivo (para que os mediandos apresentem alegações) respeitado a autonomia da vontade, além da imparcialidade do mediador do conflito, possuindo competência e formação adequada. A boa fé e a lealdade estão presentes nas práticas de mediação, tratando-se também de um momento protegido pelos princípios de sigilo e confidencialidade.

Os procedimentos e a linguagem adotados devem ser simplificados e concisos, de modo que os participantes possam compreender cada passo tomado e que, dessa forma, atenda-se ao objeto da mediação, que é a identificação da melhor solução para o caso. A satisfação das partes é a finalidade principal da mediação e independe da celebração de um acordo, que pode ocorrer, caso esteja em conformidade para ambas as partes.

Tem-se como o maior objetivo do sistema de mediação a educação dos envolvidos, para que saibam de que forma agir em futuros conflitos, buscando sua resolução. Assim ensinam Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior (2008, p. 62), identificando que:

Os mediandos adquirem novos conceitos e aprendem novos comportamentos pelo *envolvimento na dinâmica das sessões e pela observação do comportamento do mediador*, sua forma de atuar, manifestar-se, investigar os fatos, propor soluções e, finalmente, contribuir para que aconteçam as decisões (grifos dos autores).

A solução negociada de conflitos é o meio de resolução de litígios que compreende eficácia e economia. Para além desses pressupostos, é um ato de cidadania, pois se compreende como um instrumento de construção de decisões capazes de regular as relações. A participação popular no exercício do poder de solução de conflitos possui forte caráter democrático (DIDIER JÚNIOR, 2014).

Quanto ao acesso à informação por parte dos cidadãos, está disponível junto ao sítio do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul (TJRS) informações do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), quanto à aplicação da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do poder judiciário, visando a celeridade e a efetividade na resolução de demandas, estabelecendo a utilização de métodos como a mediação e a conciliação.

Conforme disposto pelo TJRS, na mediação, as pessoas envolvidas buscam tratamento para o conflito contando com a ajuda de um mediador, terceiro, que não tem poder de decisão, mas que facilita a comunicação na busca da construção autônoma, de uma resposta que satisfaça as partes. As vantagens de proceder com a mediação são as seguintes: valorização da cidadania; estabelecimento de um clima de respeito entre as partes; reforço de uma cultura de paz e diálogo; prevenção e/ou redução de violência; e, rapidez no tratamento dos conflitos.

O bom andamento e o êxito da mediação são alcançados quando ao final da discussão os envolvidos conseguem construir uma solução negociada, de consentimento mútuo, amenizando o problema existente, buscando uma solução. Cabe lembrar o que destaca Grinover (2007), que tanto na mediação quanto na conciliação, veda-se qualquer espécie de constrangimento ou intimidação que venha a prejudicar o concílio proposto.

Cabe ressaltar ainda, a diferenciação atribuída entre mediação e conciliação. A diferença básica está na forma de participação do agente. Na conciliação, o terceiro tem mais espaço na discussão, podendo fazer sugestões, cabendo a ele ser o veículo de comunicação entre as partes. Ou seja, ao mediador não é incumbido o dever de resolver o problema em questão, exercendo um papel de facilitador, almejando o consenso, obtido por intermédio do diálogo e da aplicabilidade de técnicas de mediação de conflitos.

O mediador deverá contribuir na compreensão das questões que envolvem interesses postos em conflito. Isso permite que os envolvidos, por si só, possam identificar soluções consensuais, que tragam benefícios para ambos, mutuamente, contribuindo para a resolução do caso. Para isso,

Didier Júnior (2014) identificou sete princípios que regem as técnicas de mediação: independência; imparcialidade; autorregramento da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade; e, decisão informada.

O princípio de independência rege a atuação do mediador no sentido de obter liberdade na sessão, não sofrendo pressão interna ou externa. O segundo princípio, de imparcialidade, é indispensável, pois o terceiro envolvido não pode ter qualquer interesse na causa. Esse é um reflexo do princípio da impessoalidade. O princípio do autorregramento da vontade é um pressuposto de liberdade das partes, não podendo ser coagidas à autocomposição. A confidencialidade trata do sigilo das informações, não havendo qualquer divulgação por nenhum meio das informações que se obteve nas sessões, exceto a reportagem de queixa-crime, em que o juízo deve ser notificado.

Os princípios de oralidade e informalidade são orientadores, indicando que o terceiro deve comunicar-se, fazendo uso de linguagem simples e acessível. O local da mediação ou conciliação deve ser tranquilo, propiciando um diálogo franco entre as partes. Por fim, sobre o princípio da decisão informada, o consenso entre os mediandos deve ser realizado somente depois que ambos tomarem ciência do problema que está sendo debatido e também das consequências que aquela decisão irá gerar. Para Didier Júnior (2014), o mediador é um condutor negocial.

Defende-se a existência de outro princípio, intitulado “estímulo da solução por autocomposição”, que instiga, nos casos que são passíveis e recomendáveis, que haja a atuação do Estado voltada à solução de conflitos. A autocomposição antes de ser uma técnica de aceleração dos processos, é um incentivo à participação do indivíduo na regulamentação do seu próprio caso. Reitera-se a necessidade de respeito mútuo, viabilizando o diálogo para que o litígio seja resolvido de forma equilibrada, levando-se em consideração o interesse de ambos os mediandos.

Dito de forma concisa, a mediação é um método alternativo para a solução de conflitos, em que os mediandos têm a oportunidade de discutir a questão conjuntamente com os mediadores, que atuam como facilitadores para esse procedimento. De posse de tal informação, sabendo que o mediador é a figura disposta a propor novas alternativas para a gestão de conflitos, buscando que a solução pautada torne-se plausível, é que se passa a estudar a principal ferramenta de trabalho com que contam os mediadores: a comunicação e sua importância nesse processo.

2 A COMUNICAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A administração de conflitos é necessária. Porém, é preciso que os conflitos existam para proporcionar a interação entre aspectos positivos e negativos. Sob o argumento de que os indivíduos possuem maior facilidade para envolver-se em um litígio do que para resolvê-lo, é que se mostra fundamental o gerenciamento de conflitos, que por sua vez, depende de diversos fatores. Nesse sentido, a mediação procura desenvolver as relações entre as partes envolvidas, auxiliando os indivíduos na busca por soluções adequadas a cada caso concreto.

Para o desenvolvimento das relações que envolvem a mediação, a comunicação apresenta-

se de forma expressiva, pois é o princípio para qualquer discussão acerca de qualquer tema. A gestão de conflitos só obtém resultados satisfatórios se os métodos empregados forem adequados para atender a essa proposta.

Partindo do pressuposto de que a comunicação é o caminho entre o conflito e a solução, sendo essencial para o desfecho positivo do litígio, apresentam-se considerações acerca do público alvo do presente estudo, qual seja o público consumidor. Quanto às relações de consumo que envolvem tal público, pode-se dizer que sofreram significativas alterações a partir da evolução que sobreveio com o acesso à informação, tornando os consumidores mais exigentes em relação àquilo que lhes é ofertado. Consumir deixou de ser meramente um ato de aquisição de produtos ou serviços de acordo com a capacidade financeira, obtendo um novo significado; o social.

Em se tratando da efetividade da comunicação no processo de mediação, cabe a seguinte reflexão: se a mediação é uma negociação assistida, a principal e fundamental técnica de negociação é a comunicação. A busca por resultados satisfatórios às partes está intimamente ligada às técnicas e habilidades que o indivíduo intermediário (mediador) usará para alcançá-los. A negociação, associada à habilidade para obtenção de um fim de satisfação afirma a existência da comunicação como ferramenta de persuasão (SILVA, 2013).

O mediador, assim, é o interlocutor do procedimento de mediação, sendo um terceiro não interessado na causa, que ouvirá as partes e se valerá das ferramentas de comunicação e de constante diálogo para que aqueles possam entrar em um acordo ajustado. Cabe ressaltar que esse papel deve ser exercido com completo sigilo e tal profissional deve se valer de sensibilidade, ética, cooperação, e acima de tudo, capacidade comunicativa para compreender os mediandos e contribuir para o entendimento mútuo.

Segundo Azevedo (2013), a comunicação é o campo mais complexo a ser explorado na mediação, pois é por seu intermédio que os resultados acontecem. Percebe-se que se há falhas na forma de comunicar, a interpretação de cada indivíduo envolvido pode ser diversa, representando reiterados equívocos nos passos subsequentes. O desenrolar de uma determinada causa, ousa-se dizer, depende, quase que exclusivamente, da administração da comunicação empregada.

O redirecionamento do acordo proposto pode ocorrer pela interferência adequada do profissional treinado que acompanha as sessões de mediação, delimitando e orientando de que forma deve dar-se a comunicação. É de grande relevância a obtenção de ferramentas de comunicação, uma vez que, o saber comunicar pode significar a diferença quanto aos relacionamentos pessoais inerentes aos mediandos.

Azevedo (2013, p. 154), ensina que a mediação de conflitos perpassa o alcance de objetivos em relação à lide que se discute, proporcionando outros benefícios:

Vale recordar que a mediação, ademais, consegue atingir benefícios outros além de um acordo final, em que se tem a composição da lide. Por ser um processo que trabalha diretamente com a própria comunicação e entendimento das partes, há outras finalidades também relevantes, tais como a melhoria do relacionamento das partes e o crescimento pessoal, mesmo que, ao final do processo, as partes não

tenham logrado êxito em todos os aspectos do conflito.

A mediação é responsável por estabelecer um diálogo entre as partes, envolvendo o espaço comunicativo que nem mesmo as audiências comuns no processo são capazes de fornecer. A mediação, além de utilizar-se de técnicas simples, como o diálogo e o estímulo ao acordo — sem a necessidade de interposição de ação judicial para a resolução do litígio, ou até mesmo quando há processo em curso e as partes solicitam uma audiência de comunicação conciliatória com o acompanhamento de mediadores, e conseguem resolver o caso sem dar prosseguimento à demanda — proporciona celeridade ao sistema processual.

Nesse sentido, a comunicação conciliatória tem demonstrado resultados positivos:

A forma de comunicação utilizada na mediação influencia diretamente o resultado do processo autocompositivo. A comunicação conciliatória consiste em uma das abordagens utilizadas com reiterado sucesso. A comunicação conciliatória (ou comunicação despolarizadora) consiste no processo comunicativo, no qual as informações são transmitidas e recebidas de forma a estimular o entendimento recíproco e a realização de interesses reais dos comunicantes. A premissa central da comunicação conciliatória consiste em ouvir pedidos implícitos nos discursos para direcionar a comunicação à realização desses interesses ou necessidades (AZEVEDO, 2013, p. 222).

Por meio de uma comunicação efetiva é que se reconhecem os interesses explícitos e implícitos de cada causa, habilitando-se a transforma-los a partir da percepção de conflito, em fatores positivos ou negativos, dependendo do que se almeja naquela determinada demanda. Dito de outra forma, na negociação a comunicação é responsável pelo estímulo ou pelo desincentivo nos propósitos e objetivos de cada indivíduo. Sendo a comunicação que potencializa ganhos e perdas, necessário se faz o desenvolvimento das habilidades comunicativas.

As ações comunicativas são orientadas para propiciar o entendimento mútuo, sendo a comunicação discursiva imprescindível para que o direito possa ser efetivo, seguindo paradigmas pluralistas e democráticos. Spengler e Spengler Neto (2012), identificam que a comunicação é efetiva quando consegue alcançar os objetivos ao qual se propõe. Para que haja efetividade na comunicação em relação ao direito, basta que haja o interesse dos indivíduos em cooperar por meio do diálogo, pautando-se nas relações pessoais e na legislação, a fim de obter resultados satisfatórios.

Notória é a situação do país no que concerne à litigiosidade. Com o passar dos anos aumenta o número de movimentações processuais, isso porque, a interposição de ações junto ao Poder Judiciário cresce em ritmo acelerado. Devido à necessidade de acesso à justiça e, em contraponto, a crise jurisdicional experimentada, é que se valem os meios alternativos de solução de conflitos, haja vista que o modelo tradicional não é mais unicamente capaz de suprir a demanda social existente.

Primando-se pela celeridade na aplicabilidade da justiça, preservado o direito do cidadão,

é que se busca maior efetividade no cumprimento do direito. Nesse constante crescimento de processos judiciais, estão as causas relativas ao consumo, partindo da insatisfação do público consumidor, perpassando por processos (muitas vezes) longos e exaustivos. É nesse aspecto que a mediação se apresenta como alternativa para a composição de conflitos.

3 O PÚBLICO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conforme ensina Canclini (2006), o público consumidor é um agente de transformação, sendo um questionador exigente. As organizações (públicas ou privadas) devem demonstrar um novo perfil quanto às explicações, dados e informações das quais dispõem para esse público. A partir do momento em que se tornam atuantes, exigem um melhor posicionamento estratégico organizacional, evitando dissabores, preservando a imagem institucional e propiciando melhor avaliação mercadológica.

Cesca e Cesca (2000), identificam como essencial a preparação anteriormente definida na organização interna de determinada empresa, pois o bom relacionamento com o público externo indica de forma explícita que a comunicação exercida nos outros âmbitos organizacionais está adequada. Cria-se, dessa forma, um trabalho efetivo de aproximação entre público externo e organização.

Com o passar do tempo, percebeu-se a complexidade da definição desse público, pois o consumidor deixou de ser um agente passivo, interessado apenas na compra de produtos ou aquisição de serviços. Os consumidores, público de difícil conceituação, são justamente o público responsável pela formação do conceito da empresa/instituição. Assim, os usuários apreciam o bom serviço prestado, bem como o atendimento de qualidade fornecido.

