

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 24 n. 3, nov. 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: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof^a. D^a. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno Chefe do Departamento de

Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof^a. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 24, N. 3 (nov 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. 3, nov 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
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS EM CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS E A PANDEMIA DA COVID 19.....	10
ATYPICAL PROCEDURAL NEGOTIATION OF INTERCOMPANY CONTRACTS AND THE COVID 19 PANDEMIC	
<i>Augusto Passamani Bufulin e Tiago Aguiar Vilarinho</i>	
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DAS FORMAÇÕES FAMILIARES	31
CONFLICT MEDIATION: AN ANALYSIS FROM THE HISTORICAL AND LEGISLATIVE EVOLUTION OF FAMILY FORMATIONS	
<i>Rafaela Peixoto Schaefer e Fabiana Marion Spengler</i>	
DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO: ESTUDO SOBRE LEGITIMIDADE E INSTITUCIONALIZAÇÃO DA OPINIÃO E DA VONTADE.....	50
DEMOCRACY AND THE JUDICIAL BRANCH: A GLIMPSE OF LEGITIMACY AND THE INSTITUTIONALIZATION OF OPINION AND WILLINGNESS	
<i>Marcella da Costa Moreira de Paiva e Gilvan Luiz Hansen e Simone Brilhante de Mattos</i>	
A POLÊMICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISTA EM BOLSAS E ARMÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TST	73
THE CONTROVERSIAL (IM)POSSIBILITY OF BAG AND LOCKER SEARCH IN TST CASE LAW	
<i>Marcos Ehrhardt Junior e Luiz Phillipe de Oliveira Gomes Martins</i>	
A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS/INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELOS TRIBUNAIS E O JULGAMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL.....	98
THE USE OF ROBOTS/ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY THE COURTS AND THE TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME	
<i>Leticia Sangaleto Terrone e Rogerio Molica</i>	
ASPECTOS POLÊMICOS DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS E BAGAGENS	119
CONTROVERSIAL ASPECTS IN PASSENGER AND LUGGAGE AIR TRANSPORTATION CONTRACTS	
<i>Daniela Braga Paiano e Alessandra Cristina Furlan</i>	
FUNÇÃO SOCIAL DAS MICRO E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CENÁRIO ECONÔMICO BRASILEIRO	143
SOCIAL DUTY OF MICRO AND SMALL BUSINESSES IN BRAZIL'S ECONOMIC SETTING	
<i>Maria Marconiete Fernandes Pereira e Sulamita Escarião da Nóbrega</i>	
AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O USO DOS RECURSOS NATURAIS/ RECURSOS AMBIENTAIS EXISTENTES NO BRASIL EM FACE DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA.....	158
TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND THE USE OF NATURAL RESOURCES/ ENVIRONMENTAL RESOURCES IN BRAZIL AND THE SOVEREIGNTY PRINCIPLE	
<i>Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira</i>	

ENTRE NEW PUBLIC MANAGEMENT (NPM) E POST-NPM: GOVTECHS DE GESTÃO DE DOCUMENTOS NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO.....	174
BETWEEN NEW PUBLIC MANAGEMENT (NPM) AND POST-NPM: GOVTECHS OF DOCUMENTAL MANAGEMENT AT THE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO INFORMATION	
<i>Mateus de Oliveira Fornasier e Norberto Milton Paiva Knebel</i>	
“SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR” E O CONFLITO ORIGEM-DESTINO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO	195
“SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR” AND THE SOURCE-DESTINATION CONFLICT IN BRAZILIAN E-COMMERCE	
<i>Daniel Vieira Marins e Gustavo da Gama Vital de Oliveira</i>	
RESENHAS REVIEWS	211
CONTRIBUIÇÕES DO MOVIMENTO POR JUSTIÇA AMBIENTAL AO DEBATE SOBRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.	211
<i>Ariella Kely Besing Motter</i>	
DEVERES FUNDAMENTAIS	214
FUNDAMENTAL DUTIES	
<i>Renan Braghin</i>	

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com grande alegria divulga o Número 3 de seu 24º Volume de Edição, compartilhando com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados, doze estudos acerca 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.

Contando com um corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, neste editorial reiteramos, mais uma vez, nosso compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis CAPES, padrões que continuam sendo rigorosamente cumpridos, de forma a manter o nossa qualidade e excelência.

O atual Volume, conta com duas resenhas: Contribuições do movimento por Justiça Ambiental ao Debate sobre o Desenvolvimento Sustentável de Ariella Kely Besing Motter e Os deveres Fundamentais escrita por Renan Braghin, e mais dez artigos, os quais versam sobre diversas áreas do direito, tais como: a) Negócios jurídicos processuais típicos em contratos interempresariais e a pandemia da COVID-19 de autoria de Augusto Passamani Bufulia e Tiago Aguiar Vilarinho; b) Mediação de conflitos: uma análise a partir da evolução histórica e legislativa das formações familiares de autoria de Rafaela Peixoto Schaefer e Fabiana Marion Spengler; c) Democracia e poder judiciário: estudo sobre legitimidade e institucionalização da opinião e da vontade de autoria de Marcella da Costa Moreira de Paiva, Gilvan Luiz Hansen e Simone Brilhante de Matos; d) A polêmica sobre a (im)possibilidade de revista em bolsas e armários na jurisprudência do TST de autoria de Marcos Ehrhardt Junior e Luiz Phillipe de Oliveira Gomes Martins; e) A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável de autoria de Letícia Sangaletto Terron e Rogerio Molica; f) Aspectos

polêmicos do contrato de transporte aéreo de passageiros e bagagens de autoria de Daniela Braga Paiano e Alessandra Cristina Furlan; g) Função social das micro e empresas de pequeno porte no cenário econômico brasileiro de autoria de Maria Marconiete Fernandes Pereira e Salamita Escarião da Nóbrega; h) As empresas transnacionais e o uso dos recursos naturais/recursos ambientais existentes no Brasil em face do princípio da soberania de autoria de Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira; i) Entre *new public management (NPM)* e *post-npm: govtechs* de gestão de documentos na perspectiva do direito fundamental de acesso à informação de autoria de Mateus de Oliveira Fornasier e Norberto Milton Paiva Knebel; e j) “*South Dakota v. Wayfair*” e o conflito origem-destino no comércio eletrônico brasileiro de autoria de Daniel Vieira Marins e Gustavo da Gama Vital de Oliveira.

Diante da multiplicidade de temáticas relevantes ao cenário atual, esperamos contribuir com o aperfeiçoamento acadêmico de nossos leitores diante da profundidade dada à importantes temas envolvendo o Direito Negocial e áreas correlatas. Desta forma, 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

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS EM
CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS E A PANDEMIA DA COVID
19**

ATYPICAL PROCEDURAL NEGOTIATION OF INTERCOMPANY
CONTRACTS AND THE COVID 19 PANDEMIC

Augusto Passamani Bufulin*
Tiago Aguiar Vilarinho**

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Email: contatoapb@protonmail.com

* Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional (DAMASIO) Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV). Graduado em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Email: tvilarinho@gmail.com

Como citar: BUFULIN, Augusto Passamani. VILARINHO, Tiago Aguiar. Negócios jurídicos processuais atípicos em contratos interempresariais e a pandemia da covid 19. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 10-30, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A pesquisa investiga a pandemia da COVID-19 e seus efeitos sobre as relações jurídicas como campo fértil para a valorização da renegociação nas relações jurídicas em geral e, de maneira mais específica, se o momento representa oportunidade para que se estimule a negociação processual atípica nos contratos interempresariais, de maneira a que, em havendo evolução da contenda para a esfera judicial, a causa seja solucionada em condições melhor ajustadas às características essenciais destas transações e das circunstâncias ora vigentes. Apoia-se em raciocínio hipotético-dedutivo com divisão do trabalho em três seções nucleares, iniciando-se na contextualização dos efeitos da pandemia como ensejadores de um maior quadro de negociabilidade não apenas material, mas também com efeitos processuais. Caracterizam-se os contratos interempresariais e suas notas distintivas, de maneira a melhor compreender a amplitude negocial que lhes é ínsita, para que se analise, enfim, as hipóteses de negócios jurídicos processuais pertinentes às transações entre empresas no atual cenário.

Palavras-chave: Pandemia COVID-19. Autorregramento da Vontade. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos. Contratos Interempresariais.

Abstract: This research investigates the COVID-19 pandemic and its effects on legal acts. This paper questions whether it is a justifiable reason for renegotiating legal transactions and investigates if current events represent an opportunity for more atypical procedural negotiations in intercompany contracts, so

that, in the event that the dispute evolves to adjudication, the case would be resolved in conditions better adjusted to the essential characteristics of these types of transactions and the circumstances of the moment. This study uses the hypothetical-deductive method and divides itself into three core sections, starting with a general analysis of the effects of the pandemic as a means for negotiation, not only material, but also procedural. Furthermore, intercompany contracts and their distinctive characteristics are explored to better understand their range of transactions and the hypotheses of procedural acts pertinent to legal transactions in the current scenario.

Keywords: Pandemic COVID-19. Self-regulation. Atypical Legal Proceedings. Intercompany Contracts.

INTRODUÇÃO

A presente investigação se concentra na análise da pandemia da COVID-19 como fator de estímulo à renegociação contratual diante do quadro de relativa insegurança jurídica e de crise de adimplemento instaurado e, nesse contexto, busca responder se no ensejo das aludidas repactuações seria oportuno, no âmbito dos contratos interempresariais, o exercício do poder de autorregramento da vontade para a estipulação de cláusulas destinadas a produzir efeitos em eventual processo judicial, objetivando tornar o procedimento melhor ajustado às especificidades do ramo e às circunstâncias ora vigentes.

Objetiva-se, também, identificação de hipóteses de negociação processual que se apresentem como profícuas na seara das transações interempresariais em curso ou que venham a se estabelecer enquanto vigentes os efeitos da pandemia do novo Coronavírus, tendo como norte as características inerentes aos contratos celebrados entre partes empresárias.

A análise das questões-problema suscitadas de justifica em função das adversidades decorrentes da pandemia da COVID-19, entre as quais se observa a potencial judicialização das relações jurídicas em geral e, no que toca ao presente trabalho, das transações entre partes empresárias, que normalmente envolvem a circulação de bens de expressivo valor econômico. Nesse viés, a identificação de ajustes procedimentais úteis à transformação de eventual – talvez até inevitável – processo judicial o mais efetivo possível é tarefa que se amolda às necessidades ora vigentes.

Ampara-se no método hipotético-dedutivo, partindo-se das premissas acima delineadas para a verificação das hipóteses particulares de viabilidade de negócios jurídicos processuais identificados como pertinentes aos contratos interempresariais.

Para alcance dos objetivos propostos, divide-se a pesquisa em três partes nucleares, iniciando-se com a verificação dos efeitos do novo Coronavírus nas relações jurídicas e a oportunidade renegociação se valendo de negócios jurídicos que venham a produzir efeitos no processo, caso a lide não logre ser solucionada pré-processualmente. Para tanto, situa-se a negociação processual atípica como decorrência do exercício do autorregramento da vontade no processo e se tangencia a ainda árida questão referente aos limites objetivos dessas convenções.