A empresa, tomando consciência disso, deve dispensar atenção individual a cada indivíduo munido de sugestões. Desse modo, para a obtenção de informações sobre a satisfação do consumidor podem ser realizadas variadas formas de pesquisa, sendo a mais eficaz delas a conversa com esse público. Recorda Andrade (2003), que mais importante do que falar ao consumidor, é ouvir o que ele tem a dizer.

É de se destacar que o público consumidor conta com a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), além do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que organiza o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas nos termos do Código de Defesa.

O art. 2º do CDC traz a conceituação de consumidor como “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Complementa o parágrafo único que: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Em diversos dispositivos o Código de Defesa do Consumidor menciona o termo “informação”, sendo uma palavra-chave na defesa de seus consumidores e usuários em geral.

Andrade (2003, p. 209) complementa que “Dá mesmo a impressão de que o “espírito” da lei em referência é conseguir proteção aos compradores de produtos e serviços, chegando a punir a chamada publicidade abusiva ou enganosa”.

Com o respaldo adquirido por meio do CDC, a reivindicação de direitos por parte dos consumidores aumentou consideravelmente. Para tanto, muitas empresas passaram a adotar o sistema de Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), pois com a vigência do Código, as sanções impostas ultrapassariam as previstas em Lei, como multa, ou até mesmo prisão, alcançando consideravelmente a imagem organizacional. Outra ferramenta implantada foi o *ombudsman*, tratando-se igualmente de uma implementação de canal de comunicação entre empresa e consumidor.

Frisa-se que o consumidor é protegido legalmente por meio de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os interesses difusos são aqueles em que não é possível identificar quem são os atingidos, diferentemente dos interesses coletivos, que abordam um grupo de indivíduos que esteja ligado, de certa forma, a uma mesma relação jurídica. Já os interesses individuais homogêneos, são aqueles problemas individuais de causas comuns.

O que interessa dizer é que independentemente do tipo de interesse ao qual se insurge o consumidor, este encontra-se amparado, contando com o direito à informações claras e objetivas sobre os diferentes produtos e serviços disponíveis, sobre todos os aspectos que envolvem as relações de consumo. Sendo uma das áreas de aplicação da mediação a área comercial (que compreende pessoas físicas e jurídicas, consumidores e fornecedores de produtos e serviços), importante o se faz o estudo acerca do público consumidor, inserido nessa área. Fundamental é destacar como ocorrem as relações de consumo, indicando como se dá o comportamento do consumidor sob influências culturais e de mercado para a tomada de decisões.

Canclini (2006, p. 65), colabora que “é neste jogo entre desejos e estruturas que as mercadorias e o consumo servem também para ordenar politicamente cada sociedade. O consumo é um processo em que os desejos se transformam em demandas e em atos socialmente regulados”. O estudo acerca do consumo, portanto, é um ponto de pesquisa necessário devido à evolução ao acesso à informação, que é um dos pressupostos que tornou, com o passar dos anos, maior o nível de exigência do público consumidor que sobreveio a conhecer e reconhecer os direitos e deveres que possui.

O consumo enquanto processo sociocultural de aquisição de produtos e/ou serviços, entre outras implicações, busca satisfazer as pretensões pessoais de cada indivíduo. O ato de consumir ultrapassa o conceito de racionalidade econômica, levando-se em consideração as relações de mercado e a ótica do comportamento do consumidor, obtendo um significado social.

Inicialmente, a utilização dos produtos pelos consumidores ocorria como forma de auxílio na identificação de suas próprias identidades, pelos mais diversos ambientes em que perpassavam. O comportamento do consumidor é como se fosse um sistema, um processo. Solomon (2011) evidencia o estudo de tal comportamento em conexão com os experimentos e experiências que as pessoas têm, almejando alcançar os seus ideais e a satisfação de necessidades e desejos por meio

de produtos e serviços.

Frequentemente se atribui ao consumo a denominação de “lugar” pouco reflexivo, que propicia inúmeros gastos, e que, na maioria das vezes, são desnecessários ou supérfluos. Sob essa perspectiva, Canclini (2006, p. 70), ensina que se o consumo se torna um ambiente difícil de se pensar, deve-se isso à força de mercado.

Uma alternativa que promova o consumo, mas que ao mesmo tempo permita o exercício da cidadania a partir da reflexão, reunindo alguns requisitos básicos: “a) uma oferta vasta e diversificada de bens e mensagens representativos da variedade internacional dos mercados, de acesso fácil e equitativo para as maiorias; b) informação multidirecional e confiável a respeito da qualidade dos produtos, cujo controle seja efetivamente exercido por parte dos consumidores, capazes de refutar as pretensões e seduções da propaganda; c) participação democrática dos principais setores da sociedade civil nas decisões de ordem material, simbólica, jurídica e política em que se organizam os consumos: desde o controle de qualidade dos alimentos até as concessões de estações de rádio e canais de televisão, desde o julgamento dos especuladores que escondem produtos de primeiras necessidades até os que administram informações estratégicas para a tomada de decisões”.

O valor mercantil não é aquele propriamente obtido em cada objeto, mas sim o que resulta de interações socioculturais dos indivíduos. Nesse sentido, o consumo deve mostrar-se cada vez mais como um local de valoração, de utilidade, de atuação. Dessa forma, haverá uma constante e significativa renovação na vida social dos consumidores, que assumem o posto de cidadãos.

A partir dessas considerações, Melo (2010) aponta para cinco princípios que circundam as relações de consumo, compreendidas entre consumidores, fornecedores e produtos/serviços. Tais princípios seguem os parâmetros gerais de legislação, obedecendo aos princípios básicos que regem o Estado, dispostos na Constituição Federal de 1988. São princípios de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, isonomia e ordem econômica.

O primeiro deles, o princípio da soberania, identifica o poder supremo, onde não há limitações impostas por nenhum outro poder que possa neste interferir. A soberania do Estado indica sua capacidade de formar a sua própria ordem jurídica. O princípio de cidadania é aquele que caracteriza o regime democrático, haja vista que todo o poder emana do povo e é esse princípio uma modalidade de democracia.

O terceiro princípio aborda a dignidade da pessoa humana, sendo bem irrenunciável e de máximo valor, compreendendo não apenas os direitos dos cidadãos, mas também os regramentos de respeito e vida digna a todos sem distinção. E, o princípio de isonomia é a garantia de igualdade entre as partes perante a lei, e, sobretudo, em face da lei; enquanto que o princípio de ordem econômica é fundado na valorização do trabalho, livre iniciativa, dignidade pessoal e ditames da justiça social.

4 O PERCURSO METODOLÓGICO DA PESQUISA

Sabendo-se que a metodologia é um conjunto de procedimentos capaz de auxiliar na busca e produção de pesquisa, a metodologia adotada foi a pesquisa de opinião pública sob uma abordagem quantitativa, fornecendo dados qualitativos. Os questionários aplicados transformaram-se em resultados numéricos a partir da obtenção de dados, com a posterior análise e interpretação, trabalhando com uma amostra que representasse a totalidade do universo buscado.

A fim de complementar os dados teóricos trazidos, embasados por autores que contemplam os temas abordados no trabalho, apresenta-se, a seguir, como se deu a elaboração e quais as características da pesquisa, com a tabulação de resultados e análise dos dados.

4.1 Sujeitos, espaços e formatação da pesquisa

As perguntas que compuseram os questionários foram simples/fechadas e semiabertas, a fim de oferecer alternativas pré-elaboradas, facilitando a aplicação e a posterior tabulação dos dados. O questionário foi aplicado a uma parte da população do Município alvo da pesquisa, refletindo a totalidade populacional do público consumidor. Desta forma, trata-se de uma pesquisa de opinião pública, realizada com os consumidores de um Município da região noroeste do estado do Rio Grande do Sul, Brasil, mantendo como classificação eliminatória a residência no Município e a faixa etária igual ou superior a dezoito anos de idade (haja vista a maioria civil e penal que tem início nessa faixa etária).

O universo de pesquisa é finito, pois não excede a cem mil pessoas, com base na estimativa populacional do Município em aproximadamente 30 mil habitantes. A amostra é a parte representativa de todo o universo, e segundo Gil (2008) a amostragem probabilística aleatória é a composição amostral ideal, pois os elementos são selecionados de forma eventual e não por escolha do pesquisador. Assim, a amostragem foi probabilística na modalidade aleatória simples, que é o procedimento básico da amostragem científica. O nível de confiança estabelecido é de 95,5% e tem margem de erro real de 5%, conforme o método da *Curva de Gauss*.

A pesquisa empírica foi realizada no ano de 2015, tomando por base os dados estatísticos dispostos pelo IBGE, em que o Município possuía 29.311 habitantes, sendo destes, 14.336 homens e 14.975 mulheres. Para que a pesquisa de opinião pública obtivesse um nível de confiança e margem de erro conforme identificado anteriormente, a amostra da população entrevistada foi de 332 pessoas, com base na fórmula para cálculo amostral de população finita.

O roteiro de pesquisa questionou acerca dos seguintes temas: a) a forma de tratamento ao buscar soluções para os impasses encontrados sobre determinado produto ou prestação de serviço; b) o conhecimento ou não dos meios de mediação; e, c) caso conhecesse, se considerava uma prática relevante; d) em desconhecendo, de que forma poderia ser mais difundida, no sentido de contribuir para solucionar conflitos. Na medida em que os participantes da pesquisa não haviam tido qualquer problema relativo à compra de produtos ou prestação de serviços, analisou-se uma nova perspectiva sobre a mediação, vinda de indivíduos que jamais ponderaram sobre utilizá-la

como meio alternativo para a gestão de possíveis litígios.

A aplicação dos questionários da pesquisa de opinião pública ocorreu em locais de grande circulação de pessoas, em locais e horários que se encontrasse um maior fluxo de pessoas, consequentemente em horário comercial, buscando atrair, de fato, os consumidores. Foi realizado um pré-teste, com 33 pessoas, equivalendo a 10% da amostra total de entrevistados, para que se pudesse observar se o questionário seria compreendido de acordo com a proposta inicial.

Pelo fato de o questionário conter treze perguntas, sendo destas cinco relativas a dados iniciais, como rendimento mensal, faixa etária e nível de escolaridade, evidenciando questões sociais e econômicas, houve uma boa aceitação do público, haja vista se tratar de questionário objetivo, formado propriamente por oito questionamentos específicos sobre o assunto.

No momento da abordagem, explicava-se que se tratava de uma pesquisa de opinião pública, não havendo identificação do entrevistado. Nessa oportunidade, abordaram-se indivíduos de todas as categorias elencadas no questionário (quanto ao gênero, idade, renda e escolaridade), bem como de todas as questões (quanto ao conhecimento ou não da mediação, utilização ou não do procedimento, consumidores que tiveram ou não problemas relativos à compra) alcançando a pesquisa todos os aspectos no pré-teste, procedendo-se, a partir daí, à realização da pesquisa para toda a amostra representativa.

4.2 Tabulação de resultados e análise de dados

O processo de tabulação contou com o tabelamento simples e com a forma cruzada de categorias. Por meio dos dados simples foi possível compreender a percepção obtida com as respostas, e na modalidade de cruzamento de dados permitiu-se a análise de resultados levando em consideração outros fatores da pesquisa. Assim, atingiu-se, por exemplo, a classificação da pesquisa conforme os fatores sociais inerentes a cada indivíduo que respondeu o questionário.

Analisar e interpretar os dados a partir de um uma pesquisa de levantamento de dados são processos relacionados, por isso, torna-se de difícil compreensão o momento em que se finaliza a análise e passa-se a interpretação, confundindo-se, muitas vezes, esses dois momentos e procedimentos. Essa questão é evidenciada por Gil (2008), ao passo que analisar seria realizar um exame unicamente de dados, enquanto que na interpretação, o pesquisador com base nos dados obtidos, busca um sentido maior, o que está além dos dados encontrados. A análise dos resultados, a descrição e a interpretação dos dados, apontam os principais valores obtidos na pesquisa. O resultado amostral servirá de parâmetro e referência para a totalidade, generalizando-se para toda a população, universo da pesquisa.

A primeira pergunta do questionário consistia em saber se a pessoa abordada residia no Município espaço da pesquisa, sendo de caráter eliminatório, voltada apenas para os que respondiam afirmativamente. Igualmente, resposta eliminatória era a indicação da faixa etária do entrevistado, permanecendo apenas homens e mulheres maiores de 18 anos. A idade estabelecida como inicial se dá pelo fato de as perguntas tratarem de aquisição de produtos e/ou serviços, de

relacionamento com empresas ou instituições.

Analisando-se os dados numéricos, o referido Município contava com aproximadamente o mesmo número de homens e mulheres. Embora a frequência nos lugares de aplicação de questionários também se demonstrava em igual teor, entre homens e mulheres, obteve-se maior aderência pelas mulheres à participação, que se mostraram mais solícitas a responder, com maior tempo livre para auxiliar na realização da pesquisa. Dessa forma, o número de mulheres que respondeu ao questionário totalizou 68,1% do total de consumidores entrevistados.

No que tange à renda de cada pessoa entrevistada, obteve-se que a maioria dos indivíduos (37,7% dos entrevistados) conta com uma renda mensal de até um salário mínimo nacional. Mesmo que todas as faixas etárias tenham sido abrangidas (desde a categoria “até um salário mínimo” a “mais de cinco salários mínimos”), as que mais receberam votos foram as alternativas “Até 1 salário mínimo” e “De 1 a 2 salários mínimos”. O que totaliza rendimentos mensais de 69,6% dos entrevistados entre essas duas categorias.