Em seguida, passa-se à caracterização dos contratos interempresariais e as implicações das notas distintivas identificadas no grau de autonomia para a disposição de situações jurídicas e alteração procedimental atribuído a negócios desta natureza.

Enfim, passa-se à aferição de hipóteses de aplicabilidade da negociação processual atípica em contratos interempresariais consideradas possíveis e úteis para a condução de eventuais demandas em condições menos adversas, dada as já abundantes dificuldades que a pandemia da COVID-19 impõe.

1 EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: A OPORTUNIDADE DE RENEGOCIAÇÃO COM PRESTÍGIO À CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Com a rápida disseminação geográfica do novo Coronavírus (SARS-COV-2) e diante do aumento exponencial do número de novos casos diários de contaminação, a Organização Mundial de Saúde declarou, em 11 de março de 2020, a caracterização da COVID-19 (enfermidade causada pelo SARS-COV-2) como pandemia (World Health Organization, 2020). Instaurou-se, então, verdadeiro quadro de calamidade pública, tendo diversos países passado a adotar, ainda que com diferentes intensidades, medidas de contenção do contágio pela COVID-19, entre elas o distanciamento social, o fechamento do comércio e das instituições de ensino, assim como a paralisação dos serviços públicos e privados não essenciais.

Diante desse cenário, as relações jurídicas de direito privado, em especial as contratuais, passaram a sofrer fortes impactos em seu regular desenvolvimento, não apenas pelos efeitos diretos da necessidade de afastamento social, mas também em função das consequências econômico-financeiras decorrentes da estagnação da circulação de bens e serviços. Os impactos da pandemia sobre o desenvolvimento das relações jurídicas têm sido apontados, nos estudos iniciais sobre o tema,¹ como eventos de força maior, assim considerados, nos termos do parágrafo único do art. 393 do Código Civil, aqueles que se constituam no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No âmbito das relações contratuais vige o princípio da força obrigatória do contrato – *pacta sunt servanda* –, que constrange as partes ao cumprimento do que restar estipulado nas avenças (TARTUCE, 2014).² Nada obstante, referido princípio pode sofrer mitigação diante de situações supervenientes imprevisíveis que venham a desequilibrar as prestações pactuadas, ensejando a revisão contratual, tendo como bússola a manutenção do contrato, vez que a sua resolução deve ser a *ultima ratio* (TARTUCE, 2014).

Essa possibilidade de revisão é decorrência da teoria da imprevisão, de origem francesa, cuja essência se vislumbra nos arts. 317 e 478 do Código Civil de 2002,³ dispositivos de aplicação já bastante consolidada em demandas judiciais de revisão ou resolução contratual por fato superveniente. Em que pese a possibilidade de revisão de determinadas relações contratuais, nem sempre o contexto fático das situações impactadas pela da pandemia de COVID-19 permitirá que se solucione satisfatoriamente a contenda a partir da Teoria da Imprevisão ou de outras hipóteses revisórias, a exemplo das que bem anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2019,

1 Neste sentido, cf. Cláudia Lima Marques (2020, p. 11): “Conclua-se pela existência da exceção dilatória, por força da boa-fé, em nosso sistema privado e no direito do consumidor, assim como em ser esta situação excepcional da Pandemia do COVID-19, uma força maior, que pode excepcionar conforme o a figura da mora debitoris”.

2 No mesmo sentido, Gustavo Tepedino (2011, p. 338): “Como é cediço, o contrato é obrigatório e vinculante entre as partes, daí decorrendo a intangibilidade de seu conteúdo. Na espécie, uma vez efetuada a proposta por X, sua aceitação pelos vendedores fez nascer relação contratual plenamente válida e eficaz e, por isso mesmo, vinculante”.

3 Não se olvida da existência de divergência acerca da teoria adotada pelo Código Civil de 2002, no que atine à revisão contratual por fato superveniente. Segundo Flávio Tartuce (2014), parcela da doutrina se ampara na redação do art. 317 para afirmar a adoção da Teoria da Imprevisão. De outro turno, há construções doutrinárias no sentido de que o art. 478 do CC/2002, de redação inspirada no art. 1467 do Código Civil Italiano, teria adotado a Teoria da Onerosidade Excessiva.

p. 724): “a) quebra da base objetiva do negócio; b) desequilíbrio contratual; c) desproporção da prestação; d) quebra da função social do contrato; e) ofensa à boa-fé objetiva etc”. Tal constatação levou, inclusive, o Congresso Nacional a editar de Projeto de Lei para instituir Regime Jurídico Emergencial e Transitório de Direito Privado.⁴

Ao cenário de crise de adimplemento nas relações contratuais, soma-se, então, o quadro de conflito de certeza jurídica quanto ao regime legal aplicável às avenças, afetando sobremaneira a cláusula da segurança jurídica, corolária do Estado de Direito, valor que exprime a confiança do indivíduo no império da lei e na garantia da justiça, como bem salienta Couture (1958, p. 146): “Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido”.

Nesse momento, é natural que haja divergência de posições assumidas pelas partes acerca da norma legal a incidir sobre a relação contratual ou daquilo que seja a solução mais equânime para a manutenção da avença e de seu equilíbrio, potencializando a judicialização da controvérsia.⁵

O contexto nos permite afirmar que a renegociação ganhará destaque no âmbito das relações privadas em geral e, em especial, nos contratos. Decerto as empresas, tanto nas relações contratuais formuladas entre si em ambiente regulado precipuamente pelo Código Civil – contratos interempresariais, objeto do presente estudo – quanto nos negócios de natureza consumerista, se colocarão diante de situações em que os instrumentos negociais deverão ser reavaliados para que deles se extraíam soluções aptas a restabelecer o sinalagma tal qual verificado no momento da celebração.

Assim, no ensejo da revisitação do contratos interempresariais, o que, diante dos efeitos da pandemia, se mostra essencial para que o objeto negocial não se frustre por completo,⁶ é possível a celebração de ajustes de vontade destinados a produzir efeitos em ambiente processual, oportunizando a resolução de eventual controvérsia de maneira otimizada, por meio de um procedimento melhor ajustado às especificidades da situação material. É o que se investiga com maior detalhamento nas linhas seguintes.

4 Trata-se do Projeto de Lei nº 1179/2020, de iniciativa do Senado Federal, aprovado em 10 de junho de 2020, materializando-se na Lei nº 14.010/2020. Em síntese, o projeto se ancorava em premissas tais como: I) o estabelecimento de uma cisão de tratamento entre as relações civis paritárias (direito civil e comercial) e as relações assimétricas (direito do consumidor e das relações locatícias) e II) não derrogação da legislação vigente atinente à matéria, estabelecendo apenas mecanismos de temperamento ou suspensão temporária da aplicação de determinadas regras durante o RJET. Nada obstante, os dispositivos que tratavam da modulação das relações jurídicas civis foram vetados, sob a justificativa de que os mecanismos hoje existentes, como as teorias da imprevisão e a onerosidade excessiva, são suficientes para o escopo de regulação transitória.

5 O quadro de incerteza jurídica tende a se projetar para a esfera decisória das demandas relacionadas à pandemia da COVID-19, impulsionando a discricionariedade judicial que, segundo Ronald Dworkin (2007), é aceita pelos adeptos do positivismo jurídico nos chamados “casos difíceis”, como decorrência da ausência de perfeita subsunção do fato à norma.

6 Não apenas essencial, mas, altamente recomendável diante do atual cenário. Anderson Schreiber (2018) defende que ao se identificar o desequilíbrio contratual as partes devem prontamente reavaliar o negócio para superar a onerosidade excessiva, como parte do que denomina dever de renegociação, que decorre da boa-fé objetiva e integra o contrato independentemente de previsão.

1.1 Autorregramento da vontade no peso

Como visto, o conturbado momento induz a uma valorização dos mecanismos de repactuação contratual (negociação)⁷, para que a solução de eventuais impasses seja construída consensualmente, ou seja, com contornos definidos pelas próprias partes da relação material. No entanto, verifica-se potencial, também, para uma reconfiguração do contrato com a previsão de cláusulas destinadas a imprimir a maior efetividade possível na solução jurisdicional da contenda, caso não haja consenso sobre parcela do objeto negocial. Nessa perspectiva de repactuação, que exige cautela das partes celebrantes, inclusive no que se refere a um tratamento específico e adequado de futura demanda judicial, ganha relevo a possibilidade de autorregramento da vontade com efeitos processuais. Trata-se da utilização dos negócios jurídicos processuais, passíveis de celebração de maneira prévia ao litígio, ou mesmo após instaurada a litispendência.

Os negócios jurídicos processuais não constituem novidade no ordenamento jurídico pátrio, sendo possível observar a manifestação do instituto em diversos dispositivos do revogado Código de Processo Civil de 1973, havendo na doutrina quem aponte a existência de negócios processuais típicos na legislação desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Regulamento 737/1850 e o Código de Processo Civil de 1939 (NOGUEIRA, 2020). Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, no entanto, para além da manutenção de negócios jurídicos processuais típicos já identificados em legislações processuais pretéritas,⁸ estabeleceu-se previsão genérica para que as partes celebrem negócios jurídicos processuais atípicos, regrando por si próprias, no âmbito da autonomia da vontade, o objeto e os efeitos desejados com o ajuste.

Em outros termos, conforme leciona Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 263) há agora verdadeira cláusula geral de autorregramento da vontade, permitindo às partes “[...] se conduzirem de forma mais livre durante o iter procedimental, por decorrência de algo a que se pode denominar autogerência parcial do processo”, extraída a partir do caput do art. 190 do CPC/2015, nos seguintes termos:

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

O conteúdo do dispositivo indica de maneira precisa que os negócios jurídicos processuais

7 Forma autocompositiva em que as partes dialogam diretamente, podendo ou não ser assistidas por advogado. Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2018) enfrentam de maneira brilhante a temática do tratamento adequado de conflitos, sob a perspectiva de que o art. 5º, inciso XXV, da CF/88 demandaria não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição, mas, sobretudo um tratamento adequado dos conflitos para que deles se extraia o melhor e mais efetivo resultado para a sociedade. A negociação, no atual cenário, apresenta-se como forma de tratamento de especial relevância, dadas as particularidades de incerteza jurídica e até mesmo de limitação dos serviços judiciários em função da pandemia da COVID-19, o que dificultaria o próprio desenvolvimento do *iter* procedimental em tempo razoável.

8 Daniel Amorim Assumpção Neves afirma (2018, p. 388), a respeito dos negócios jurídicos processuais típicos, que “[...] já no CPC/1973 existiam várias passagens que os consagravam de forma expressa”. Ainda segundo a lição do autor, “Sempre que a lei prever um negócio jurídico processual de forma expressa, tem-se negócio jurídico processual típico”.

poderão versar sobre dois objetos distintos: I) situações processuais das partes e II) alterações no procedimento, destinadas a ajustá-lo às especificidades da causa (DIDIER JR., 2018, p. 25).