Quanto ao nível de escolaridade, conclui-se que 45,8% dos consumidores entrevistados possui “Ensino Superior Incompleto”, seguido do “Ensino Médio Completo”, com 22,3%. As categorias de respostas partiam de analfabeto, ensino fundamental incompleto e completo, ensino médio incompleto e completo, superior incompleto ou completo, até especialização ou superior.

Superadas as perguntas de cunho econômico, pessoal e social (1- residência; 2 - idade; 3 - gênero; 4 - renda; e, 5 - escolaridade), deu-se início às perguntas do questionário voltadas ao tema da pesquisa. O primeiro questionamento abordou o tema “Você sabe o que é mediação?”, contando com respostas positivas em 34,9% e em negativas em 64,8%, demonstrando que a maioria dos entrevistados não sabia o que era mediação.

Destaca-se que a expressão “mediação” deve ser mais bem explorada, pois ao final de cada entrevista alguns consumidores afirmavam que já teriam participado de alguma forma de acordo, mesmo que extrajudicial, diretamente com a empresa. O que leva a crer que, há uma dificuldade em assimilar que a mediação é um momento passível de acordo entre as partes, e que não precisa, necessariamente, ser pela via judicial.

A pergunta seguinte apontava para o conhecimento ou não dos entrevistados sobre a “Diferença entre processo judicial e mediação”. Percebeu-se que apenas 13% dos consumidores falaram com clareza que sabiam do que se tratava o assunto. As opções de resposta foram “conheço”, “conheço parcialmente” e “desconheço”. O número de pessoas que respondeu que conhecia parcialmente totalizou 44,6%, sendo este o maior índice da pesquisa. A opção “Desconheço” obteve praticamente o mesmo índice de respostas da alternativa “Conheço parcialmente”, com 42,5%.

Evidencia-se que, embora os consumidores em sua maioria não saibam o que é mediação, de alguma forma contribuem com a informação de que tem consciência de que se trata de um procedimento diverso da ação judicial, mas não sabem no que se diferem. Percebe-se que das 215 pessoas que afirmaram não saber o que é mediação, apenas 141 desconhecem completamente a diferença entre ela e o processo judicial. Conclui-se assim, a necessidade de maior explicação

quanto aos trâmites de cada procedimento, o que irá refletir na utilização ou não do processo de mediação, consequentemente.

A terceira pergunta questionava se o consumidor “Já havia utilizado o procedimento de mediação”. Compreendeu-se que, o número de pessoas que já utilizou de alguma forma o sistema de mediação é reduzido, totalizando 8,7% dos entrevistados. Ressalta-se que para fins de pesquisa só foi considerado as sessões de mediação obtidas em questões que envolviam direito do consumidor, descartando-se mediações familiares e trabalhistas, por exemplo, por estarem fora do escopo da pesquisa.

A pergunta subsequente apenas era pertinente para aqueles que já haviam utilizado o procedimento de mediação. Cabe ressalva quanto ao número de respostas obtidas, pois como tratou-se de uma questão semiaberta, o Software para análise de dados utilizado permitia apenas uma palavra por alternativa. Dessa forma, como “a pergunta referia-se sobre o desfecho do problema”, se havia ou não sido resolvido, e ainda, se o consumidor ficou satisfeito com a mediação, obteve-se 04 variáveis, responsáveis pelas respostas adquiridas com os 29 entrevistados que já utilizaram a mediação. As variáveis foram: satisfeito; resolvido; insatisfeito; irresolvido.

À vista disso, a maioria das respostas era no mesmo sentido, ou seja, se o problema foi resolvido, o consumidor ficou satisfeito, e da mesma forma, se o problema não foi resolvido, o entrevistado demonstrou-se insatisfeito. Ocorre que em alguns casos, apesar de o problema ter sido solucionado por meio da mediação, o consumidor não ficou satisfeito, seja com a abordagem da sessão de mediação, seja pelo fato de posteriormente o problema ter voltado a ocorrer, o que não tem relação direta com o procedimento, mas sim com as próprias relações de consumo.

De outra banda, em casos em que a solução foi buscada, mas não foi alcançada, os consumidores demonstraram satisfação com a mediação, pois mesmo que a problemática não tenha sido resolvida, tendo as partes que ingressarem com ação judicial, almejando o melhor direito, o procedimento foi interessante, fazendo com que os indivíduos conhecessem a mediação e as técnicas ali empregadas como um alternativa para que houvesse um acordo favorável a ambas as partes envolvidas.

Embora trate-se de opiniões pessoais, a partir desse esclarecimento, considera-se que a maioria das pessoas teve seu problema resolvido e/ou obteve satisfação com as sessões de mediação em que participou, totalizando assim, 74,1%.

Quanto à quinta pergunta, compreendeu-se que, 47,3% dos consumidores “já tiveram algum tipo de problema referente à compra de produtos ou prestação de serviços”. Esse dado indica que quase a metade dos consumidores entrevistados já passaram por problemas referentes a compras. Assim, a pergunta subsequente investigou qual o posicionamento e atitude tomados por esses consumidores quando enfrentaram essa situação. A pergunta seguinte, portanto, descartava aqueles que responderam negativamente quanto à questão anterior.

O número de pessoas que respondeu à pergunta anterior foi de 157, ou seja, esses foram os indivíduos que mantiveram problemas com compra ou aquisição de produtos e serviços. Para a pergunta de número seis, permitia-se que até 03 alternativas fossem assinaladas em relação ao

questionamento “Quando você se deparou com algum problema com produtos/serviços, o que você fez?”.

Não houve, dentre os pesquisados, nenhuma resposta que obteve mais de 02 casas preenchidas. Sendo assim, a maioria das pessoas entrou em contato diretamente com a empresa, por meio do Serviço de Atendimento ao Consumidor, conseguindo resolver o problema, totalizando 74%. Porém, houve 20 consumidores que tomaram mais de uma medida, como por exemplo, contatar a empresa, não se sentir satisfeito com o atendimento recebido e realizar reclamações em sites específicos de reclamação de empresas ou por meio de redes sociais. Destaca-se ainda que 9,6% procuraram o Poder Judiciário antes mesmo de intentar qualquer outra forma de resolução de conflito diretamente com a empresa fornecedora do produto ou serviço. Ainda, 9,6% dos consumidores (mesmo índice dos que buscaram inicialmente o judiciário) não adotaram qualquer medida, resultando no prejuízo próprio pela má qualidade/mau funcionamento do produto ou prestação do serviço.

Referente à sétima questão, foi perguntado sobre a “importância em haver um momento de conversa entre consumidor e empresa”. Obteve-se que 97,3% dos consumidores, independentemente de já terem vivenciado uma situação de problema ou não com a compra de produtos ou aquisição de serviços, acreditam ser relevante a existência de um momento de diálogo entre empresa e consumidor.

E, por fim, a oitava e última pergunta do questionário foi aberta, referindo-se a uma única palavra que pudesse resumir o que seria mais importante para que houvesse a solução de um conflito entre as partes. Essa pergunta foi respondida por todas as pessoas, independentemente de o consumidor contar com conflitos ou não, assim como na anterior. Importa salientar que no momento da tabulação de dados, por se tratar de uma questão aberta, devido ao número de variáveis encontradas optou-se pelo agrupamento de sinônimos, ou seja, palavras que identificavam o mesmo objetivo.

O termo com maior pontuação foi “Diálogo” que manteve 57,8% das respostas obtidas, reproduzindo também outras palavras sinônimas, como conversa, conversar e conversação, obtidas no questionário. Relevante destacar esse resultado, em que mais da metade dos consumidores aponta o diálogo como principal fator para a gestão de conflitos. O diálogo é o ato de comunicar-se.

O resultado aponta para a conscientização que vem ocorrendo quanto à importância dessa ferramenta para a solução de problemas. Conversar, dialogar, apresenta o interesse dos cidadãos em buscar um método diverso daquele apresentado judicialmente, no decorrer de um processo, podendo-se resolver a problemática de forma mais célere e ainda ponderando as vantagens em satisfação.

Em segundo lugar, a palavra “Acordo” contou com 9,6% das respostas obtidas e a terceira posição foi ocupada pelo termo “Compreensão” com 5,4%. Em quarto lugar aparece a palavra “Comunicação”, com 4,5%, antes mesmo Conciliação ou Mediação, que juntas aparecem com menos de 4%. Reflete-se que, se somados os percentuais obtidos com as palavras obtidas “Diálogo”

e “Comunicação” tem-se um total de 62,3% de consumidores que levam em consideração os meios comunicativos aplicados à resolução de litígios.

Surgiram muitos outros termos que refletem a conscientização do consumidor sobre a importância em buscar meios alternativos, merecendo destaque as seguintes: respeito, paciência, responsabilidade, honestidade e flexibilidade (com percentuais entre 1 e 4%). Para melhor compreensão de algumas respostas obtidas, analisou-se os cruzamentos formulados, buscando atingir interpretações que ultrapassassem àquelas possibilitadas advindas por meio do tabelamento simples. Assim, buscou-se a compreensão dos fatores sociais e econômicos que levaram os consumidores a adotarem determinada alternativa ou medida.

4.3 Cruzamentos de dados interpretativos

Procede-se, ainda ao cruzamento de alguns dados, identificando-se, a seguir, os principais resultados. Quanto ao gênero é importante salientar o cruzamento de dados obtidos com a pergunta “Você sabe o que é mediação?”. O gênero masculino apresenta maior conhecimento sobre a questão do que o gênero feminino. Deste modo, tem-se que 37,9% dos homens responderam afirmativamente, enquanto que 28,4% negativamente. No caso das mulheres, 71,6% responderam negativamente, afirmando não saber o que é mediação, em contraponto aos 62,1% entre os homens, que responderam afirmativamente.

Sobre a faixa etária dos consumidores, obteve-se que as alternativas “De 18 a 29 anos” e “De 30 a 39” anos foram as duas faixas etárias de consumidores que responderam negativamente à questão, afirmando não ser importante um momento de conversa entre o consumidor e a empresa. Assim, destaca-se que embora o número de respostas negativas tenha sido consideravelmente inferior aos positivos, entre 18 e 39 anos, demonstrou-se, por menor que seja, o desinteresse e/ou a desnecessidade de procurar vias alternativas de diálogo entre empresa e consumidor. Enquanto isso, nas demais faixas etárias obteve-se resultado completamente positivo. Esse resultado pode significar que a maturidade é fundamental para a resolução de conflitos por vias alternativas, como é o caso da mediação.

Com cruzamentos entre categorias de questões, não se levando em conta aspectos econômicos e sociais, abordaram-se duas variáveis, sendo elas: “Você sabe o que é mediação?” e “Você conhece a diferença entre processo judicial e mediação?”. Nesse primeiro cruzamento apresentam-se os seguintes resultados interpretativos: 74,4% dos consumidores que sabem o que é mediação, também conhecem a diferença entre ela e o processo judicial tradicional. Os que desconhecem o que é mediação formam um percentual de 90,1% de indivíduos que não conhecem a diferença entre as duas modalidades de processo. Em relação aos consumidores que responderam a alternativa “Conheço parcialmente”, tem-se uma parcela aproximada de indivíduos que conhecem a diferença e que não conhecem.

Isso se dá, como já disposto anteriormente, porque, embora a maioria dos consumidores desconheça o que é mediação, há uma pequena parcela que compreende que é diversa do processo

tradicional via judicial, afirmando, portanto, que mesmo sem saber o que é mediação, reconhece que é uma atividade distinta/diferente do processo adotado na via judicial. Os indivíduos que afirmaram conhecer parcialmente o que é mediação dividiram-se, quase que igualmente, quanto à segunda pergunta, o que indica que como conhecem em parte o que é mediação, parcialmente também conhecem a diferença entre processo judicial e mediação. Por fim, a maioria das pessoas que conhece a mediação, da mesma forma conhece a diferenciação.

O seguinte e último cruzamento, que aborda as questões “Já teve problemas relativos à alguma compra de produto ou prestação de serviço?” e “Você já utilizou a mediação?”, identificou que ao passo que 47,3% dos consumidores já tiveram algum problema relativo à compra, ainda assim há poucos casos de utilização do sistema de mediação, judicial ou extrajudicialmente. Destes, 8,7% já participaram de sessões de mediação ou audiências conciliatórias realizadas ou acompanhadas por mediadores.

Merecem destaque, ainda, algumas considerações obtidas a partir da aplicação da pesquisa, ocorridas por meio de um viés interpessoal, ou seja, por meio das atitudes e reflexos dos entrevistados. Informalmente, enquanto os consumidores respondiam ao que lhes era perguntado, compreendeu-se que muitos dos entrevistados que desconheciam completamente o tema, ressaltaram como seria importante uma maior divulgação do que é o processo de mediação, como funciona, quem são os envolvidos, quem pode participar, etc, pois uma parte significativa dos entrevistados já havia tentado com ações judiciais ou respondido à demandas, sem o conhecimento dessa possibilidade de resolução de conflitos.

Outra percepção foi em relação à mediação quando à aplicabilidade pessoal, pois alguns consumidores percebiam apenas após a pergunta “Você já utilizou a mediação?”, que já teriam tido alguma experiência, muito lembrada pelas pessoas como “Acordo”. Percebeu-se ainda, após a finalização da aplicação de cada questionário, o interesse dos participantes da pesquisa em obter maiores informações sobre o assunto, pois até mesmo aqueles que nunca experimentaram problemas com produtos ou serviços, demonstraram interesse em conhecer e identificaram a relevância do tema, para que, caso futuramente vivenciem alguma dessas situações, saibam como proceder, ou indicar a alguém que esteja passando por essas dificuldades.