Fredie Didier Jr. (2018, p. 20) situa a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos como decorrência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, que “[...] visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.” Essa autonomia para a regulação de interesses resulta em verdadeiro repertório de poderes a serem exercidos pelos sujeitos de direito para o estabelecimento de situações jurídicas, desde que, obviamente, tal exercício se legitime nos limites do próprio ordenamento jurídico (NOGUEIRA, 2020).

Há inegável potencial na utilização de negócios jurídicos processuais atípicos para a modulação do procedimento, tornando-o melhor ajustado à lide e permitindo que o processo alcance com efetividade o seu escopo de pacificação social, em verdadeira expressão da instrumentalidade que lhe é imanente. O instituto propicia também um especial prestígio à dimensão do processo como procedimento em contraditório, garantindo-se às partes a efetiva oportunidade de participação na construção do caminho – *iter* procedimental – para a solução da contenda, em diálogo com o juiz, a quem caberá o controle das modificações procedimentais intentadas pelas partes e, nesta atividade, dados os contornos da garantia do contraditório, deverá levar em consideração os fundamentos por elas apresentados, inclusive enfrentando-os fundamentadamente no caso de recusa de aplicação do negócio processual (MADUREIRA, 2017).

No escopo aqui tratado, de repactuação das relações contratuais firmadas por partes empresárias diante dos efeitos da pandemia da COVID-19, desde já se valendo da possibilidade de autorregramento da vontade com efeitos em eventual processo judicial, a cooperação entre as partes se manifestará não apenas no plano material – como decorrência da boa-fé objetiva – mas também na seara processual, caracterizado por Nunes (2008) como ambiente policêntrico em que as partes e o juiz se correlacionam de forma participativa para a construção da decisão judicial.

Consideramos, assim, a situação ora vivenciada como oportunidade para que as empresas, dados os profundos impactos da pandemia nas atividades econômicas, possam se valer da cláusula geral de autorregramento da vontade para deliberar junto aos demais sujeitos do negócio a imediata ou futura – a depender da existência ou não de processo em curso – disposição de situações processuais ou realização de modificações procedimentais para harmonizar o processo às especificidades do litígio. Ocorre que muito embora os negócios jurídicos processuais atípicos constituam importante ferramenta de cooperação para a adequação do procedimento ao bem objeto de tutela jurisdicional, há considerável indefinição quanto aos limites objetivos dessas avenças, o que talvez explique a sua ainda tímida utilização no foro e rara previsão em instrumentos contratuais, questão que se tangencia no item seguinte.

1.2 Considerações acerca do objeto das convenções processuais

O que há de mais intrigante e ainda pouco definido quanto ao objeto dos negócios jurídicos

processuais atípicos é questão da delimitação dos critérios mínimos a serem observados pelas partes em sua celebração, a fim de que suas cláusulas não afastem indevidamente as garantias fundamentais do processo ou criem hipóteses que venham a macular a própria sistematicidade da legislação processual.

Desde a promulgação do CPC/2015, e especialmente a partir de sua vigência, tornou-se mais abundante a elaboração trabalhos acadêmicos destinados à realização de uma abordagem científica dos negócios jurídicos processuais atípicos, analisando questões relativas a sua natureza, elementos e condições para que o objeto das avenças fosse reputado adequado às finalidades do instituto, indubitavelmente ligadas à noção de flexibilização procedimental para a prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Pode-se inferir, sem a necessidade de maiores investigações, que a disciplina das invalidades dos negócios jurídicos em geral se projetará para a análise de validade das convenções processuais, exigindo-se que sejam celebradas por agente capaz, possuam objeto lícito, possível determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.⁹ Por conseguinte, as hipóteses de nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos em decorrência dos vícios de consentimento e de vícios sociais também se aplicarão aos ajustes de vontade voltados a produzir efeitos processuais, retirando-lhes a eficácia. Do parágrafo único¹⁰ do art. 190 do CPC/2015 extrai-se, outrossim, que a inserção abusiva de negócios jurídicos processuais atípicos em contratos de adesão ou a sua celebração por parte que se encontre em condições de manifesta vulnerabilidade serão parâmetros a inquinarem a juridicidade do ato, caso constatados *in concreto*.

Tentando lançar premissas lógicas para a análise da questão, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018) aduz, no que diz respeito às posições das partes processuais, que este tipo de convenção a elas se limita, não podendo versar sobre os poderes-deveres do juiz, a exemplo do dever de decisão fundamentada e de conformação à *ratio decidendi* dos precedentes formalmente vinculantes (art. 927, CPC/2015), por exemplo.

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 189) afirma haver menos dificuldade em listar as hipóteses de convenções em tese possíveis do que em identificar os precisos limites do poder de autorregramento da vontade no processo, “[...] máxime quando, de acordo com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, as regras relativas ao procedimento são de competência dos Estados”. Contudo, sinaliza o autor no sentido de não estar convencido a respeito de um alcance muito amplo do instituto que prevê a autogerência parcial do processo, assinalando que a natureza cogente de boa parte dos dispositivos processuais acabará por limitar substancialmente as hipóteses de customização do procedimento.

Compartilhando de visão semelhante, ao menos no que se refere à cogência das normas

9 A própria ideia subjacente ao art. 190 do CPC/2015 – atipicidade da negociação processual – denota que a forma das convenções será livre. Conjectura-se que dada a necessidade de precisa delimitação da modificação procedimental intentada pelos celebrantes, é provável que a maior parte das convenções processuais atípicas assumam a forma escrita. Nada obstante, reputa-se perfeitamente possível a celebração de negócios jurídicos pela forma oral, em audiência, por exemplo.

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

processuais como um dos parâmetros a indicar o afastamento de determinadas estipulações levadas a efeito pelas partes, José Miguel Garcia Mediana e Moisés Casarotto (2018, p. 236) assentam que também as regras jurídicas materiais – em especial em matéria de invalidades – nortearão a atividade de controle judicial:

Os negócios processuais esbarram nas regras cogentes processuais. Por conseguinte, o espaço de autonomia para autorregramento da vontade neste setor do ordenamento jurídico acaba sendo significativamente reduzido, embora, ao menos no direito brasileiro, exista. [...] Por outro lado, considerando que a regulamentação processual dos negócios processuais não é exaustiva, bem como pela própria natureza jurídica do acordo, é evidente que muitas normas de direito material são aplicáveis ao negócio processual, seja no plano da existência, seja no plano da validade ou mesmo no plano da eficácia.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 430), por seu turno, admite a celebração de ajustes procedimentais ou sobre posições processuais das partes com a derrogação de normas cogentes, como as que fixam pressupostos processuais: “É possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do direito positivo”. Nada obstante, para o autor (2018) há disposições processuais – v.g. as que preveem os recursos – que são de reserva legal, não se admitindo que sejam introduzidas ou modificadas pelas partes. De outra banda, Humberto Theodoro Jr. (2015) não admite a possibilidade de que negócios jurídicos processuais versem sobre pressupostos processuais ou condições da ação, tampouco sobre qualquer matéria de ordem pública.

Rosa Maria Andrade Nery (2015) consigna que o comando que se extrai do art. 190 do CPC/2015 permite às partes a negociação sobre matérias de ordem pública, ao contrário do que se possa imaginar a priori. Entretanto, sustenta a autora a impossibilidade de as partes negociarem temas alusivos a direitos fundamentais, a exemplo dos que tratam da jurisdição, juiz natural, duplo grau, ampla defesa e devido processo legal.

Em exposição sobre o tema Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 285) institui que “As normas constitucionais do processo civil, inclusive os princípios, funcionam como limites objetivos aos negócios processuais e convenções sobre o processo e não se admite a prática de atos negociais que afastem suas prescrições”. Prossegue o autor (pp. 285-286), afirmando que o objeto negocial deve ser reputado inválido caso se mostre incompatível com a natureza cogente de normas processuais infraconstitucionais.

Outras diretrizes também parecem nortear a atuação do magistrado no controle do autorregramento da vontade no processo, como I) os requisitos de negócios processuais típicos correlatos; II) os princípios da isonomia, boa-fé objetiva e da cooperação; III) custos decorrentes da alteração procedimental e IV) o núcleo de determinadas garantias fundamentais (DIDIER JR.; LIPIANI; ARAGAO 2018, pp. 43-45).

Assim, apesar da ausência de sistematização e de critérios precisos para a definição dos limites objetivos dos negócios jurídicos processuais atípicos, a natureza cogente de determinadas

normas procedimentais, o núcleo dos direitos fundamentais que se projetam para o ambiente processual – v.g. o devido processo legal substancial – e a efetividade das alterações procedimentais para uma solução mais adequada do litígio se mostram como principais parâmetros limitativos da autogerência parcial do procedimento.

É nesse viés de utilização dos negócios jurídicos processuais atípicos nos contratos interempresariais para ajuste do procedimento às especificidades da causa e da situação excepcional ora vigente, com observância dos direitos e garantias fundamentais, buscando extrair das contendas relacionadas à COVID-19 o resultado mais efetivo possível, que se identifica ensejo para uma maior difusão e consolidação do instituto nas relações jurídicas.

2 PECULIARIDADES DAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS E NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA

Situada, pois, a importância da negociação processual atípica em um ambiente de profundas incertezas quanto ao regime legal a que se subsumirão os contratos e da exegese que lhes será conferida diante dos efeitos da pandemia do novo Coronavírus, como meio de tornar a tramitação de eventual – e provável – demanda judicial futura o mais eficiente, efetiva e afeiçoada às peculiaridades do litígio, objetiva-se explorar adiante a aplicabilidade do instituto no âmbito dos contratos interempresariais, assim denominados aqueles celebrados entre partes empresárias.

Antes de se adentrar, contudo, à análise pragmática da negociação processual atípica nas relações interempresariais, importa diferenciar os contratos de existenciais dos contratos de lucro, na medida em que o grau de autonomia que cada um exibe será determinante para que se avalie a extensão com que as partes poderão dispor de situações processuais por meio de convenções processuais atípicas. Essencial também investigar as notas características dos contratos celebrados entre partes empresárias, situações de que cuidam os subitens seguintes.

2.1 Contratos existenciais x contratos de lucro

A dicotomia entre os contratos existenciais e contratos de lucro foi inicialmente proposta por Antônio Junqueira de Azevedo (2009)¹¹ caracterizando-se aqueles por serem celebrados entre pessoas não empresárias e voltados à subsistência, enquanto estes são firmados entre empresários e possuem finalidade estritamente lucrativa. Em uma segunda oportunidade, Junqueira de Azevedo (2009, p. 600) revisitou suas proposições iniciais para se aprofundar nos critérios distintivos entre estas categorias, elucidando que a força obrigatória dos contratos, princípio clássico do direito contratual, se manifesta com maior intensidade nos contratos de lucro, nos quais o grau de disparidade entre as partes é menor ou inexistente:

¹¹ Naquela oportunidade, bem pontuou o professor que “Digladiam-se, de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado. A nosso ver, o direito brasileiro e, talvez, o direito universal, devesse, no séc. XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e de contratos existenciais”. (AZEVEDO, 2009, p. 185).