Note-se que o termo “mediação” deve ser mais apresentado e reforçado, para que os consumidores reconheçam a mediação como propósito de “acordo”, de conciliação, de resolução de impasses. Importante também é o pleito por maior divulgação das ações realizadas por intermédio da mediação, demonstrando que é um meio alternativo de gestão de conflitos, dispensando-se, muitas vezes, o ingresso ou o prosseguimento de processos no Poder Judiciário.

A comunicação compreende-se como um dos instrumentos básicos e essenciais para a efetivação da mediação como ferramenta de resolução de conflitos, proporcionando caminhos que desenvolvam o diálogo e a compreensão entre as partes. Cada demanda em si possui aspectos diferentes das demais, e embora as técnicas possam ser diversas de acordo com cada situação, a base do contato está em encontrar meios de comunicar-se, de melhorar a qualidade da comunicação entre os envolvidos, proporcionando, através do emprego de técnicas e ferramentas de mediação,

uma oportunidade de reflexão sobre o porquê estou ocupando esse lugar, o que me trouxe até aqui, de que forma posso resolver essa questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como propósito o exame da comunicação como um ponto de encontro entre as partes envolvidas em um litígio, por meio da mediação, enquanto política pública de caráter social. Pode-se observar que muito embora a mediação seja um campo relativamente novo, vem se demonstrando cada vez mais como um método alternativo eficaz para a solução de conflitos. Método este, que tem como propósito a contribuição na diminuição do ajuizamento de demandas no Poder Judiciário, proporcionando momentos de reflexão aos mediandos, instigando uma nova forma de ver e solucionar demandas.

Para compreender o papel da comunicação nesse âmbito, analisou-se, sob a perspectiva do público consumidor, por meio da realização de pesquisa de opinião pública, se realmente havia conhecimento social da causa. O resultado alcançado demonstrou que apesar de ser uma modalidade de busca pela justiça que não está completamente difundida, está em ascensão, na medida em que os cidadãos participantes da pesquisa se sentiram encorajados a buscar maiores informações, despertando o tema interesse entre os consumidores.

A comunicação como fator de efetividade na mediação de conflitos vai ao encontro da demanda social existente, haja vista que permite ao indivíduo conhecer e reconhecer os seus direitos. Nesse aspecto, dá-se ênfase para o público consumidor, que tem atestado com maior frequência o seu poder de exigência, colaborando para uma atualidade que exige das empresas a criação e, mais do que isso, a manutenção de práticas comerciais que atendam as prerrogativas buscadas por esse público.

A partir do momento em que a sociedade reconhece o papel social exercido pela comunicação, e de que forma essa ferramenta pode estar atrelada ao Poder Público, ocorre a almejada efetivação do sistema, onde cada ideal estabelecido possui respaldo social. Desse modo, proporciona-se o entendimento mútuo, através do discurso comunicativo, estabelecendo-se um sistema democrático, intentando que as relações pessoais e a legislação procurem exercer o melhor direito, a fim de obter resultados satisfatórios.

A aplicação da pesquisa de opinião qualiquantitativa com os consumidores residentes no Município alvo da pesquisa obteve o resultado de que, embora seja pouco conhecido o processo de mediação, há um grande interesse social em saber como se dá esse procedimento. Pode-se afirmar que mesmo que o número de pessoas que utilizou o sistema seja reduzido, a satisfação do consumidor e a resolução do conflito teve um índice considerável entre eles.

A pesquisa de opinião pública foi considerada satisfatória, considerando-se que contemplou respostas objetivas e conclusivas às questões suscitadas, a fim de obter e fornecer dados concretos sobre o sistema de mediação e a influência exercida pela comunicação. Por meio da análise dos resultados obtidos, aduzindo uma interpretação capaz de responder à questão inicial

suscitada, demonstrou-se de que forma ocorre o reconhecimento da ferramenta de comunicação aplicada ao sistema de mediação junto ao público consumidor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cândido Teobaldo de Souza. **Curso de relações públicas: relações com os diferentes públicos**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de. (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2013.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, [2020]. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-sndc>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Tradução Maurício Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006.

CESCA, Wilson; CESCA, Cleuza Gimenes. **Estratégias empresariais diante do novo consumidor: relações públicas e aspectos jurídicos**. São Paulo: Summus, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (org.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Núcleo de Conciliação e Mediação**. Porto alegre: TJRS, [2019?]. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/nucleo.html?print=true>. Acesso em: 10 fev. 2020.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**: comprando, possuindo e sendo. Tradução de Luiz Claudio de Queiroz Faria e revisão técnica Salomão Farias. 9. ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. (org.). **Mediação enquanto política pública**: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

Como citar: MANFIO, Chanauana de Azevedo Canci. MARTINS, Vera Sirlei. COSTA, Valesca Brasil. A mediação como política pública de resolução de conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 149-169, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p149. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/02/2020

Aprovado em: 27/6/2020

ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRs): A GESTÃO DE CONFLITOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS (ODRs): MANAGING CONFLICT IN THE INFORMATION SOCIETY

Adriana Silva Maillart*
Ricardo Soares Stersi dos Santos*

Como citar: MAILLART, Adriana Silva. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Online dispute resolutions: a gestão de conflitos na sociedade de informação. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 24, n.2, p. 170-188, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p170. ISSN: 2178-8189

*Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Email: adrissilva@gmail.com

** Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Email: rstersi@hotmail.com

Resumo: A evolução cibernética não traz transformações apenas no plano econômico, político, social e cultural, ela também perpassa pelo cenário jurídico. De tal forma que, o ciberespaço, outrora conhecido como espaço de comunicação e interação, passa a ser compreendido também como um ambiente facilitador do gerenciamento dos conflitos. Este artigo analisa um novo instrumento de resolução de disputas, conhecida como *Online Dispute Resolution* (ODR), que funciona como um meio complementar de resolução de controvérsias paralelo ao Poder Judiciário e às ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*) e promete dar respostas mais rápidas e efetivas à sociedade de informação. Este artigo adota o método dedutivo de abordagem e pesquisas documentais e bibliográficas como técnica de pesquisa.

Palavras chaves: Gestão de conflitos. Online dispute resolution. Sociedade da informação. Meios alternativos de solução de controvérsias. Mediação.

Abstract: Cyber evolution does not bring changes only in economic, political, social and cultural terms, it also permeates the legal scenario. Cyberspace, once known as a place of communication and interaction, becomes also as an enabling environment management of conflicts. This article analyzes the new form of dispute resolution, known as Online Dispute Resolution (ODR), which acts as a complementary means of resolving parallel dispute to the judiciary and ADR (Alternative Dispute Resolutions) and promises to give more rapid and effective responses to information society. This article adopts the

deductive method of approach and documentary and bibliography research as a research technique.

Keywords: Managing conflict. Online dispute resolution. Information society. Alternative dispute resolution. Mediation.

INTRODUÇÃO

A evolução cibernética tem trazido grande progresso econômico e social, facilitando a comunicação e transação entre as pessoas, diminuindo distâncias. Entretanto, estas novas modalidades de transações e relações interpessoais não só trazem transformações no âmbito econômico e social, mas também para o âmbito jurídico, ocupando uma nova importância para o Direito.

O ciberespaço foi exaltado como um espaço que facilitaria o reconhecimento do outro, agregando as pessoas e facilitando sua interação, por meio de cooperação, associação e negociação. Mas, como já se podia antever, a sociedade de informação não conseguiu “bloquear-se” dos conflitos da vida real e da rede, demonstrando que nem só benesses e aspectos positivos cerceiam o ciberespaço. Mas novamente o ser humano por trás da máquina, percebeu uma forma de aproximar a resolução de controvérsias a este novo cenário, criando uma nova modalidade de solução complementar de resolução de disputas, conhecida como *Online Dispute Resolution* (ODR), em que o ciberespaço passa a funcionar também como um ambiente facilitador do gerenciamento dos conflitos. Sobre esta nova modalidade de resolução de conflitos é que trata este artigo.

Tendo como premissa a análise dos limites do Poder Judiciário na resolução de conflitos no momento atual e a evolução digital como instrumento de comunicação humana, este estudo tem como objetivo analisar como o ciberespaço pode auxiliar na construção de um instrumento para viabilizar a resolução de controvérsias em âmbito virtual, funcionando como uma quarta parte na construção da solução de controvérsias, proporcionando uma adequação dos sistemas tradicionais de soluções de controvérsias, coerente com exigências trazidas pela sociedade de informação.

Para tanto o trabalho abordará por primeiro a comunicação na sociedade de informação; como tais processos comunicacionais produzem conflitos; e os mecanismos que são utilizados na administração dos conflitos. Num segundo momento se buscará retratar as deficiências do modelo designado como cultura da sentença, em que ocorre a preponderância da judicialização e do Poder Judiciário na administração dos conflitos surgidos na sociedade de informação para, após, apontar os meios que são designados Online Dispute Resolution (ODRs) como instrumentos que podem atuar não só como alternativa/complemento a cultura da sentença mais também como proposta de um novo modelo geral de administração dos conflitos.

Acredita-se que por meio do presente trabalho seja possível analisar e discutir as ODRs como meios de ampliação do acesso à justiça e de superação da cultura da sentença, apesar dos obstáculos hoje existentes, e dessa forma contribuir para o aprimoramento do conhecimento acadêmico sobre a matéria.

Este artigo adota o método dedutivo de abordagem e a revisão bibliográfica e documental como técnica de pesquisa.

1 COMUNICAÇÃO E CONFLITOS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

O conceito de globalização, quando foi formulado, estava relacionado “às estratégias das empresas que procuravam expandir as suas atividades, ultrapassando as fronteiras nacionais” (BARBOSA, 2010, p. 21). Entretanto, com o passar dos anos, este termo tomou outras proporções de tal maneira que, como afirma, Barbosa (2010, p. 8), hoje, “a globalização é uma realidade presente, que se manifesta nos planos econômico, político e cultural, a partir de uma aceleração do intercâmbio de mercadorias, capitais, informações e ideias entre os vários países, ocasionando uma redução das fronteiras geográficas”.

As dimensões políticas, ideológicas, produtivas e financeiras da globalização se aproveitaram significativamente das novas tecnologias¹. A informação globalizada conhece, por sua vez, uma nova forma de manifestação, instrumentada pela cibernética que delinea estes fluxos de informações e que faz com que cheguem ao seu interlocutor em tempo real e com impacto quase automático. Tudo é impactado por esta nova dimensão global, em que empresas, indivíduos, movimentos sociais e governos nacionais e locais estão conectados por uma extensa rede de informações (BARBOSA, 2010).

A própria concepção de mundo acaba passando por uma transformação. O mundo não está mais relacionado com algo localizável e “coisificado” e se amplia com as possibilidades de comunicação que não são mais reduzidas em razão da distância. A sociedade global implica em cada e qualquer comunicação, independe da distância entre os sujeitos. A sociedade mundial é o próprio acontecer de mundo na comunicação. O mundo é uma correlação de operações (STOCKINGER, 1997).

Dentro desta nova visão de mundo, de um espaço sem fronteiras, pode-se vislumbrar o ciberespaço como uma nova possibilidade de comunicação ou uma mutação dos meios anteriores de comunicação.

Ciberespaço ou rede é

[...] o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse espaço (LÉVY, 1999, p. 17).

Com a era digital há uma nova expressão de comunicação, conforme Lévy (1999, p. 22): “[...] as imagens, as palavras, as construções de linguagem entranham-se nas almas humanas, fornecem meios e razões de viver aos homens e instituições, são recicladas por grupos organizados e instrumentalizados, como também por circuitos de comunicação e memórias artificiais”.

Assim,

1 A microeletrônica, informática e biotecnologia são exemplos destas novas tecnologias, que, segundo Barbosa (2010, p. 34), estão “voltadas para o armazenamento e intercâmbio de informações, permitindo que as empresas e instituições funcionem em rede, com um grau significativo de flexibilidade e adaptabilidade”.

As verdadeiras relações, portanto, não são criadas entre “a” tecnologia (que seria da ordem da causa) e “a” cultura (que sofreria os efeitos), mas sim entre um grande número de atores humanos que inventam, produzem, utilizam e interpretam de diferentes formas as técnicas. Técnicas estas que carregam consigo projetos, esquemas imaginários, implicações sociais e culturais bastante variados e agem e reagem ideias, utopias, interesses econômicos, estratégias de poder, uma gama de jogos dos homens em sociedade” (LÉVY, 1999, p. 23).

Lévy (1999, p. 14) percebe nas telecomunicações ou na informatização uma “possibilidade de reconhecimento do outro, a aceitação e ajuda mútuas, a cooperação, a associação, a negociação, para além das diferenças de pontos de vista e de interesses”. Acredita serem elas responsáveis por “estender de uma ponta à outra do mundo as possibilidades de contato amigável, de transações contratuais, de transmissões de saber, de trocas de conhecimentos, de descoberta pacífica das diferenças.”(LÉVY, 1999, p. 14).

O ciberespaço, assim, passa a ser um novo instrumento de desenvolvimento das relações sociais, pois por trás de máquinas e códigos de rede, há pessoas humanas munidas de ideias, valores, interesses, posições e sentimentos (portanto objetivos) que buscam alcançar e validar por meio de comportamentos (ações sociais) escolhidos.² Entretanto, toda vez que a ação escolhida por um dos agentes participantes da relação social, instrumentalizada pelo ciberespaço, for percebida pelos demais como incompatível (impeditiva) de se alcançar os objetivos próprios, estar-se-á diante de um conflito – que é uma das modalidades possíveis de relação social (ENTELMAN, 2005, p. 49)

Nas hipóteses em que a ação realizada por um dos agentes da relação social ameaçar ou lesionar um direito, o conflito será passível de administração por meio de várias formas distintas, sendo a mais tradicional, no Ocidente, a utilização do processo judicial a ser julgado por juízes (Poder Judiciário). Nesta modalidade de meio de administração dos conflitos os litigantes vão buscar que um terceiro, designado juiz, promova a adjudicação do conflito por meio de uma sentença onde se decidirá, interpretando a legislação, se os comportamentos utilizados e os objetivos traçados pelos agentes estão ou não amparados na lei.

A preponderância pela administração adjudicada dos conflitos jurídicos gera a cultura da sentença. Para Santos e Maillart (2018, p. 675) foi construída no Brasil uma “[...] crença social de que a decisão adjudicada tomada por um “expert” em leis (juiz) era a melhor forma patrocinada pelo Estado para dirimir os conflitos de interesses e pacificar a sociedade.”

Ao fazer referência à cultura da sentença, Watanabe (2007, p. 7) define que existem pelo menos dois componentes fundamentais para a sua manutenção: a) a prática dos juízes (Poder Judiciário) de preferir proferir sentenças ao invés de estimular as partes a compor consensualmente os conflitos; b) a mentalidade forjada nas Faculdades de Direito e na Academia em geral voltada para “[...] para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesse [...]”, ressaltando a quase inexistente oferta de disciplinas direcionadas a administração consensual dos conflitos

2 Conforme Weber (2002, p. 11), a ação social se caracteriza pela atividade ou omissão ao qual se agrega pelo menos um sentido subjetivo e que são realizados por indivíduos ou grupos orientados a partir da conduta do “outro”(s).

jurídicos.³

Assim, a partir da cultura da sentença, num primeiro instante pensar-se-ia no processo judicial, administrado pelo Poder Judiciário como o instrumento mais adequado para administrar os conflitos jurídicos decorrentes das ações desenvolvidas pelos usuários no ciberespaço. Mas será que o Poder Judiciário consegue dar uma resposta rápida e efetiva aos auspícios da sociedade de informação?

2 LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO E A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Para Nalini (2000, p. 63):

[...] os atos de comunicação [do Poder Judiciário] não primam por rapidez e eficácia. O fluxo dos papéis e o ritmo do processo são de lentidão exasperante. Principalmente se considerando a imersão da sociedade mundial numa era de informação, em que a comunicação se dá de maneira instantânea, em qualquer parte do globo.

O tempo do processo não mais condiz com o tempo real das comunicações, das transações e das relações interpessoais. Atualmente, torna-se comum, com a informatização, ter-se em poucos segundos a realização de transações empresariais com partes de diferentes lugares do planeta.

Nalini (2000, p. 28) salienta que “as fronteiras estão desaparecendo nesta *era da informação*, em que tudo o que acontece na Terra é imediatamente divulgado, em tempo real, para os mais longínquos rincões”.

Apesar da instalação do processo eletrônico em algumas comarcas no Brasil, percebe-se ainda uma incompatibilidade entre o tempo real e a tramitação dos processos. Ou seja, o judiciário tem tido dificuldade para adaptar-se às novas realidades da sociedade. Faria (1996, p. 162), reforçando esta ideia, aponta que:

Em termos de jurisdição, por exemplo, como [o poder judiciário] foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos e no contexto de centralidade da atuação estatal, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações e dos transportes e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação.

E acrescenta ainda que:

3 Em relação à falta de oferta de disciplinas voltadas a administração consensual dos conflitos pelas Faculdades de Direito, existem estudos recentes que confirmam as afirmações de Watanabe, entre os quais: Gaio Junior e Ribeiro (2010) e Santos e Maillart (2018).

Em termos organizacionais, o Judiciário foi estruturado para “administrar” os processos civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, ritmos e horizontes temporais presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é real, isto é, o tempo da simultaneidade (FARIA, 1996, p. 162).

O acesso à Justiça, na concepção de acesso ao judiciário, como se pode observar, tornou-se arcaico em relação à atual realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade e, em contrapartida, deixa, por vezes, lacunas na resolução dos litígios e não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória, para o que deveria estar preparado o Poder Judiciário. Os problemas são abundantes, como a morosidade, altas custas processuais, sobrecarga, desaparelhamento pessoal e material e burocratização do Judiciário (SILVA, 2005, p. 109-124)⁴, que dificultam que o Poder Judiciário seja a instância mais adequada para responder os anseios da sociedade de informação, para acompanhar a rápida evolução da sociedade e o surgimento de novos direitos e, sobretudo, para resolver controvérsias com a agilidade necessária deste novo cenário social.

Os dados de 2018, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Relatório Justiça em Números de 2019, reforçam os problemas da primazia da judicialização no Brasil.⁵

O Poder Judiciário custou em 2018 à quantia aproximada de R\$ 94 (noventa e quatro) bilhões de reais, correspondentes a 1,4 % do Produto Interno Bruto (PIB) e de R\$ 449,53 por habitante. Comparativamente a outros países como Estados Unidos (0,14%), Alemanha (0,32%) e Reino Unido (0,14%), o Brasil em 2016 era o país que mais gastava com o Poder Judiciário na relação com o PIB (JASPER, 2018).

No Brasil existem 18.141 juízes, 272.138 servidores e 159.896 auxiliares.

O tempo médio de um processo de conhecimento, nas justiças estaduais é de dois anos e quatro meses até ser proferida a sentença de primeiro grau. Caso haja recurso para o segundo grau, serão mais oito meses para o julgamento além do tempo de espera no caso dos tribunais superiores como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Se a sentença proferida no processo de conhecimento após o trânsito em julgado não for cumprida voluntariamente e necessitar de execução, acrescenta-se mais seis anos e um mês. No final de 2018 havia quase 79 (setenta e nove) milhões de processos em tramitação no Brasil, sendo mais da metade processos de execução.

Os problemas no modelo de primazia da sentença não atendem uma nova realidade dos negócios no mundo. A expansão da internet faz com que os negócios passassem a ser celebrados de forma virtual, não raro com grandes corporações situadas em locais distantes. “A internet e a

4 Como expressa Ceneviva (1994, p. 255), alguns chegam a falar no esclerosamento da Justiça.

5 Os dados completos estão disponíveis no Relatório Justiça em Números (2019), publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

telefonia celular possibilitaram contatos antes impensáveis, abstraindo as distâncias geográficas” (BARBOSA, 2010, p. 73) e, por que não dizer, fazendo com que os meios empregados para a gestão de conflitos sejam repensados. A sociedade tem avançado mais do que o direito pode acompanhar e o sistema judiciário brasileiro, baseado em pilares dogmáticos e burocráticos, não corresponde e não responde de maneira efetiva as demandas desta sociedade sem fronteiras e informatizada. Desta forma, vislumbra-se um novo cenário no âmbito da resolução de conflitos, dentro do paradigma das reformas jurídicas e de acesso à justiça.

3 REFORMAS E GESTÃO DE CONFLITOS: POSSIBILIDADES DENTRO DO CENÁRIO GLOBALIZADO

O Brasil, inspirado por uma onda reformatória que atingiu a América Latina na virada do Século XXI, criou a Secretaria da Reforma do Judiciário, ligado ao Ministério da Justiça, com o objetivo de democratizar o acesso à Justiça; fazer um diagnóstico do Poder Judiciário; modernizar a gestão do Judiciário e fazer alterações legislativas do Judiciário, amenizando os problemas reportados acima.

Dentre alguns pontos da reforma está a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004) em que foram tratados: 1) em âmbito constitucional: a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público; a unificação de critérios para os concursos de ingresso nas carreiras; a federalização dos crimes contra direitos humanos e a autonomia para as defensorias públicas; 2) em âmbito infraconstitucional: alterações no processo civil; utilização de meios alternativos; alterações no processo penal; alterações no processo trabalhista; a modernização e informatização do judiciário⁶ e a implantação da IberRede⁷.

O que nos interessa aqui, é o ponto em que a Reforma do Judiciário incentiva a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias (ADRs)⁸ na tentativa de tornar o sistema jurídico brasileiro mais eficaz, tendência já anunciada por Cappelletti e Garth (1988, p. 71) no final da década de 1960 (denominada de terceira onda)⁹. Esta onda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir

6 Cabe aqui chamarmos a atenção, pela importância do tema, para os projetos de modernização da Gestão do Poder Judiciário, como a implementação do projeto “Justiça sem papel”, com a implantação de processos eletrônicos, de digitalização de audiências, interrogatório on-line, autenticação virtual de certidões de antecedentes criminais, acompanhamento virtual de processos; otimização do Sistema de Intimações Pessoais; programa banco de testemunhas; requisição eletrônica de pagamento, entre outros.

7 A Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica (IberRede) foi instituída em 2004 em Cartagena de Índias (Colômbia), após recomendação nesse sentido pela VI Cúpula Ibero-americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais Superiores de Justiça. Tem como objetivos otimizar a cooperação jurídica em matéria civil e penal entre os países membros, bem como estabelecer sistema de informações sobre seus diferentes sistemas jurídicos. A IberRede é composta por representantes dos ministérios da justiça, dos ministérios públicos e do judiciário de 23 países. A rede conta com uma Secretaria-Geral, exercida pela Secretaria Permanente da Conferência Ibero-americana de Ministérios de Justiça. (REDE IBEROAMERICANA DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL, 2020).

8 Neste texto, adota-se, além do termo alternativo para designar os meios não-tradicionais de soluções de controvérsias, os termos paralelo e complementar, por entender que as ADRs não são meios secundários de resolução de disputas. Aqui as ADRs são consideradas considerados meios efetivos de acesso à Justiça, devendo ser utilizadas sempre que a característica do conflito determinar que o uso daquele instrumento dará um tratamento adequado à controvérsia.

9 A terceira onda, que compreende um novo enfoque de acesso à Justiça, que amplia a concepção desse acesso, indo além da representação em juízo.

disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Cappelletti e Garth (1988, 71) observaram que

Inicialmente [...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Tomando por base estas diretrizes e sabendo que as reformas dos tribunais regulares são limitadas, os reformadores do acesso à Justiça vislumbraram a criação de alternativas por meio de procedimentos mais simplificados e/ou de julgadores mais informais; e, para tanto, utilizam-se do juízo arbitral, da conciliação e dos incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais.

Para Carbonneau (apud VILAR, 1999, p. 51), as ADRs são a possibilidade de prática, eficácia e economia. Uma resposta possível ante o volume de demandas que tornam a via jurisdicional inacessível e do sentimento de que levar o litígio ante aos tribunais é contraproducente na maioria dos casos¹⁰.

No Brasil, os meios alternativos/complementares ao Poder Judiciário mais conhecidos são a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, que, nos últimos anos, ganham evidência legislativa e administrativa dentro de uma política nacional de tratamento adequado de conflitos.

A conciliação já é instituto conhecido no sistema jurídico brasileiro, mas ganhou nova força com a publicação da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instrumento que também previu a mediação de conflitos. Atualmente, estes institutos voltam à cena, em virtude da aprovação da Lei n. 13105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015a) e da Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015, também designada Lei da Mediação (BRASIL, 2015c).

Ao lado dos institutos autocompositivos, há também um meio heterocompositivo de solução de controvérsias alternativo/complementar ao Poder Judiciário, a arbitragem, presente

10 No âmbito do direito eletrônico, por exemplo, há importantes tentativas de gestão de conflitos por meios alternativos: 1) Sistema Administrativo de Conflitos de Internet relativos a nomes de domínios sob o “.br” - SACI-Adm: O Saci-Adm foi criado em 2010 e está ligado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), que utiliza deste meio alternativo extrajudicial para a resolução de conflitos referentes a nomes de domínio na internet para extensão “.br”. O órgão tem por objetivo “a solução de litígios entre o titular de nome de domínio no “.br” (denominado “Titular”) e qualquer terceiro (denominado “Reclamante”) que conteste a legitimidade do registro do nome de domínio feito pelo Titular”. Maiores informações podem ser obtidas no site da instituição disponível em <<https://registro.br/dominio/saci-adm/>>; 2) Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI): como o próprio nome diz, este é um centro ligado à OMPI, um organismo das Nações Unidas, que trata dos conflitos relacionados à propriedade intelectual e contratos internacionais, inclusive os relacionados à tecnologia. Maiores informações sobre o Centro de Arbitragem e mediação da OMPI estão disponíveis em: <https://www.wipo.int/amc/es/index.html>. Acesso em 25 jul. 2020.

no sistema brasileiro desde há muito tempo, mas que ganha nova roupagem com a Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), modificada pela Lei n.º 13129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015b).

Estes instrumentos ainda que continuem sofrendo certa resistência cultural, já são conhecidos da comunidade jurídica. Ocorre que ao lado dos modos “tradicionais” de soluções complementares/alternativas de controvérsias como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem também existe um novo ambiente no espaço cibernético para as resoluções de disputas, conhecido como *Online Dispute Resolution* (ODR), que funciona como uma “quarta parte” na gestão dos conflitos e que tem por finalidade auxiliar principalmente negociadores, mediadores e árbitros na administração de informações e comunicações.

4 ONLINE DISPUTE RESOLUTIONS COMO NOVA MODALIDADE DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS

A *Online Dispute Resolution* (ODR) é um ramo dos meios alternativos/complementares de gestão de controvérsias que utiliza a tecnologia para facilitar o gerenciamento de litígios entre as partes. Ela utiliza meios tais como a negociação, mediação e arbitragem ou, até mesmo, a combinação destes três e pode ser considerada como alternativa/complemento das ADRs.