Os contratos existenciais têm basicamente como uma das partes ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força.

Basan (2016) esclarece se tratar de diferenciação hermenêutica fundada, em síntese, no aporte de novos princípios às relações contratuais a partir do Estado Social. É que a teoria contratualista clássica, erigida em paradigma liberal, voltava-se à valorização exacerbada do individualismo e da liberdade, sendo daí decorrentes os princípios basilares do direito contratual, como o *pacta sunt servanda* e o da autonomia da vontade. Com o desenvolvimento do Estado Social, no entanto, observou-se o surgimento de princípios corolários dos valores da dignidade da humana e do solidarismo, como os da boa-fé objetiva e função social dos contratos que, segundo Morsello (2018), se somaram aos princípios clássicos para compor o arcabouço principiológico do direito contratual, transformando profundamente o modo de análise e interpretação das avenças.

Consideramos que a dicotomia interpretativa proposta por Junqueira de Azevedo adquire maior nitidez a partir da vigência da Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 – norteadas por princípios que reforçam a autonomia dos contratos de lucro, entre eles os da garantia de liberdade e da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre as atividades econômicas.¹² A novel legislação previu critérios interpretativos para os negócios jurídicos, conferindo aos celebrantes a oportunidade para a livre pactuação de regras de interpretação e colmatação de lacunas diversas das legalmente fixadas¹³, além da possibilidade de instituição de parâmetros objetivos a nortear a revisão e resolução dos contratos.

A Lei nº 13.874/2020 introduz ainda disposições específicas atinentes aos contratos empresariais. Estabelece-se a presunção de que os negócios empresariais são paritários e simétricos, garantindo-se a aplicação do conteúdo negocial livremente estipulado, inclusive com derrogação de normas de direito empresarial que não ostentem natureza cogente.¹⁴ Todas essas disposições vão ao encontro da linha intelectual proposta por Junqueira de Azevedo no sentido da prevalência da liberdade e da autonomia nos contratos de lucro.

Veja-se, então, que também na seara da negociação processual o maior ou menor grau de discrepância entre as posições dos contratantes repercutirá na análise e interpretação do acordo procedimental, sobretudo quando se constatar potencial prejuízo para a parte desfavorecida ou vulnerável.

12 Art. 2º da Lei nº 13.874/2020.

13 Art. 7º da Lei nº 13.874/2020, que alterou o art. 113 do Código Civil.

14 Arts. 3º e 7º da Lei nº 13.874/2020.

Em nosso sentir, é perfeitamente possível a celebração de convenções processuais atípicas em contratos existenciais, como os de consumo, de locação, trabalhista etc., desde que se verifique que à parte foi conferida a possibilidade de real deliberação específica acerca das cláusulas a se projetarem no processo, preferencialmente realizada em situação que atenuie a vulnerabilidade – p. ex. mitigação da vulnerabilidade jurídica por meio da assistência por advogado. Nos contratos interempresariais, a seu turno, dada a presunção de simetria e paridade entre as partes, reputamos que haverá ampla autonomia para a modificação convencional do procedimento e para a disposições de situações processuais.

Além da simetria entre as partes, outras notas distintivas indicam ser adequada a atribuição de ampla convencionalidade processual nos contratos interempresariais, conforme tratado adiante.

2.2 Contratação entre empresas: outras notas distintivas

Os contratos empresariais são aqueles celebrados entre partes que exerçam, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Como via de regra, a contratação efetivada entre empresas busca propiciar as condições – insumos, serviços etc. – para que o exercício da atividade alcance resultados lucrativos.

De acordo com a classificação proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, inserem-se na categoria dos contratos de lucro, desde que, obviamente, sejam celebrados pela empresa como parte dos processos relacionados à sua finalidade lucrativa. É que nem toda contratação efetuada por empresas será necessariamente atrelada à cadeia de atividades de propósito econômico, podendo ser celebrados contratos desvinculados do objeto social do empreendimento, ainda que entre as partes do negócio figurem apenas empresários.

A finalidade lucrativa inerente aos negócios jurídicos celebrados entre empresas, segundo Paula Forgioni (2010, p. 60), lhes confere um viés peculiar, e que condiciona, inclusive, a tomada de decisão do empresário por contratar ou não:

A empresa contrata porque entende que o negócio lhe trará mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros.

Ainda de acordo com Forgioni (2010), alguns fatores são preponderantes para que as negociações entre empresas se justifiquem do ponto de vista dos custos de transação, como o grau de confiabilidade no cumprimento da avença e a existência de um ambiente que propicie a segurança jurídica e a previsibilidade quanto aos efeitos decorrentes do contrato. Em uma análise de relação custo-benefício negocial, os agentes econômicos sopesam diversos fatores, entre eles a possibilidade de inadimplemento das estipulações contratuais, ante a impossibilidade de previsão integral das prováveis inconsistências a serem verificadas durante a execução da avença (GIANNAKOS, 2018).

A existência de um ambiente negocial que privilegie o atendimento às expectativas das partes favorece o fluxo das relações econômicas (FORGIONI, 2010). Assim, pontua-se que no âmbito das relações interempresariais é necessário que o desenvolvimento das avenças ocorra precisamente conforme delineado em suas cláusulas, atingindo os resultados que legitimamente se espera delas, sob pena de desestímulo à circulação de bens e serviços.

Diante dessas características, verifica-se que nas negociações interempresariais a força obrigatória dos contratos assume especial relevância, tendo aí potencial de preponderância frente a outros princípios contratuais, o que se justifica não apenas pela necessidade de prestígio à confiança no cumprimento das tratativas, mas também porque, como visto em linhas acima, a negociação ocorrerá entre partes que ostentam condições mais homogêneas, não se verificando, a priori, a existência de vulnerabilidade.¹⁵

E, como tal, consideramos que nestes contratos o intervencionismo judicial sobre as negociações processuais atípicas também deva ser o mínimo possível, justificando-se apenas para afastar objetos negociais: I) ilícitos (p. ex. que resultem na ocorrência de fraude processual); II) que representem ofensa às garantias fundamentais do processo (afastamento negocial do contraditório, p. ex.) e III) que ensejem afronta às normas fundamentais do processo civil ou ao interesse público subjacente a determinadas normas processuais cogentes (seria o caso, p. ex., de um negócio jurídico processual atípico de modificação de competência absoluta).

Assim posta a questão, a amplitude negocial para a disposição de situações processuais ou ajuste de procedimento em contratos empresariais se mostra consideravelmente extensa, sendo possível se cogitar de uma série de formulações abstratamente possíveis para que se alcance o escopo previsto no art. 190 do CPC/2015, algumas analisadas com maior detença adiante.

3 HIPÓTESES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS INTEREMPRESARIAIS PERTINENTES AO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Como visto, as notas características dos contratos interempresariais indicam serem estes ambientes propícios para a ampla disposição de situações jurídicas processuais ou previsão de desvios procedimentais. Contudo, diante dos estreitos limites do presente trabalho e das conclusões dantes expostas no sentido de que o atual contexto de pandemia pavimenta o caminho para um maior protagonismo da negociação processual atípica, examina-se adiante apenas hipóteses consideradas aptas a mitigar os impactos do cenário de crises econômica, de inadimplemento e de certeza jurídica retratados no item 2 supra.

3.1 Procedimentos executivos

Os procedimentos executivos seguramente se apresentam como um dos campos mais

15 Não se está aqui a repelir, em abstrato, a ocorrência de vulnerabilidade no âmbito das contratações entre empresas. Deveras, é possível que a empresa, em determinada contratação, se apresente em condição de vulnerabilidade – econômica, técnica, jurídica etc. – perante a outra parte e, restando tal condição demonstrada na situação concreta, o paradigma de análise e interpretação do contrato tomará novas feições, mitigando-se a preponderância de princípios clássicos como o *pacta sunt servanda*.

propícios tanto para a revisão de relações contratuais empresariais ainda não judicializadas – incluindo cláusulas de negociação pré-processuais – quanto para a celebração de avenças processuais em demandas já instauradas. No âmbito pré-processual, seria possível, diante do cenário da pandemia de COVID-19, revisar contratos ou outros atos jurídicos que constituam ou resultem na formação de títulos executivos extrajudiciais para a estipulação de situações processuais que tornem eventual execução o mais satisfatória possível para o credor, resultando em menor sacrifício ao devedor. Na mesma esteira, demandas executivas já instauradas poderiam se tornar o palco para o desenvolvimento de convenções processuais destinadas a tornar o procedimento melhor ajustado às delicadas circunstâncias atualmente vigentes.

A doutrina aponta como vantagens da negociação processual atípica executiva o ganho de efetividade decorrente da remodelagem procedimental conforme o interesse dos litigantes, assim como o aumento de previsibilidade e diminuição dos riscos da execução. No campo dos negócios firmados entre partes empresárias, o ambiente de consensualidade propiciado pelas convenções processuais executivas estimula a celebração de futuras transações entre as partes, na medida em que cria as condições para que a execução atinja satisfatoriamente o interesse do exequente, sem com que isto importe em sacrifício demasiado do executado (DIDIER JR.; CABRAL, 2018).

Dentre as hipóteses de ajuste de vontade direcionadas a produzir efeitos em procedimentos executivos pertinentes no atual contexto, destaca-se a possibilidade de celebração de *pactum de non exequendo* – ou pacto de não execução –, de maneira pré-processual, submetido a termo ou condição. Trata-se de pacto em que o credor se compromete a não executar – ou iniciar a fase de cumprimento de sentença – enquanto não sobrevier a implementação do termo ou condição indicados no conteúdo do negócio, podendo ser unilateral, se resultar em obrigações unicamente para o credor, ou bilateral, na hipótese de o pacto de não execução envolver contraprestação do devedor.¹⁶ Em sendo a execução norteadada pelo princípio da disponibilidade e guiada pelo interesse do exequente, não se vislumbra óbice à celebração de negócio processual limitando a deflagração do procedimento, sobretudo porque poderia o credor, independentemente de convenção, decidir por ajuizar a demanda executiva somente em momento mais oportuno.

Desse modo, poder-se-ia cogitar, por exemplo, de inserção, em contratos de interempresariais, de negócio jurídico pré-processual¹⁷ prevendo *pactum de non exequendo* submetido à condição suspensiva de retomada do crescimento dos indicadores econômicos ou da saúde financeira da empresa. Outra hipótese pertinente no atual momento seria a inclusão de pacto de não execução vinculado a termo, protraindo a deflagração de eventual execução. A nosso ver, estas representam possibilidades de negócios jurídicos processuais que certamente impulsionariam

16 A contraprestação poderá se dar no próprio negócio em que inserido o pacto de não execução ou até em futuras avenças. O credor pode, por exemplo, aceitar o pacto de não execução submetido a termo ou condição, desde que o devedor renuncie a determinada cláusula que lhe favoreça no próprio contrato ou que se comprometa a dar preferência ao credor em futuras negociações.

17 Embora exista posicionamento de que o pacto de não execução possui natureza material, importando em renúncia do direito objeto do litígio, entendemos que a natureza material só terá lugar quando ocorrer disposição total e irrestrita da execução. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral (2018, p. 146): “É que a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitoria, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação”.

a manutenção das relações contratuais – e, por conseguinte, da atividade econômica – durante a pandemia da COVID-19, haja vista a previsibilidade que proporcionam ao devedor quanto ao não ajuizamento, por ora, de demanda executiva por parte do credor.

Pela perspectiva do cumprimento de sentença, admite-se como apropriado ao presente contexto a pactuação para não se dar início ao cumprimento provisório, pelas mesmas razões expostas quanto à execução e se admite também a modulação da eficácia da avença mediante termo ou condição.

Há ainda a possibilidade de utilização das convenções processuais em contratos empresariais para tornar as medidas constritivas e executivas menos gravosas ao executado, sem descuidar da satisfação do interesse do credor/exequente (art. 797, CPC/2015). Uma importante ferramenta neste sentido seria a escolha prévia do objeto da penhora, abrindo-se mão desde já da constrição prioritária em dinheiro (art. 835, § 1º, CPC/2015) para concentrá-la em outro bem que não venha a afetar o fluxo de caixa da empresa. No mesmo sentido, seria possível fixar previamente, via negociação processual, o método expropriatório de que se valerá o exequente, situação que embora dispense a realização de acordo, poderá atribuir maior previsibilidade ao desfecho do procedimento executivo (NOGUEIRA, 2020).

Pode-se outrossim obter profícuos resultados na execução a partir da combinação da negociação processual atípica com a importação de técnicas executivas provenientes de outros procedimentos, para aplicá-las em substituição à técnica padrão. Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2020) examinam de forma certa a possibilidade de o processo de execução e do cumprimento de sentença atuarem como válvulas para o transporte de técnicas processuais, a partir de uma exegese destinada a conferir ao art. 771 do CPC/2015 o seu potencial máximo de realização. Esse transporte de técnicas seria possível inclusive em caráter substitutivo da técnica prioritária, desde que a substituta se mostre mais eficiente.¹⁸ Citam os autores, nesse escopo, a aplicação do art. 867 do CPC/2015, que prevê a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, como método prioritário satisfação do crédito, em lugar de se percorrer o *iter* das formas expropriatórias típicas, desde que a alteração resulte em ganho de eficiência.

Assim, para que se tenha maior previsibilidade – elemento essencial nas transações interempresariais –, pode-se estabelecer, via negociação processual, a preponderância da técnica prevista no art. 867 como meio satisfativo do crédito, evitando-se a penhora em dinheiro ou de outros ativos da empresa, já tão comprometidos diante dos efeitos da pandemia do novo Coronavírus. Evita-se, também, a submissão do executado aos métodos – nem sempre eficientes – de expropriação convencionais.

3.2 Pacto de instância única e redefinições na sistemática dos prazos processuais

Sabe-se que os custos decorrentes da litigância, a depender da hipótese, podem ser bastante elevados para as empresas. Longos períodos de tramitação e o desdobramento da relação

¹⁸ Sustentam os professores que as técnicas poderão ser importadas/exportadas, inclusive, de e para procedimentos especiais do próprio código e de legislações especiais ou estatutárias, tamanho potencial participativo do CPC/2015 (MAZZEI; GONÇALVES, 2020, p. 32-34).

processual em recursos ou ações autônomas impugnativas elevam sobremaneira o dispêndio das partes, sobretudo quando se está em jogo a tutela de bens e interesses de elevado valor econômico. Nesta senda, como forma de abreviar a solução da contenda e, por conseguinte, mitigar o consumo de recursos financeiros das empresas¹⁹ – questão extremamente sensível no presente cenário –, admite-se como viável a celebração de convenção processual de instância única.

A medida consiste na pactuação de renúncia prévia ao direito de recorrer do provimento jurisdicional que vier a resolver o litígio. Em função da incidência do princípio da voluntariedade recursal, a opção por recorrer ou não se insere no âmbito de livre disposição da parte sendo, portanto, passível previsão em negócio jurídico pré-processual (DIDIER JR.; LIPIANI; ARAGAO, 2018)

Em complemento ao escopo de otimização da tramitação processual, coloca-se a possibilidade de convenção acerca da redução ou até mesmo supressão dos prazos para as postulações e manifestações das partes, tais como a apresentação de contestação e réplica (NOGUEIRA, 2020). Não se entrevê óbice, outrossim, para a instituição negocial de que a contagem dos prazos em dias seja realizada levando-se em conta os dias corridos, afastando-se a aplicação do método previsto no art. 219 do CPC/2015.

Nada obstante, mesmo com as redefinições acima propostas, em razão dos altos índices de morosidade verificados no Poder Judiciário brasileiro, é pouco provável que eventual demanda instaurada neste momento venha a ser solucionada ainda durante o contexto de pandemia, de maneira a que a redução de despesas afetas à litigância repercuta em maior disponibilidade financeira para superação das atuais adversidades em melhores condições.

3.3 Convenção de conciliação ou mediação prévia obrigatória

Como discutido no item 2, os efeitos da pandemia da COVID-19 sobre as relações jurídicas e o relativo grau de insegurança jurídica quanto ao regime jurídico a que se subsumirão os contratos impulsionarão a revisitação dos negócios jurídicos cuja execução se encontra em curso, a fim de que as partes negociem solução consensual, podendo até mesmo aditar a avença para incluir cláusulas com eficácia em eventual relação processual instaurada futuramente.

Não apenas na hipótese de renegociação de negócios em curso, mas sobretudo nos contratos interempresariais a serem celebrados no atual contexto, é possível que as empresas ajustem a obrigatoriedade de submissão de eventual litígio à tentativa de conciliação ou mediação prévia, o que favorece a possibilidade de solução célere, eficaz e menos custosa da demanda. Não entendemos que acordos de tal natureza representem ofensa à garantia constitucional de acesso à justiça prevista no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, havendo apenas condicionamento

19 Benjamin Tabak e José de Lima Ramos Pereira (2019, p. 47), ao analisarem a teoria econômica da litigância, expõem que “[...] as pessoas são racionais e possuem um olhar para o futuro, considerando os custos e os benefícios existentes na demanda, ou seja, o objetivo de quem irá discutir judicialmente uma ameaça ou um direito violado reside na otimização do seu bem-estar, empregando os meios disponíveis para o alcance dos seus objetivos com o menor desperdício de recurso possível”.

autoatribuído da apreciação meritória enquanto não submetida a causa à tentativa de solução consensual.

Ainda que se repute a limitação negocial aqui discutida como potencialmente ofensiva aos ditames do art. 5º, inciso XXXV, CRFB/1988 – matéria sobre a qual não se aprofunda aqui, dados os estreitos limites do trabalho – o fato é que a conciliação ou mediação obrigatória podem coexistir com a apreciação jurisdicional da lide, ainda que de forma parcial.

Verifica-se o surgimento de diversas plataformas digitais de conciliação e mediação, algumas destas implementadas por Tribunais e até mesmo pelo próprio Conselho Nacional de Justiça,²⁰ disponibilizando ambiente para que as partes possam negociar os termos do conflito e solucioná-lo consensualmente. Em ambientes tais, a negociação pode ocorrer em paralelo à distribuição judicial da demanda, ficando resguardado inclusive a apreciação de tutelas provisórias. Melhor dizendo, a parte já acessou o Poder Judiciário – o que, se sabe, não representa o núcleo essencial da garantia de acesso à justiça –, nada obstante o integral acesso à ordem jurídica justa fique condicionado a uma tentativa prévia de negociação.

No ponto, deve-se ter em mente que o CPC/20 alçou ao *status* de norma fundamental a necessidade de que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.²¹ Da leitura do CPC/2015 e da própria exposição de motivos do Projeto de Lei que lhe deu ensejo, infere-se a clara opção legislativa pela atribuição de ênfase no tratamento adequado dos conflitos, o que reforça a compreensão no sentido da legitimidade das convenções processuais que condicionam a plena apreciação jurisdicional à tentativa prévia de resolução autocompositiva.

CONCLUSÃO

O contexto de insegurança jurídica e de crise de adimplemento instaurado como decorrência da pandemia da COVID-19 tem ensejado a necessidade de aproximação dos contratantes para negociação e reconfiguração dos negócios às circunstâncias ora operantes. O cenário se mostra especialmente impactante nas relações interempresariais, em função do volume de transações e a dos expressivos valores que normalmente ostentam essas contratações. Nessa perspectiva de revisão de cláusulas contratuais e até mesmo de maior cautela em relação às estipulações a serem lançados em futuros contratos, podem se valer as empresas dos negócios jurídicos processuais como meio para garantir maior previsibilidade e adequabilidade do procedimento às circunstâncias do caso e características essenciais das partes envolvidas.

Em regra, as contratações promovidas entre empresas se instauram em ambiente de homogeneidade de posições entre as partes e de não observância de vulnerabilidade presumida, o que induz o reconhecimento de maior autonomia na disposição de situações jurídicas e a

20 Plataforma Mediação Digital do CNJ. Nada obstante o termo “mediação” a ferramenta é voltada à negociação entre as partes. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>. Acesso em 08 jun. 2020.

21 Art. 1º. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

necessidade de se atribuir força obrigatória ao que restar convencionado. O mesmo se observa na seara da negociação processual atípica em contratos de tal natureza, os quais somente poderão ser afastados em caso de objeto ilícito ou que atente contra o núcleo das garantias fundamentais do processo. Assim, o quadro de disposição de situações processuais e alterações procedimentais nos contratos interempresariais se apresenta bastante amplo, sendo possível conjecturar hipóteses variadas de negócios jurídicos processuais abstratamente legítimos e úteis para o alcance dos objetivos previstos no art. 190 do CPC/2015.

Guardando pertinência com quadro vigente de efeitos da pandemia da COVID-19, identifica-se que os procedimentos executivos são campos férteis para a inserção de cláusulas a projetarem efeitos processuais, tornando possível a satisfação do exequente sem onerar demasiadamente o executado em momento de tamanhas adversidades. Verifica-se proficuidade, outrossim, na modulação procedimental destinada a encurtar a tramitação processual e, com isso, os custos dela decorrentes, o que se alcançaria via pactuação de instância única e reformulação da sistemática dos prazos processuais. Apresenta-se como válida ainda a celebração de negócio jurídico processual direcionado a impedir o desenvolvimento de demanda judicial enquanto não intentada solução consensual prévia do litígio, o que também pode ocasionar a redução de despesas afetas à litigância.