As ODRs podem ser utilizadas em vários tipos de disputas envolvendo matérias como direito empresarial; consumidor ou família, mas têm sido amplamente divulgadas como mecanismo eficiente para resolver disputas *online*, principalmente os relativos à e-commerce¹¹.

Segundo Katsh (2002)¹²:

O ciberespaço é, cada vez mais, um lugar onde existem processos disponíveis para os usuários, bem como informações. Isso não deveria ser surpreendente, pois os processos são conjuntos de transações informativos e intercâmbios. O que torna a construção de processos de transações informativos difíceis é estruturar e regular o fluxo de informações e as inúmeras trocas de informação entre as partes. Ferramentas que tornaram possível a criação de leilões on-line, lojas, cassinos e outros processos on-line, no entanto, ao longo do tempo também permite que as instituições cívicas, tais como sistemas de resolução de litígios e tribunais online funcione.

11 Apesar de, em parâmetros gerais, as ODRs poderem ser utilizadas para resolver grande parte das controvérsias que versem sobre direito patrimonial disponível, respeitando os limites dos direitos transacionáveis, acredita-se que sua utilização será mais frutífera para casos específicos em que relações continuadas não sejam objeto de litígio, tendo em vista objetivar o tratamento adequado do conflito.

12 Ethan Katsh é professor de Estudos jurídicos e Diretor do Centro de tecnologia da informação e resolução de disputas da Universidade de Massachusetts e responsável pela criação de um meio de solução de controvérsias para a eBay, um dos mais bem-sucedidos sites de negócios online. Segundo este “no início de 1999, o site de leilões online eBay desenvolveu um projeto-piloto, denominado Ouvidoria Office Online (OOO), da Universidade de Massachussts, para mediar disputas que surgiram de transações entre os licitantes e vendedores. E, já naquela época, a cada semana, havia cerca de um milhão de transações. E, no período experimental de 2 semanas, mais de cento e cinquenta queixas foram apresentadas. O valor das disputas variou de um dólar a quinze mil dólares. E, o mediador online, participou das transações entre as partes em mais de três quartos das disputas e mediado com sucesso cerca de metade” (KATSH, 2002).

A experiência do autor acima mencionado na construção de um órgão de administração de controvérsias é tratada no artigo “Online Dispute Resolution: The Next Phase”, que em regras gerais explica a criação de um sistema ADRs por meio virtual. Katsh explica que criou a Ouvidoria Office Online (OOO), em maio de 1996, porque, com o crescimento da internet, acreditava que haveria a necessidade de serviços de gestão de litígios e acreditava ser possível a entrega deste serviço por meio da internet¹³. Acrescenta que, seu interesse inicial em ODR cresceu a partir de suas próprias experiências online, verificando que o ambiente virtual era passível de conflito e olhando para este novo ambiente e vendo que medidas estavam sendo realizadas para evitar conflitos e lidar com conflitos (KATSH, 2002).

Katsh (2002, p. 1) afirma que:

O ciberespaço é um lugar onde o número de transações só pode crescer e [...] onde as transações e os relacionamentos vão, as disputas seguirão. [...] o ciberespaço era um lugar onde poderosas ferramentas estavam sendo desenvolvidos para a comunicação, armazenamento e processamento de informações. Sabíamos que essas atividades também estavam no coração de resolução de disputas.

O projeto eBay foi a prova de que havia a necessidade de ODR em mercados online¹⁴. E, assim, foi criado um sistema em que quando qualquer pessoa que se depara com um problema com uma transação pode, com apenas um clique em seu dispositivo eletrônico, pedir assistência da disputa resolução (EBAY, 2020b).

A empresa SquareTrade.com utiliza-se de dois meios de administração de disputas online. O primeiro é um processo baseado na negociação livre (um grande número de queixas é resolvido desta maneira) e o segundo é uma negociação intermediada por um mediador profissional. Segundo a eBay, usando o Square Trade, pode-se transformar um episódio negativo em algo positivo, pois a gestão de controvérsias online pode ajudar: 1) a resolver o mal-entendido de maneira razoável; 2) fornece um intermediário neutro entre compradores e vendedores; 3) reduz o feedback prematuramente negativo (EBAY, 2020a).

Este sistema tem dado bons frutos. A SquareTrade informa que trata de cerca de 190 mil

13 No artigo “Online dispute resolution: the future of justice”, Karolina Mania expõe que houve essencialmente quatro fases no desenvolvimento das ODRs: “the first, which ran from 1990 to 1996, was an amateur stage in which electronic solutions were in a test period. In the ensuing years (1997–1998), ODR developed dynamically and the first commercial web portals that offered services in this area were established. The next phase (business) ran from 1999 to 2000. Given the favourable period of economic development, especially in IT services, many companies initiated projects based on electronic dispute resolution, but a large number no longer operate on the market. The year 2001 marked the beginning of an institutional phase, during which ODR techniques were introduced into institutions such as the courts and administration authorities. One of the first cases of online dispute resolution involved a procedure started in the United States of America in which the opposing sides decided to seek a new method to settle their dispute (Wang, 2008). The case was pending before the Online Ombuds Office at the Center for Information Technology and Dispute Resolution at the University of Massachusetts. Ethan Katsh and Janet Rifkin, who founded the entity and are considered leading promoters of the ODR issue, started mediation procedures via only e-mail communications and this eventually resulted in a settlement being signed (Katsh & Rifkin, 2001). Among others, the Online Ombuds Office offered mediation services for auction portal eBay” (MANIA, 2015, p. 1).

14 A eBay alega que, apenas em 2010, ter lidado com mais de 60 milhões de disputas. (KATSH, 2020).

por ano, tendo sucesso em 90% dos casos¹⁵. O Brasil também tem o seu exemplo, o mercado livre também se utiliza de sistema de gestão de controvérsias online¹⁶.

Outros dois sistemas de ODRs também bastante conhecidos nos EUA são:

1) a ICANN, a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, um processo de solução de controvérsias para gerenciar disputas sobre nomes de domínio, a Internet aborda como *ibm.com* ou *disputes.org*. Estes são disputas em que um proprietário da marca afirma que o registro e a utilização do nome de domínio por alguém está violando os direitos do proprietário da marca (KATSH, 2002).

2) Licitação em cego, empregadas por empresas como *Cybersettle* ou *Clicknsettle*, que utiliza um computador para oferecer a solução ao caso, utilizando um intervalo determinado de números. Se o intervalo de números é correspondente com o número determinado pela outra parte, a controvérsia será resolvida. Já caso a oferta não corresponde, a negociação continua de forma tradicional e nenhuma parte fica sabendo da oferta do outro. Katsh (2002) observa, entretanto, que, a “licitação cego pode ser útil, mas apenas quando há uma única questão em controvérsia e que a questão envolve dinheiro, ou algo que pode ser representado numericamente”.

Katsh (2002, p. 1) também expõe que:

Talvez a mudança mais importante, mas também menos notado nos últimos três anos tem sido a crescente sofisticação dos ODR software. A ICANN para resolver as disputas de nomes de domínio, *eResolution*, tem usado um processo totalmente online que é ao mesmo tempo poderoso e fácil de usar. O projeto piloto *eBay*, em 1999, contou com e-mail, um recurso que é amplamente disponível e barata de usar, e permite a troca rápida de mensagens, mas não tem recursos significativos de processamento de informações. No processo de resolução de conflitos baseado na Web, como foi concebido o *SquareTrade*, as partes são convidadas a participar de um período de “negociação direta”, antes de um mediador ser designado para trabalhar com eles. *SquareTrade* concluiu, bastante notável, que, mesmo sem a intervenção de um mediador humano, cerca de oitenta por cento das disputas apresentadas são resolvidas por meio de negociação direta.

E explica que:

Enquanto um mediador não participar do processo de “negociação direta”, *SquareTrade* participa. O que significa dizer que “*SquareTrade* participa?” O processo é chamado de “negociação direta”, mas a realidade é que é “negociação mediada”. É a negociação que ocorre principalmente por meio de telas projetadas por *SquareTrade*, informações fornecidas pelo *SquareTrade*, e um processo estruturado por *SquareTrade*. A figura abaixo contém a primeira tela alguém com uma disputa iria ver. Este não é um formulário de reclamação, mas uma tela com um pouco de informação que pode ser esperado de incentivo e expectativas otimistas para o queixoso. A informação é uma sugestão de que 80% das partes está satisfeito com o processo. Isto, junto com a frase “Construindo Confiança

15 Para esta e outras informações acessar *Squaretrade* (2020).

16 Para maiores informações acessar *Freitas* (2019).

em Transações”, contribui para a confiança. A afirmação de que “o caso de arquivamento deve levar 15 minutos” contribui para a sensação de conveniência. Os links no lado direito da tela sugerem conhecimento e experiência. (KATSH, 2002, p. 1).

Rifkin e Katsh (2001) referem-se a este tipo de tecnologia com uma “quarta parte”, fazendo alusão às resoluções de controvérsias tradicionais que são compostas de três partes (as partes em disputa e o terceiro conciliador/mediador ou árbitro).

Esta “quarta parte” é compreendida como algo que influencia sobre o processo de comunicação e negociação, algo que agrega valor ao terceiro. Não é algo que normalmente substitui o terceiro, mas pode operar com um aliado ou um assistente ao lado (KATSH, 2002).

A “quarta parte” está embutida no software e pode assumir diferentes formas. A “quarta parte” é, assim, uma metáfora para aplicações que melhoram a experiência de terceiros e fazem as experiências em rede se tornar mais humanas. Algumas deficiências na comunicação podem ser diminuídas com estas comunicações visuais. E, as comunicações visuais, aqui, devem ser compreendidas como a técnica de combinar texto e imagem para fins de persuasão e explicação.

Estas novas oportunidades para a expressão possibilitada pela “quarta parte” vão representar desafios para alguns terceiros. Novos meios de comunicação podem ser úteis e perturbadores ao mesmo tempo. A quarta parte do futuro vai exigir o mesmo nível de sensibilidade para fotos, imagens, ícones, gráficos, figuras, gráficos, tabelas, tabelas, diagramas, mapas, croquis, esquemas e gráficos coloridos e animados, como não é textual ou da comunicação oral.

Um exemplo de como este processo pode se dar é a análise de monitoramento do desempenho para se chegar a um acordo. Conforme Katsh (2002), no contexto de monitoramento, por exemplo, a falta de desempenho pode enviar uma bandeira vermelha para o advogado de uma das partes. Esta poderia ser uma imagem real de uma bandeira vermelha e a bandeira vermelha, se ignorada, pode crescer ao longo do tempo, algo que seria ao mesmo tempo significativo e chamaria a atenção.

Katsh (2002) explica que o melhor exemplo do poder capacitador do ambiente on-line para a comunicação gráfica vem de uma negociação internacional extremamente complexa: a negociação entre o sérvio bósnio, croata e facções muçulmanas, que resultou nos Acordos de Paz de Dayton, em 1995.

E acrescenta (KATSH, 2002, p. 1):

As negociações em Dayton foram os primeiros a empregar mapas digitais, mapas que não só tinham limites detalhados que poderia ser ajustado, mas que poderia “visualizar” o terreno. Os negociadores eram experientes no uso de mapas, mas também foram “usados para os mapas em papel, a aparência nítida de detalhe

impresso e a flexibilidade de desenho em sua cópia mapa onde e quando quisessem.” Os mapas digitais forneceram imagens geradas por computador de terreno e permitiu que os negociadores experimentassem diferentes linhas de fronteira, e contribuiu significativamente para a conclusão da bem sucedida negociação de Dayton.

Tal como acontece nas ADRs, as ODRs devem ser utilizadas quando o custo de administração de conflitos é menor do que o valor do litígio em questão. Conforme Katsh (2002), algumas ferramentas online, como licitação cego, pode ser entregue a um custo baixo, e algumas alternativas tecnológicas podem ser mais baratas do que as com a participação de pessoas. Na verdade, a criação de mecanismos de ODRs enfrentam os mesmos desafios da criação de start-ups que prestam serviço pela internet.

A companhia General Electric, por exemplo, tem testado o julgamento on-line de disputas na divisão de petróleo e gás da empresa. Isto tudo visando reduzir tempo e dinheiro gasto pela empresa com advogados.

A abordagem está sendo testada principalmente na Itália e serve para disputas de no máximo 50.000 euros, ou US\$ 65.000. [...] O sistema da empresa envolve ofertas em leilões ‘cegos’, pela internet, para determinar se as partes chegam a um valor comum. Se isso não der certo, é um árbitro que decide, mas a comunicação é toda on-line e sem audiência física (O’CONNELL, 2011, p. 1).

Com este método, a GE, no ano de 2011, fechou acordos em 15 pedidos de indenização que totalizaram 136.000 euros num só trimestre de processos cibernéticos no ano¹⁷.

A conciliação também tem sido pensada no âmbito do direito eletrônico. Tanto que, o grupo de trabalho para uso da conciliação/mediação da Uncitral¹⁸, concordou em usar a palavra conclusão em vez de assinatura para acomodar o uso do instituto no comércio eletrônico.

O Brasil, a exemplo de outros países, como a Itália¹⁹, tem previsto em sua legislação possibilidade de adoção de institutos complementares de resolução de controvérsias, inclusive no ciberespaço, prevendo inclusive o Código de Processo Civil, em seu art. 334, II, § 7º ~~que~~ “a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. (BRASIL, 2015a).