Com o regular desenvolvimento das relações contratuais durante a pandemia, naturalmente as empresas se verão diante de situações ainda não cogitadas de negociação processual atípica que sejam apropriadas a tornar eventual litígio decorrente da execução de contratos interempresariais mais eficiente e apropriada às peculiaridades do ramo, a serem objeto de futuras investigações acadêmicas na tentativa de se formular quadros genéricos de negociabilidade com pertinência mesmo após o decurso dos efeitos do novo Coronavírus sobre as relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 9-32, jan./mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plataforma Mediação Digital**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>. Acesso em 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de

Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 10 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em 14 jun. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 67, p. 137-165, jan./mar. 2018.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGAO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 41-66, mai. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Análise econômica dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 278, p. 497-519, abr. 2018.

MADUREIRA, Cláudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 01-23, mai./jun. 2020.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, a. 3, n. 1, p. 323-350, mai. 2018.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia; CASAROTTO, Moisés. O novo código de processo civil e negócios jurídicos processuais no âmbito do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 107, n. 988, p. 233-250, fev. 2018.

MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. (coord). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil**. v. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16. n. 64, p. 263-264, out./dez. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. especial, p. 13-29, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TABAK, Benjamin Miranda; PEREIRA, José de Lima Ramos. Análise econômica do processo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 39, n. 2, p. 39-60, jan./jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise financeira mundial, teoria da imprevisão e onerosidade excessiva**. Soluções Práticas de Direito. Pareceres. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

World Health Organization. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 29 abr. 2020.

Como citar: BUFULIN, Augusto Passamani. VILARINHO, Tiago Aguiar. Negócios jurídicos processuais atípicos em contratos interempresariais e a pandemia da covid 19. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 10-30, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p10. ISSN: 2178-

8189.

Recebido em: 18/06/2020

Aprovado em: 09/09/2020

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DAS FORMAÇÕES
FAMILIARES**

CONFLICT MEDIATION: AN ANALYSIS FROM THE HISTORICAL
AND LEGISLATIVE EVOLUTION OF FAMILY FORMATIONS

Rafaela Peixoto Schaefer*
Fabiana Marion Spengler**

* Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Futura (ICETEC). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Email: rafaela_611@hotmail.com

**Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Email: fabiana@unisc.br

Como citar: SCHAEFER, Rafaela Peixoto. SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos: uma análise a partir da evolução histórica e legislativa das formações familiares. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 31-49, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p31. ISSN: 2178-8189.

Resumo: As famílias são núcleos em constante transformação. As formações que antigamente recebiam demasiada influência religiosa, hodiernamente estabelecem-se pelos vínculos afetivos. Destarte, este artigo se propõe a analisar o instituto da família e a complexidade de suas relações, bem como, discutir uma proposta pacífica de gestão de controvérsias. A pesquisa foi norteadada pela seguinte indagação: o instituto da mediação é um meio adequado de tratamento de conflitos oriundos de relações familiares? Ao final, verifica-se que a mediação é uma ferramenta consensual que possibilita a mudança do paradigma conflitivo e a harmonização social. O ponto de partida se dá pelo delineamento histórico e a abordagem conceitual e legislativa das formações familiares. Para tanto, empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do método dedutivo que consiste em analisar premissas gerais relacionando-as aos particulares.

Palavras-chave: Conflito. Formações familiares. Mediação. Política pública.

Abstract: Families are constantly changing nuclei. The formations that once received too much religious influence, are today influenced by affective bonds. In this context, this paper analyzes families and the complexity of their relations, as well as discusses a peaceful proposal for managing controversies that arise within them. Considering this scenario, this research has the following research question: is mediation an appropriate means

of conflict resolution for family relationships? In the end, this article verifies that mediation is a consensual tool that substitutes the current conflict paradigm, thusly, helping develop social harmonization. Furthermore, this study examines the history of family formations from a conceptual and legislative approach. In order to accomplish this, the bibliographic research technique was used, based on the deductive method that consists of analyzing general premises and relating them back to individuals.

Keywords: Conflicts. Family formations. Mediation. Public policy.

INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado no presente trabalho discorre acerca das relações familiares e seus conflitos a partir da análise do contexto histórico e legislativo, haja vista a complexidade destas relações e a necessidade de um meio adequado para a gestão da controvérsia.

As famílias são grupos formados por pessoas que se unem a partir de vínculos afetivos e parentalidade. Mas nem sempre foi assim. No passado, as famílias eram constituídas com o objetivo de garantir a produção e a proteção do patrimônio. Neste contexto, o núcleo familiar era formado pelo homem, o chefe familiar; a esposa submissa e os filhos, que eram gerados para ajudar na produção familiar. Ainda, em algumas civilizações, o termo família já foi sinônimo de conjunto de escravos.

Diante de tantas evoluções e transformações das formações familiares e, conseqüentemente, da sociedade, trata-se de uma discussão pertinente, pois o Direito de Família é amplamente debatido e deve estar alinhado a essas demandas. Deste modo, a pesquisa foi norteada pela seguinte indagação: o instituto da mediação é um meio adequado de tratamento de conflitos oriundos de relações familiares? A hipótese apresentada, e ao final confirmada, é no sentido de que a mediação é uma ferramenta consensual que possibilita a mudança do paradigma conflitivo e a harmonização social. Para tanto, como metodologia, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do método dedutivo que consiste em analisar premissas gerais relacionando-as aos particulares.

Destarte, o tópico inicial discorrerá sobre a evolução familiar, pautando os aspectos históricos e legislativos. A seguir serão tratados os novos formatos de família. Ao final, serão analisados os conflitos inerentes ao convívio familiar e o desafio da mediação enquanto política pública de pacificação.

1. DA FAMÍLIA

Ao longo da história, é possível identificar diversas formações familiares, que foram e são permeadas por fatores religiosos, políticos, sociais e econômicos. Logo, não é possível definir um único conceito de família aplicável a todas as épocas, pois este muda conforme o tempo, espaço e cultura (GAMA, 2008). Por esse motivo, muitos autores se debruçam sobre o tema, na tentativa de melhor contextualizá-lo.

Segundo Dias (2016), unir-se em grupos é um fato normal e necessário à natureza humana, essencial para a manutenção da sociedade e do Estado. Cada indivíduo tem seu papel dentro da família, o pai, a mãe, os filhos, contudo, não importa a sua função e sim pertencer a um grupamento familiar. É no seio familiar que aprendemos as primeiras lições, a transmissão de valores, o primeiro contato com o convívio social, no dizer de Dias (2016, p. 49), “[...] a família é o primeiro agente socializador do ser humano”.

Neste viés, a família moderna é formada por membros que se unem pelo afeto ou parentesco, pelo matrimônio ou união sem casamento, e pelos filhos que podem ou não nascer destas relações. O parentesco é regulado por diversas legislações, assim, a família em conceito

amplo, considera também os ascendentes, os descendentes e os colaterais do cônjuge, que são parentes por afinidade ou afins. (VENOSA, 2013).

No seio familiar as relações se desenvolvem baseadas nos princípios da solidariedade doméstica, da vida em comum e da cooperação recíproca. Significa dizer que a família contemporânea contempla elementos psicológicos e afetivos. Neste sentido, “[...] a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento humano, sendo fundamental o reconhecimento da estruturação psíquica na qual todos os integrantes ocupam um determinado lugar”. (GAMA, 2008, p. 10):

Na antiguidade, as famílias eram denominadas patriarcais. Neste modelo, imperava a figura masculina, no qual o homem era a autoridade predominante sobre a esposa e os filhos, uma vez que a mulher casada era considerada relativamente incapaz. Assim, todas as decisões eram vinculadas ao genitor, não havendo possibilidade de interferência dos demais membros da família. (LÔBO, 2011).

Por muitos anos, esta tradição perdurou, sob forte influência religiosa, já que este autoritarismo era oriundo do casamento – ritual religioso, na época indissolúvel. Segundo Coulanges (1961), as famílias gregas e romanas mantinham crenças religiosas e adoração aos mortos, seus antepassados. Cada família adorava um deus e os cultos ocorriam em casa. O parentesco surgia do compartilhamento do fogo sagrado, contudo não existia parentesco com mulheres, e estas não participavam diretamente do culto, apenas através da figura do marido ou do pai.

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural. [...]. Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais. (COULANGES, 1961, p. 35).

No Direito Romano, a família era caracterizada pelo poder paterno e pelos escravos, logo se difere largamente do conceito hodierno, repleto de sentimentos. Para os romanos, o termo família não se aplicava ao grupo familiar e seus membros, mas somente aos escravos. Nos ensinamentos de Engels (2009, p. 76, grifos no original): “*Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem”.

Para Aristóteles (1998, p. 51) “[...] a família é uma comunidade formada de acordo com a natureza para satisfazer as necessidades quotidianas”. Nesse contexto, a relação entre os senhores e seus escravos era uma relação de dominação, que se justificava pela crença de que a escravidão era uma prática necessária, justa e inerente à própria natureza.

Seguindo a concepção aristotélica, a distinção entre homens livres e escravos quanto à condição de liberdade era verificável por meio da análise da anatomia humana, ou seja, Aristóteles “[...] atribuiu força física para aquele que irá desempenhar trabalhos pesados e presenteou os

livres com uma postura ativa, habilitando-os para atividades que se relacionam tanto com o ato de fazer guerra quanto com a virtude de promover a paz” (WERMUTH; ZEIFERT, 2019, p. 243).

Lôbo (2011) explica que esse formato familiar era centrado no domínio do homem, com propósito na procriação. Nas palavras do autor “[...] foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva” (LÔBO, 2011, p. 24). Logo, a família era constituída com objetivo de formar patrimônio, sem levar em conta a existência de afeto, por isso, não se falava em ruptura do vínculo matrimonial, pois este era fundado no patrimônio. Mais tarde, com a industrialização, a produção deixa de ser o elemento fundamental, dando espaço ao desenvolvimento de valores morais, afetivos e assistência recíproca. (VENOSA, 2013).

Na cidade antiga, com a expansão da religião, as famílias associavam-se em tribos, e, assim, deram início à formação das cidades. Todavia, as desigualdades eram marcantes na civilização antiga, pois as cidades eram divididas em classes de acordo com a religião. O pater era considerado cidadão e detinha o direito ao voto, ao contrário das mulheres, escravos, estrangeiros e clientes. O casamento era o ritual sagrado de inicialização de adoração aos deuses do marido, uma vez que a jovem abandonava o lar paterno e adotava outra religião, outros costumes. Isso porque, era permitido somente cultuar os deuses de um lar. (COULANGES, 1961).

O casamento, portanto, era obrigatório. Não tinha por finalidade o prazer; seu objetivo principal não era a união de duas criaturas que se convinham, e que desejavam unir-se para a felicidade ou sofrimentos da vida. O efeito do casamento, aos olhos da religião e das leis, era, unindo dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto. (COULANGES, 1961, p. 43).

Para Strauss, Gough e Spiro (1980) o casamento gerava uma divisão sexual do trabalho, sendo que cada cônjuge tinha suas tarefas determinadas, assim, às mulheres eram atribuídos os afazeres domésticos e aos homens, a guerra e a caça. Essa divisão “[...] não é mais do que um dispositivo para instituir um estado recíproco de dependência entre os sexos”, já que as tarefas designadas a um, ao outro eram proibidas. (STRAUSS; GOUGH; SPIRO, 1980, p. 30).

Atualmente, este cenário sofreu consideráveis modificações, pois a família deixou de ter como centro a figura paterna e passou a adotar um modelo de igualdade. As tarefas são distribuídas entre os componentes da família, buscando desenvolver suas aptidões e proporcionar o bem-estar de todos, abandonando a rigorosa divisão sexual do trabalho.

O Código Civil de 1916 reconhecia a família constituída através do matrimônio, com isso, continha em sua versão original uma restrita e discriminatória concepção de família. Esta legislação não permitia a dissolução do vínculo conjugal, fazia referências distintas entre seus membros, não acolhia as uniões sem casamento, nem seus frutos. Essas referências tinham caráter punitivo na tentativa de proteção do casamento. (DIAS, 2016).

Neste sentido, a sociedade contemporânea não se encontra mais apoiada na hierarquia e na autoridade masculina, mas sim no afeto e nas relações igualitárias. Com isso, se observa uma

condição de respeito entre os integrantes do grupo. Para Dias (2016, p. 51, grifos no original): “[...] o formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a **lealdade**”.

No mesmo viés leciona Lôbo (2011, p. 20): “[...] a afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade”.

Ao Estado cabe regular o convívio social, proteger os indivíduos e intervir através de normas que devem ser respeitadas por todos, destarte, é possível afirmar que a maior incumbência estatal é a égide da instituição familiar. Nestes termos,

[...] a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o art. 226 da Constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares. (GONÇALVES, 2014, p. 20, grifos no original).

No entanto, como a lei é posterior aos fatos, os modelos de famílias previstos juridicamente não atendem a realidade que se modifica constantemente, alterando, desta forma, a estrutura da família natural, “[...] que preexiste ao Estado e está acima do direito” (DIAS, 2016, p. 47). Por isso, da importância de o Estado estar atento a estas novas demandas, a fim de legislar de forma eficaz, seja por meio do Legislativo ou do Judiciário, como vem ocorrendo nos muitos anos.

A ampliação do papel feminino no contexto familiar, como também no mercado de trabalho, provocou relevantes alterações legislativas. Em 1962, quando foi editado o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, as mulheres deixaram de ser relativamente incapazes e tiveram reconhecida a propriedade dos bens adquiridos por meio de seu trabalho, e assim, passaram a ter os mesmos direitos do cônjuge. (DIAS, 2016).

Desta forma, as maiores inovações sobre a dissolução do casamento foram pouco a pouco inseridas na sociedade brasileira. Em 1977, entrou em vigor a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515. A partir daí, foi regulamentada a separação judicial e o divórcio, extinguindo-se o desquite judicial, passando o casamento a ser uma instituição juridicamente dissolúvel. (DIAS, 2016).

Em 1988, a Constituição Federal rompe o vínculo entre a religião e o direito, com isso reforça a igualdade entre homens e mulheres, dilata o conceito de família, reconhece a união estável e a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos (DIAS, 2016). Nessa seara, explana Spengler (2018, p. 27):

[...] a pretensão constitucional é de proteger e resguardar todos os modelos de família, independentemente de sua constituição matrimonial ou extramatrimonial, igualar os cônjuges e os filhos, matrimoniais ou não, bem como prever a dissolubilidade do casamento. Pretende ainda garantir a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, além do dever do Estado de prestar

assistência a todas as espécies de famílias, garantindo direito e amparo a crianças e a adolescentes, assim como aos idosos.

A Carta Magna adotou os novos elementos das relações familiares, destacando-se, especialmente, os vínculos afetivos, que derogaram diversos dispositivos da lei civilista vigente, provocando uma revolução no Direito de Família. Neste diapasão, a família socioafetiva é priorizada em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2014). Ou seja, além de reconhecer a pluralidade de núcleos familiares, a norma constitucional garante, a todos os membros do grupo familiar, proteção de forma igualitária. (SPENGLER, 2018).

Após o advento da Constituição Federal, foi editado o Código Civil em 2002, ainda com traços do código anterior, todavia, incorporou os direitos consagrados na Carta Magna. No que tange ao Direito de Família, constata-se a excessiva preocupação com a proteção do patrimônio. Sabe-se que as relações familiares, em sua maioria, envolvem interesses patrimoniais, contudo, quando estes tornam determinantes, a família deixa de exercer sua função enquanto local de afeto e pertencimento. Nessa linha, Lôbo (2011, p. 25) faz severa crítica ao código civilista:

[...] o anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos.

Do mesmo pensamento compartilha Dias (2016), ao alegar que o Código Civil já nasceu obsoleto, pois, não reconheceu as formações familiares existentes desde sempre, sendo assim, um código antigo com um texto novo. Como não poderia deixar de acontecer, a autora também destaca os avanços trazidos pela legislação civil. Diante da nova estrutura jurídica e social, foram abandonadas expressões e preconceitos que causavam desconforto e discriminação, dentre elas a referência a homem e a mulher, a filiação, etc.

Merece menção, a exclusão da culpa e do instituto da separação, que se deu pela Emenda Constitucional 66/10, dando nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Apesar de a separação continuar presente no texto civil, sua aplicação não reflete a evolução social e legislativa. Com isso, almeja-se que todos busquem a felicidade, pois a sociedade mudou, o conceito de família mudou. O casamento não deve sacrificar o bem-estar do casal, a ruptura deste vínculo é dolorosa, mas, muitas vezes, necessária. Por isso, a perquirição da culpa não tem espaço no ordenamento jurídico atual, já que fere a privacidade do casal. (DIAS, 2016).

Conclui Spengler (2018, p. 27): “Consequentemente, a Constituição de 1988 foi um marco na evolução do Direito de Família, que, além de receber os entendimentos já pacificados pelos tribunais, trouxe outros, de cunho inovador; deixou também a porta aberta para que novos avanços pudessem ocorrer”.

Diante do exposto, a família evoluiu e transformou-se acompanhando as conquistas da

humanidade, já que este instituto não é estático, novos valores são inseridos distanciando-se da rigidez de um passado remoto. A família, enfim, se fortalece na medida em que tem seus elementos edificadores baseados nos anseios sociais. Logo, o ordenamento jurídico deve andar em harmonia com a realidade, por esta razão a necessidade em reconhecer os diferentes modelos de família.

2. AS FORMAÇÕES FAMILIARES

O aumento das ações de divórcio, a inserção das mulheres do mercado de trabalho, entre outras mudanças sociais, são fatores que contribuíram para as alterações no núcleo familiar, originando novos formatos de família. A Constituição Federal, atendendo a necessidade de proteção dos indivíduos, ampliou os direitos das mulheres, crianças e idosos, e também, reconheceu os novos arranjos familiares.

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. [...] Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. (VENOSA, 2013, p. 5-6).

Atualmente, a norma constitucional, em homenagem ao princípio do pluralismo das entidades familiares prevê os seguintes institutos: o casamento (artigo 226, §1º e §2º, CF), a união estável (artigo 226, §3º, CF) e a família monoparental (artigo 226, §4º, CF). Neste contexto, é imperioso mencionar as famílias oriundas dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, denominadas uniões homoafetivas. Este modelo foi inserido no ordenamento jurídico por meio de avanços jurisprudenciais quando o Supremo Tribunal de Justiça declarou, com caráter vinculante e eficácia erga omnes, sua existência jurídica. (DIAS, 2016).

O casamento por muitos anos foi caracterizado pela indissolubilidade, sob a influência religiosa, assim, somente se identificava a família se houvesse a celebração de tal ritual, a chamada família matrimonial, considerada a legítima. Sua função era a procriação, as relações afetivas aceitas nesta época, se justificavam para esse fim. Com isso, uma das possibilidades de anulação do casamento religioso, era a esterilidade de um dos cônjuges (DIAS, 2016).

Diferentemente, nos dias atuais, o amparo jurídico decorre dos laços afetivos que unem pessoas com propósitos em comum, sem considerar o sexo do par, sua cor ou sua condição

financeira, assim afirma Lôbo (2011, p. 29): “[...] a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva”. Isto ocorre porque, o casamento foi substituído pelo afeto, como expressamente traz o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, que considera família qualquer relação de afeto, haja vista a necessidade de amparar as uniões sem casamento (GAMA, 2008).

As mulheres conquistaram muitos direitos, como o surgimento de métodos contraceptivos, a possibilidade de romper o vínculo conjugal, a inserção no mercado de trabalho, política e economia. Com isso, puderam assumir outras responsabilidades, contribuir financeiramente para a manutenção do lar e participar das decisões familiares (MADALENO, 2001). Estes fatores contribuíram, juntamente, com o enfraquecimento da religião, para afastar a utopia da família idealizada e do casamento eterno (DIAS, 2016).

A união estável foi inserida no ordenamento jurídico pela Constituição Federal, porém, muitos casais viviam neste formato, por várias décadas sem respaldo legal. Explica Venosa (2013) que o legislador além de ser omissivo quanto à norma regulamentadora, também negava as consequências jurídicas destes vínculos, desta forma, o filho fruto desta união não podia, sequer, buscar o reconhecimento do genitor, se este fosse casado. Segundo Dias (2016), isso acarretava em prejuízos ao filho, o qual era punido pela conduta do pai, que à época era considerada como criminosa.

Para Madaleno (2001, p. 1):

[...] a Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu status e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação familiar existentes nesse imenso País e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas, as famílias naturais, assim chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável.

O doutrinador Venosa (2013) diferencia os termos união estável e concubinato analisando seus elementos constitutivos. Na união estável, os conviventes partilham o mesmo teto ou não, como se casados fossem. Já o concubinato se refere às uniões do passado, antes chamados de concubinato impuro ou adúltero. Por se tratar de uma expressão depreciativa, a antiga denominação concubinos, foi substituída por companheiros. No posicionamento de Dias (2016, p. 415), a diferenciação trazida pelo Código Civil não é pertinente, pois evidencia que “[...] a pretensão é deixar as uniões ‘espúrias’ fora de qualquer reconhecimento e alijadas de direitos. Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à invisibilidade e nega proteção jurídica às relações que desaprova”. Ainda observa a autora, que a norma civil que veio para regular este novo – juridicamente – modelo familiar acabou impondo as regras do casamento aos indivíduos que não optaram por ele.

O Código Civil, no artigo 1.723, reproduz os requisitos constitucionais para o reconhecimento da união estável, quais sejam: a convivência duradoura, pública e contínua de um

homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família. Tal artigo reforça que a família contemporânea é baseada no afeto, acolhendo a concepção eudemonista e afastando as exigências estatais e religiosas, prevalentes na família matrimonial, pois coloca como centro da relação, os indivíduos e não seu patrimônio. Lôbo (2011) conceitua esse fenômeno como repersonalização das relações civis¹.