17 O processo da GE começa com um sistema automatizado de leilão ‘cego’, em que cada parte não sabe a oferta do outro lado. Depois que o reclamante paga os US\$ 500 de abertura, o fornecedor e a GE carregam os documentos do caso na internet, para que a outra parte possa ler. Cada lado também informa três valores de possível acordo – em ordem ascendente ou descendente, dependendo de se vai pagar ou receber – que seriam aceitáveis. Os números não são divulgados para a outra parte. Se uma das ofertas e uma das demandas forem as mesmas numa rodada, chega-se a um acordo. Os dois lados dividem o custo de US\$ 500 para a abertura do processo. (O’CONNELL, 2011).

18 Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional (United Nations Commission on International Trade Law)

19 Para maiores informações vide Hill (2010).

A lei de mediação no Brasil também previu no seu art. 46 que, “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”. (BRASIL, 2015c).

Esta prática inclusive já é realidade em alguns Estados do país, a exemplo do Rio de Janeiro, em que Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) faz tentativa de conciliação por meio virtual, visando criar “um canal facilitador da conciliação entre as empresas e os consumidores” (RIO DE JANEIRO, 2020).

Ainda que já existam normas que autorizam o uso das ODRs no Brasil tal fato não é suficiente para criar uma nova cultura de administração dos conflitos ao esbarrar na força e na preponderância da cultura da sentença. Será preciso criar uma política pública eficiente e eficaz que promova a expansão das ODRs a partir das suas vantagens (como a rapidez e a especialidade das matérias) e, ao mesmo tempo, educar a sociedade brasileira para a importância de superar um modelo fundamentado nas decisões adjudicadas, com pouco ou nenhum empoderamento dos participantes da relação comercial na medida em que o poder de decidir é todo delegado ao terceiro julgador (juiz) em detrimento dos próprios interessados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que, o Poder Judiciário como principal instrumento da cultura da sentença demonstra-se limitado diante das demandas da sociedade de informação, não estando devidamente estruturado para atender aos litígios que lhe são entregues para solução. Pois como bem aponta Renato Blum (2013, p. 126): “[...] o Judiciário permanece sobrecarregado, enquanto a sociedade - incentiva pelo uso crescente das novas tecnologias, acesso facilitado às informações e pela globalização - exige respostas mais rápidas para os dissabores do dia a dia”.

As ADRs já são reconhecidas como meios eficientes de acesso à Justiça, mormente se comparadas à cultura da sentença, atuando para administrar controvérsias em certos setores sensíveis do mundo atual, como os relativos à propriedade intelectual, questões societárias e ao comércio internacional, tendo em vista que conflitos desta ordem necessitam de respostas mais céleres, especializadas e, em alguns casos, sigilosas.

Inseridas nas ADRs, as ODRs também ganham atenção na medida em que se produz paulatinamente a sua normatização e despontam, ainda que timidamente, como novas modalidades de administração de disputas e, quiçá, num futuro próximo, diante do incremento da sociedade de informação, sejam propagadas como meios habituais de gestão dos conflitos o que demandará políticas públicas específicas enfocadas na transformação cultural.

Àqueles preocupados com a questão dogmática das ODRs, deve se inteirar que a legislação esparsa existente já permite a adoção dos sistemas online de gestão de controvérsias. Entretanto, um dos principais obstáculos que cerceia os meios alternativos/complementares de gestão online de conflitos, mesmo na sociedade de informação, continua sendo a questão cultural

e, conseqüentemente, a força do costume que remete as pessoas a cultura da sentença.

Conclui-se que as ODRs podem vir a ocupar um espaço cada vez mais significativo, tornando o ciberespaço um habitat adequado para se promover a administração dos conflitos de forma a responder as exigências de rapidez e eficácia desejadas na sociedade de informação, bem como um modelo diferenciado daquele hoje existente (cultura da sentença) para a constante implementação e expansão do Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**: política, sociedade e economia. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

BLUM, Renato Opice. Arbitragem no direito eletrônico. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 33, n. 119, p. 126-131, abr. 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 21 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie

Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/es/index.html>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em 21 fev. 2020.

EBAY. **Dispute resolution overview**. 2020a. Disponível em: <https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>. Acesso em: 4 mar. 2020.

EBAY. **Resolution center**. 2020b. Disponível em: <https://resolutioncenter.ebay.com/>. Acesso em: 4 mar. 2020.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

FARIA, José Eduardo. O judiciário após a globalização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 16, p. 162-168, 1996.

FREITAS, Tainá. Como o mercado livre atingiu 98,9% de “desjudicialização” na resolução de conflitos. **Startse**, 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/mercado-livre-odr-resolucao-conflito>. Acesso em: 5 mar. 2020.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Weslley Carlos. O ensino jurídico e os meios não contenciosos de solução de conflitos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 24, n. 8, p. 13-25, 2010. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/74>. Acesso em: 17 fev. 2020.

HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/a-nova-lei-de-mediacao-italiana>. Acesso em: 20 fev. 2020.

JASPER, Fernando. Justiça no Brasil gasta quase 10 vezes mais que a dos EUA. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 fev. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/justica-do-brasil-gasta-quase-dez-vezes-mais-que-a-dos-eua-aulp3xqfbv2qn60dnkskzhamg/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

KATSH, Ethan. **ODR: a look at history**. 2020. Disponível em <https://www.mediate.com/pdf/>

katsh.pdf. Acesso em: 6 mar. 2020.

KATSH, Ethan. Online dispute resolution: the next phase. **Lex Electronica**, Montreal, v. 7, n. 2, 2002. Disponível em: <http://www.lex-electronica.org/s/1083>. Acesso em: 20 jan. 2020 .

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MANIA, Karoline. Online dispute resolution: the future of justice. **International Comparative Jurisprudence**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 76-86, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351667415000074?via%3Dihub>. Acesso em: 6 mar. 2020.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O'CONNELL, Vanessa. Arbitragem on-line acelera resolução de litígios na GE. **The Wall Street Journal**, Nova York, 20 Oct. 2011. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970204618704576643563809180244.html>. Acesso em: 15 fev. 2020.

REDE IBEROAMERICANA DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Disponível em: www.iberred.org/pt. Acesso em: 21 fev. 2020.

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

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário. **Conciliação pré-processual**. 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual>. Acesso em: 24 fev. 2020.

SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONFLITOS DE INTERNET (SACI-Adm). Disponível em: <https://registro.br/dominio/saci-adm/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi; MAILLART, Adriana Silva. A “cultura da sentença” em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de direito no sul do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 671-699, jul./dez 2018. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/138/showToc>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri: Manole, 2005.

SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONFLITOS DE INTERNET. **SACI-Adm**. Disponível em: <https://registro.br/dominio/saci-adm/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SQUARETRADE. **Effective dispute resolution**. 2020. Disponível em: https://www.squaretrade.com/merchant/pop/fees_effective_odr.html. Acesso em: 5 mar. 2020.

STOCKINGER, Gottfried. **Sistemas sociais: a teoria sociológica de Niklas Luhmann**. 1997. Disponível em: http://robertexto.com/archivo6/sist_sociais.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

VILAR, Silvia Barona. **Solución extrajudicial de conflictos: alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

Como citar: MAILLART, Adriana Silva. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Online dispute resolutions: a gestão de conflitos na sociedade de informação. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 24, n.2, p. 170-188, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p170. ISSN: 2178-8189

Recebido em:09/03/2020

Aprovado em: 16/07/2020

RESENHAS|REVIEWS

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos da teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2017.

NORMAS PROMOCIONAIS E TEORIA FUNCIONAL DO DIREITO

PROMOTIONAL STANDARDS AND FUNCTIONAL THEORY OF THE LAW

Luiz Gustavo Campana Martins¹

Como citar: MARTINS, Luis Gustavo Campana. Normas promocionais e teoria funcional do direito. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 24, n.2, p. 189-193, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p189. ISSN: 2178-8189

Resumo: A tradicional concepção protetora e repressiva do direito não mais dá conta de explicar a realidade, que sofreu uma transformação radical. Essa mudança se deu pela transição do Estado liberal puro para um Estado de bem-estar social, o chamado *Welfare state*. Bobbio esclarece que antes o direito estava preso à imagem de um Estado que estabelecia regras e um árbitro, portanto também preso a uma atuação sancionadora e coativa. O papel do direito na sociedade sempre foi aquele de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes – a partir de sanções negativas. Contudo, com as novas exigências do Estado assistencial, o direito passa não mais apenas a tutelar os atos conformes, mas também a estimular atos inovadores, a partir das normas promocionais.

Palavras-chave: Normas Promocionais. Teoria Funcional do Direito. Sanção Positiva.

Abstract: The traditional protective and repressive conception of law can no longer explain the reality, which has undergone a radical transformation. This change came about through the transition from a pure liberal state to a welfare state called the welfare state. Bobbio clarifies that before the law was tied to the image of a state that set rules and an arbitrator, therefore also bound to a sanctioning and coercive action. The role of law in society has always been that of protecting certain interests by repressing deviant acts - from negative sanctions. However, with the new requirements of the welfare state, the law no longer only protects compliant acts, but also encourages innovative acts, based on promotional norms.

Keywords: Promotional Standards. Functional Theory of Law. Positive Sanction.

Para compreender a obra *Da estrutura à função*, referência-chave para este capítulo, é preciso antes compreender a evolução do pensamento de Norberto Bobbio, mais precisamente como se deu a sua relação com os paradigmas positivista e jusnaturalista, a fim de visualizar, de melhor forma, a transição de sua análise estruturalista para a funcionalista do direito. Assim, algumas considerações de Mario Losano, referentes ao prefácio à edição brasileira, serão

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadelfia (UNIFIL). E-mail: gus.campana@hotmail.com.

pontuadas a seguir.

Pensador do século XX, Norberto Bobbio trouxe grandes contribuições acadêmicas que giram em torno da função promocional do direito. Sua trajetória na filosofia do direito e, mais adiante, como professor de filosofia política na Universidade de Turim, Itália, foi fundamental para a construção de seu pensamento.

Pode-se dizer que Bobbio teve sua maior aproximação com o positivismo jurídico – eminentemente uma relação com Hans Kelsen – entre as décadas de 1950 e 1970, e depois, na década de 1980, se afasta desse paradigma para ir de encontro à análise da função do direito.

Bobbio começa, a partir da década de 1950, a ler os autores críticos de Hans Kelsen, sendo que vai publicar em 1967 um ensaio que traz uma primeira revisão crítica que o próprio autor dirige à teoria pura do direito de Kelsen. Embora nessa época o autor ainda fosse fiel às considerações de uma teoria pura, ele admitia que uma mudança progressiva de paradigmas era saudável e que queria favorecê-la.

A tradicional concepção protetora e repressiva do direito não mais dá conta de explicar a realidade, que sofreu uma transformação radical. Essa mudança se deu pela transição do Estado liberal puro para um Estado de bem-estar social, o chamado *Welfare state*. Antes, o direito estava preso à imagem de um Estado que estabelece regras e um árbitro, portanto também preso a uma atuação sancionadora e coativa. Bobbio (2017, p. 2) busca, então, examinar as novas técnicas de controle social, no contexto do Estado social, para uma teoria geral do direito.

Entre as modalidades de controle social, Bobbio estuda o emprego cada vez mais difundido de técnicas de encorajamento e acréscimo – sanções positivas – em detrimento das técnicas de desencorajamento – sanções negativas.

Convém distinguir as normas positivas e negativas de um lado, das sanções positivas e negativas de outro. Essa relação entre normas e sanções pode se dar por qualquer combinação: uma norma positiva pode ter uma sanção positiva ou negativa, e assim por diante. Normas são comandos, de dar ou fazer, e proibições, enquanto que sanções constituem prêmios ou castigos (BOBBIO, 2017, p. 6).

No Estado assistencial contemporâneo, as técnicas de encorajamento se dão majoritariamente por normas positivas, em que pese também acontecer pelas negativas. Para sintetizar, Bobbio (2017, p. 13) sistematiza quatro as possíveis situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.

Embora não exista uma regra, os comandos estão mais ligados às premiações e as proibições aos castigos. Também essa classificação vale, ainda que de forma mais rara, para as omissões, e não apenas para as ações.

Bobbio (2017, p. 14) diz que o Estado contemporâneo, marcado pelas normas de organização, não coloca em crise, necessariamente, a imagem do Estado protetor-repressivo. Essa desconstrução – do modelo de estado – ocorreria naturalmente a partir do uso frequente das técnicas de encorajamento. O uso dessas técnicas leva, com o tempo, à passagem do direito como

ordenamento protetor-repressivo para o ordenamento como função promocional.

Convém aqui, fazer uma distinção dos modelos filosóficos de constituições. Nos ordenamentos liberais clássicos a principal função do estado é a de tutelar, são normas garantistas, que pressupõem medidas autoritárias e coercitivas. Já nos pós-liberais, a função é a de promover, são normas promocionais; pressupõem medidas de estímulo ou incentivo.

A técnica de encorajamento consiste, portanto, em promover comportamentos desejados. Nessa categoria geral, é possível distinguir dois expedientes: de facilitação, que deixa menos onerosa a operação; e de sanção positiva, que busca tornar a operação mais atraente, com prêmios, isenções. O primeiro se dá, por exemplo, nos casos de subvenção, ajuda ou contribuição financeira, facilitação de crédito. O segundo, por exemplo, ocorre na consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou em uma isenção fiscal. Enquanto que as técnicas de desencorajamento consistem em reprimir comportamentos não desejados, através de leis sancionatórias (BOBBIO, 2017, p. 17-20).

O papel do direito na sociedade sempre foi aquele de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes – a partir de sanções negativas. Contudo, com as novas exigências do Estado assistencial, o direito passa não mais apenas a tutelar os atos conformes, mas também a estimular atos inovadores.

Com isso, as sanções positivas começam a se destacar perante o ordenamento. Procura-se então incentivar as técnicas de estímulo aos comportamentos úteis, ou desejáveis, ao invés de reprimir os atos considerados nocivos (BOBBIO, 2017, p. 24).

Com o advento da sociedade industrial, o direito passa a ser secundário para a tratativa dos fenômenos sociais, passa a ser visto com desconfiança quando se fala em mecanismo de mudança social. Nesse sentido, cresce a importância das ciências sociais, pois estas têm um potencial preventivo das ações não desejadas, para que não seja necessário recorrer às reparações – papel do direito. (33-36)

Bobbio já intui no sentido de que quando o direito começa a sentir necessidade de se aproximar das ciências sociais significa que a sociedade está passando por um período de profundas transformações sociais. Tendo em vista essa aproximação, é cada vez mais necessário que também o jurista se aproxime dos cientistas sociais. O jurista parte da regra para determinar se o comportamento é lícito ou ilícito, enquanto que o sociólogo parte do comportamento para chegar à regra que pode explicá-lo (BOBBIO, 2017, p. 46-51).

O jurista, segundo Bobbio, pode ter duas funções típico-ideias: intérprete ou pesquisador. Como intérprete, é um conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e guardião. Como pesquisador, o jurista é criador, ele mesmo, de regras que transformam o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico (BOBBIO, 2017, p. 46-51).

Nesse sentido, o ordenamento deve ser compreendido como um sistema aberto, sendo que nele “a maioria das regras estão, ou são consideradas, em estado fluido e em contínua transformação” (BOBBIO, 2017, p. 38). Complementa ainda o autor dizendo que

Essa nova construção do papel do jurista, aliada à função do direito em um ordenamento de sistema aberto, coloca em crise o paradigma do positivismo. Este paradigma sempre assumiu a lei, quase que exclusivamente, como fonte do direito. No novo cenário, abre-se margem para novas fontes extralegislativas, como princípios e costumes, que incentivam a atividade criadora do juiz.

A partir desse cenário, Bobbio coloca algumas tendências que podem constatar toda essa transformação que vem acontecendo no universo jurídico: (1) o progressivo aumento das normas de organização em detrimento das normas de conduta; (2) a passagem de um controle social fundado predominantemente sobre normas providas de sanção para um controle de normas técnicas; e (3) a passagem da função tradicional repressiva do direito para a função promocional (BOBBIO, 2017, p. 43-44).

Olhando para a história, sob a perspectiva das teorias das ciências sociais, não há dúvida de que a abordagem estruturalista sempre prevaleceu à funcionalista. “Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’.” (BOBBIO, 2017, p. 53).

Bobbio discorda de Kelsen pois, para este, uma teoria científica não deve se ocupar da função do direito, mas tão somente de seu aspecto estrutural; não deve considerar o objetivo a ser perseguido ou alcançado, mas apenas o ordenamento em si mesmo (BOBBIO, 2017, p. 54).

Uma diferença entre Kelsen e Bobbio está quanto ao entendimento do direito em relação à estrutura. Para Kelsen, o direito tem uma estrutura própria, distinta de outros sistemas – isso implica na separação entre estrutura e função. Para Bobbio, o direito é uma estrutura das relações sociais – isso implica em uma confusão entre estrutura e função, uma não pode ser entendida fora da outra.

Bobbio (2017, p. 53-79) faz, então, algumas ponderações acerca da teoria pura. Segundo ele, Kelsen entende o direito enquanto um ordenamento coativo. Nesse viés, o direito é um meio e não um fim em si mesmo. Ele, como meio, tem sua função de garantir a consecução dos fins que não podem ser garantidos por outras formas de controle social. Ou seja, o direito atende aos fins determinados pelo grupo social que o controla; funciona como organizador dos meios para a perseguição dos fins definidos por tais grupos.

A tese de Kelsen é, por excelência, a tese do positivismo. Ele entende o direito como uma técnica específica de organização social, sendo que esse controle se dá pela coação, ou seja, pelo uso de sanções negativas.

De forma simples, Bobbio considera que a concepção tradicional Kelseniana entende o Estado como entidade organizadora do aparato coativo, que age através de ameaças, desencorajamento e utilização de sua função repressiva. Por outro lado, na concepção funcionalista de Bobbio, o Estado de Direito é teleológico e deve tutelar as liberdades fundamentais; é um Estado assistencial que age por promessas e encorajamento, assumindo sua função promocional.

A função promocional do direito pode ser exercida por dois diferentes expedientes:

incentivos e prêmios. Incentivos são medida que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica – expediente para obter uma ação boa. Prêmios são medidas que visam a oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado determinada atividade – resposta a uma ação boa. Essa distinção é necessária para entender-se que apenas os prêmios são classificados como sanções positivas (BOBBIO, 2017, p. 71-72).

A concepção Kelseniana de Estado e de Direito, enquanto agentes coatores, é colocada em crise pelo espaço que passa a ocupar o direito promocional, no cenário do Estado assistencial.

O Estado visto exclusivamente como organizador da força passa a ser contestado cada vez mais, na medida em que aumenta sua intervenção no domínio econômico. Essa intervenção passa a colocar o Estado também no papel de organizador das relações sociais, das estruturas e da própria economia, sendo que essa organização se dá, cada vez mais, por técnicas de promoção, incentivo, estímulo, em detrimento das técnicas tradicionais de repressão, ameaça, desencorajamento.

É de todo esse conjunto de análise, portanto, que Bobbio tira a inspiração que o permite definir, em poucas palavras, o Direito: “Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção* social.” (BOBBIO, 2017, p. 79).

Como citar: MARTINS, Luis Gustavo Campana. Normas promocionais e teoria funcional do direito. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 24, n.2, p. 189-193, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p189. ISSN: 2178-8189

RESENHAS|REVIEWS

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

Arthur Lustosa Strozzi¹

Como citar: STROZZI, Arthur Lustosa. HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: editora 34, 2003. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 24, n.2, p. 194-196, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p194. ISSN: 2178-8189

Resumo: A presente resenha tem por objetivo sintetizar a teoria do reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth em sua obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”. A obra possui três capítulos que se interconectam dentro da metodologia utilizada pela Teoria Crítica. O autor propõe, primeiro, uma presentificação histórica, indicando a ideia original de Hegel, posteriormente, realiza uma atualização da estrutura das relações sociais de reconhecimento proposta por Hegel; e, conclui, apontando as perspectivas de filosofia social, ao indicar os aspectos da moralidade e da evolução da sociedade.

Palavras-Chave: Intersubjetividade. Reconhecimento. Teoria Crítica.

Abstract: The present review aims to synthesize the theory of recognition developed by Axel Honneth in his work “The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts”. His study contains three chapters that interconnect within the methodology used by Critical Theory. First, the author proposes a historical presentification, indicating Hegel’s original idea. Subsequently, Honneth updates the structure of social relations of recognition proposed by Hegel; and concludes, pointing out the perspectives of social philosophy, by indicating the aspects of morality and the evolution of society.

Key-words: Intersubjectivity. Recognition. Critical Theory.

Pertencente à tradição denominada “Teoria Crítica”, Axel Honneth não se limita a narrar o funcionamento da sociedade, mas busca compreendê-la pela emancipação que, ao mesmo tempo, pode servir de bloqueio pela própria lógica da organização social estabelecida. Nesse sentido, existe uma orientação para a emancipação que é o primeiro princípio fundamental da Teoria Crítica, para isso a referida emancipação exige que a teoria seja expressão de determinado comportamento crítico relativamente ao conhecimento produzido sob as condições sociais capitalistas e à própria realidade social que esse conhecimento pretende compreender, sendo este o segundo princípio fundamental.

O livro se trata da tese de doutoramento do autor que desenvolve os princípios de uma

¹ Bolsista CAPES-DS. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Instituto Superior de Administração e Economia e Fundação Getúlio Vargas (ISAE/FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

teoria normativa da sociedade partindo da hipótese desenvolvida por Georg Wilhelm Friedrich Hegel de uma luta por reconhecimento. Para isso, Honneth utiliza-se dos escritos do jovem Hegel de Jena, em especial, o texto *Realphilosophie* (1805-1806).

No terceiro capítulo da obra “Luta por reconhecimento: a teoria social da *‘Realphilosophie’* de Jena”, Honneth afirma que o núcleo normativo das noções de justiça é constituído por expectativas de respeito à dignidade, honra ou integridade. Se houver uma generalização deste núcleo, chegaremos à conclusão de que o pressuposto normativo de toda ação comunicativa deve ser visto na aquisição do reconhecimento social: os sujeitos se encontram dentro dos parâmetros de expectativas recíprocas quando lhes é dado o reconhecimento de pessoas morais, gerando, assim, as realizações sociais. Resumidamente, o reconhecimento social é uma expectativa normativa antes do diálogo e, se uma pessoa tem esse reconhecimento negado, conseqüentemente, haverá um desrespeito social, que é acompanhado por um sentimento de perda de identidade.

Reconhecimento significa a afirmação da particularidade individual e o seu papel para a autorrealização, é nesse ponto que as pessoas se tratam não de forma instrumental. Dessa forma, o autor, no subcapítulo “Padrões de reconhecimento intersubjetivo: amor, direito e solidariedade”, apresenta as três formas de reconhecimento e através delas devem existir a afirmação e a proteção, implicando uma rede moral de atitudes a serem adotadas para promoverem e garantirem tais condições da integridade pessoal.

O amor, utilizando-se da psicologia social de Georg Herbert Mead, pode ser compreendido como todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo os padrões eróticos entre dois parceiros, de amizades e de relações entre pais e filho. O amor é uma relação de interdependência de um indivíduo com outro, a necessidade de um para com o outro. Representa a primeira forma de reconhecimento recíproco, porque em sua efetivação os sujeitos se confirmam mutuamente na natureza concreta de suas carências, reconhecendo-se assim como seres carentes. Esses indivíduos não se enxergam como objetos econômicos de troca, mas sim como sujeitos de amor.

O direito está ligado com a autoridade concedida a cada um de nós como membros de uma determinada comunidade. Se o reconhecimento do amor deriva do nosso laço afetivo, o reconhecimento legal deriva do nosso aspecto cognitivo. É aqui que a personalidade é reconhecida, nos caracterizando como pessoas livres, isto é, aqueles que, supostamente, deveriam ser protegidos pela lei. E, como seres autônomos, somos, também, moralmente responsáveis por nossas ações. Emerge, aqui, o respeito pelo reconhecimento, que é uma consideração pelos outros como pessoas e não como objetos. Apropriando-se dos estudos de Georg Jellinek, o autor estabelece uma estrutura tripartite dos direitos individuais, quais sejam: a) os direitos civis, que garantem a liberdade; b) os direitos políticos, que asseguram a participação; e c) os direitos sociais, que se comprometem com o bem-estar mínimo dos indivíduos. Nesse estágio, recebe-se a plena adesão a uma determinada comunidade política. O reconhecimento através do direito desenvolve a ideia de autorrespeito.

A solidariedade se refere às relações intersubjetivas: as pessoas se simpatizam com os vários modos de vida apresentados porque, entre si, se estimam de forma simétrica. A solidariedade

é compartilhada quando nos estimamos por causa das características e habilidades específicas encontradas em cada indivíduo autônomo, demonstrando as diferenças e as particularidades de cada pessoa. Aqui aparece um importante aspecto: o senso de honra, que garante o aspecto do autoentendimento e o surgimento da defesa incondicional a dignidade e a integridade, que desenvolverão a ideia de autoestima, isto é, o reconhecimento social da relevância e da contribuição que cada indivíduo pode ter dentro da vida social.

Através dessas três formas de reconhecimento, determinado indivíduo pode alcançar o ideal de autorrealização (identificação), algo que deve preceder qualquer teoria. E as consequências da negação desse reconhecimento social acarreta o desrespeito, que poderá levar ao próprio colapso da identidade do indivíduo. Para o autor existem três formas de desrespeito: a) o abuso físico, representado na violação da autoconfiança desenvolvida no plano das relações primárias; b) a privação de direitos e exclusão, representada pela ofensa ao autorrespeito gerado nas relações jurídicas; e c) a degradação e ofensa, que ataca o autoentendimento e a autovalorização do indivíduo como um ser dentro de uma comunidade de valores.

À guisa de conclusão, Honneth aponta que as teorias de Horkheimer, Sartre ou Marcuse, que possuíam uma consciência pré-teórica dos conflitos morais que poderiam inflamar uma luta social, acabaram sendo negligenciadas na construção das próprias teorias. Assim, as análises dos mencionados autores nunca poderiam ser entendidas como elemento reflexivo dos conflitos sociais, em razão a sedenta relação da luta pelo reconhecimento. Hoje, a Teoria Crítica não pode mais se limitar a ser categoricamente cega, pois em todos os cantos do mundo, existem conflitos sociais que lidam de forma direta com o reconhecimento legal, social e cultural das reivindicações de autonomia.

As experiências morais de indivíduos cujas reivindicações foram desrespeitadas constituem um recurso prévio, e comprovam que o modelo comunicativo não possui uma base na realidade social. E, como propõe Honneth, na obra datada de 1992, com o título original “*Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*”, devemos retomar as primeiras obras de Hegel (de Jena), para sermos capazes de descobrir a lógica moral que esses conflitos sociais possuem.

Como citar: STROZZI, Arthur Lustosa. HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. são paulo: editora 34,2003. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 24, n.2, p. 194-196, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p194. ISSN: 2178-8189

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.