Nesse trilhar, Dias (2016) ressalta que a união estável tem origem nas relações em que há vínculos afetivos. O envolvimento mútuo entre as pessoas passa a ser identificado socialmente e o relacionamento é visto como uma unidade. Logo, esta unidade carece de tutela jurídica enquanto entidade, visto que a sua universalidade produz efeitos tanto de ordem pessoal quanto patrimonial.

Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade o direito rotula a união de estável. (DIAS, 2016, p. 417).

A lei civilista ainda cuidou de estabelecer os deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Nota-se que este dispositivo, além de atribuir critérios subjetivos, responsabiliza os conviventes, de forma igualitária, com relação à prole e a si próprios. Quanto às questões de natureza patrimonial, é facultada aos conviventes a elaboração de contrato de convivência, no qual é possível escolher o regime de bens, ou aplicar-se-á, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens (VENOSA, 2013).

Ademais, a família deixou de ser sinônimo de casamento e filhos, pois, a ausência destes elementos não é mais essencial para a desconstituição como entidade familiar. Para Lôbo (2011, p. 173),

[...] por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.

Com efeito, além de garantir a proteção e elencar algumas das formações familiares, a Constituição Federal promoveu a equiparação destas, visto que tanto o casamento como a união estável são reconhecidos e encontram-se sob a égide estatal. No que diz respeito ao Código Civil, importante observação traz Dias (2016) quanto ao equivocado tratamento dado à união estável pelo legislador civilista, o qual configura evidente violação ao princípio da igualdade. Em que pese à equiparação constitucional, a união estável aparece ao final do capítulo do livro de direito das famílias, disciplinada em três artigos (art. 1723 a 1726 do CC), trazendo apenas a legislação já

1 Conforme Lôbo (2011, p. 18): “[...] repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito”.

existe, sob a justificativa de que o instituto foi constitucionalmente reconhecido durante a fase de elaboração do Código.

A norma constitucional também abrange o formato monoparental, formado por apenas um dos genitores e seus filhos. A exemplo da união estável, a família monoparental já existia em nossa sociedade. Dias (2016, p. 504) destaca a importância da proteção às famílias monoparentais observando sua fragilidade: “[...] as famílias monoparentais têm estrutura mais frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família”.

No entendimento de Lôbo (2011), a família monoparental é constituída por um dos genitores e seus filhos menores. Diversos fatores podem dar origem a esta formação, como a vontade ou desejo pessoal, o divórcio, a viuvez, a adoção de filho. Esta é a realidade de um terço das famílias brasileiras, em razão disto é indispensável à proteção estatal. As mulheres chefiam, na maioria dos casos, os lares monoparentais. Isso, por muito tempo foi associado ao fracasso da relação conjugal. Contudo, atualmente, é possível afirmar que este modelo familiar é uma escolha livre. (DIAS. 2016).

Oportuno esclarecer que o grupo formado por um membro que não seja parente, mas que detém a guarda de menores ou sendo os descendentes maiores, merece a mesma denominação. O elemento caracterizador “[...] é a **transgeracionalidade**, ou seja, haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais, sem que haja relacionamento de ordem sexual entre eles.” (DIAS, 2016, p. 497, grifos no original).

O modelo monoparental difere-se do modelo anaparental, quanto à hierarquia entre gerações, já que neste último, inexistente. É o caso da família composta por irmãos ou pessoas parentes ou não, desde que mantenham convivência como entidade familiar.

Analisado os três modelos constitucionais de entidades familiares, é imperioso abordar os demais modelos que ilustram a sociedade. Outrossim, mesmo não sendo lembradas pelo legislador, estas estruturas também logram de égide constitucional. Assim, será apresentado um breve conceito destes formatos de família.

A família parental ou anaparental é formada por parentes consanguíneos ou não, que habitam no mesmo lar, e se unem, por exemplo, somando esforços para adquirir patrimônio. Exemplifica Dias (2016, p. 242):

[...] a convivência sob o mesmo teto durante anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. [...] Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável.

Diante das transformações sociais, novas estruturas familiares se formam, nas quais os casais após a separação encontram novos companheiros. Então, passam a constituir um novo núcleo, o casal, os filhos do outro relacionamento e os filhos em comum. Esse arranjo familiar ainda

não possui uma denominação singular, por isso das diversas expressões – família multiparental, pluriparental, composta ou mosaico. Conforme Dias (2016, p. 243) são famílias que se formam por membros oriundos de relacionamentos anteriores, caracterizada pela: “[...] multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência [...]. É clássica expressão: os meus, os teus, os nossos”.

Da mesma maneira, as relações entre pessoas do mesmo sexo, por muitos anos, foram ignoradas pela sociedade e excluídas do ordenamento jurídico, como forma de não aceitar sua existência, contudo, a omissão legislativa não implica na inexistência de direitos. O termo homossexualismo perdeu o sufixo “ismo” que significa doença, e foi incorporado o sufixo “dade”, que se refere a modo de ser. Assim, a homossexualidade é uma orientação sexual, uma forma de viver. O reconhecimento destas uniões somente ocorreu, em 2011, no Poder Judiciário, quando finalmente, o Supremo Tribunal de Justiça, utilizando-se de princípios hermenêuticos, às reconheceu como entidades familiares, a exemplo do que já havia acontecido na justiça gaúcha, em 2001. (DIAS, 2016).

Ainda sobre o tema, acrescenta a autora, em homenagem aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, todos os cidadãos são tutelados pelo manto da juridicidade. (DIAS, 2016). A Constituição Federal ao elencar as entidades familiares não esgotou suas formas, pois se trata de cláusula geral de inclusão, isto significa dizer que não é permitir desconsiderar qualquer entidade que atenda aos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Neste viés, a proteção estatal deve se estender a todos e a todas as relações de afeto, sendo irrelevante a orientação sexual dos indivíduos. (LÔBO, 2011).

Assim, percebe-se que o núcleo familiar está em constante alteração, abandonando os antigos e rigorosos padrões sociais. Neste diapasão, merece cuidadosa análise o instituto da mediação, visto como meio adequado de tratamento de conflitos familiares, pois diante da complexidade destas interações, o bem a ser tutelado é o ser humano e suas relações.

3. MEDIACÃO DE CONFLITOS FAMILIARES E O DESAFIO DO TRATAMENTO ADEQUADO

A partir da análise dos diferentes formatos familiares, constata-se que a família é um sistema vivo, ou seja, assim como a sociedade, não é estática. Neste ambiente íntimo, pessoas com particularidades e desejos diferentes interagem diariamente, mesmo que afetivamente ligadas, suas relações podem gerar situações conflituosas. Estes conflitos possuem natureza específica e complexa, de maneira que o afeto é o principal elo entre seus membros. Logo, a família é constituída por pessoas, suas relações e seus conflitos. Neste contexto, se busca desenvolver a individualização de cada membro, bem como, o sentimento de pertinência. (CEZAR-FERREIRA, 2011).

A palavra conflito tem origem no antigo latim, sua raiz etimológica traduz a ideia de choque, contraposição de ideais, valores, armas. Desse modo, o conflito acontece quando forças dinâmicas reagem umas sobre as outras com hostilidade em razão de um objeto. No entendimento

de Morais e Spengler (2012, p. 45) o conflito “[...] consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito”.

Nada obstante, sob a ótica positiva, verifica-se a importância do conflito como meio de promover mudanças, sendo que tais divergências compõem uma interação intensa entre indivíduos, que refletem dentro e fora do grupo, como forma de manutenção da convivência social. Desta forma, é possível afirmar que o conflito possui aspectos tanto negativos como positivos, por isso, a necessidade de enfrentá-lo, não com o objetivo de eliminá-lo, mas, de oferecer o tratamento adequado. (SIMMEL, 1983). “Ciò sottolinea l’importanza dell’ambivalenza funzionale del conflitto e, analogamente, anche del Terzo. È possibile notare che il conflitto può, in base alle sue caratteristiche e a come viene gestito, può tanto dividere quanto unire un determinato gruppo sociale”. (SPENGLER; MARTINI, 2019, p. 33).

No mesmo sentido, Sales (2003, p. 57) entende “[...] o conflito como algo necessário para o reconhecimento dessas diferenças e para o encontro de novos caminhos que viabilizem uma boa administração das controvérsias”. Complementa Warat (2004, p. 61): os conflitos são “[...] uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença”.

O conflito transforma os indivíduos, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 54).

Quando o convívio conjugal se torna impossível, ocorre o rompimento do vínculo familiar, logo, um dos cônjuges ou ambos optam pelo divórcio ou pela dissolução da união estável. Farkas (2003) explica que esta ruptura desencadeia um período de luto, que serve como ritual de aceitação da nova situação. Segundo ela, tanto a pessoa que decide pela separação quanto à outra parte sofre com o afastamento. As mudanças mesmo que desejadas, representam novos desafios e expectativas, já para quem a separação é imposta, surgem o ressentimento, a rejeição e a angústia de não pertencer mais a uma unidade. A terapeuta esclarece “[...] é essa a condição do luto da separação. Bem feito, ele representa a possibilidade de superação. No sentido criativo, da perda, uma condição fundamental para quem quer recomeçar de fato a vida” (FARKAS, 2003, p. 367). Já Pereira (2003, p. 363) acrescenta a “[...] separação conjugal, que fará a passagem de um estado civil para outro, apesar do sofrimento, traz consigo o mesmo sentido do casamento, ou seja, as pessoas se casam para serem felizes, e separam, também, à procura da felicidade”.

Ocorre que, esta separação afeta, não só o casal, mas todos os membros do núcleo familiar, especialmente os filhos. É nesta fase que se exige a atenção dos pais a fim de tornar a crise conjugal menos traumática aos menores. Já que, mesmo separados, as atribuições de cada genitor permanecem, as responsabilidades e a hierarquia também. Nesta linha, Maldonado (2009,

p. 54) declara: “[...] quando um homem e uma mulher se separam, é o casamento que acaba, não a família. Com o término do casamento, a família transita para um outro tipo de organização (dois lares uniparentais, ou uma família de três gerações quando o homem e/ou mulher voltam a morar com os pais)”.

A complexidade dessas demandas sobrevém, pois, envolvem emoções, expectativas e mágoas. Estes sentimentos não surgem repentinamente, mas vêm se acumulando por falta de diálogo ou mal-entendidos, e gradativamente se intensificam. Diante da decisão pela separação, os filhos, salvo exceções, desenvolvem o sentimento de culpa pela desestruturação da família, o que potencializa os traumas decorrentes desta transformação no núcleo familiar. Assim sendo, quando a controvérsia ingressa no Poder Judiciário o que se busca não é a reaproximação do casal, mas uma conduta atenta e adequada para conduzir a separação de forma que não agrave os ressentimentos e possibilite o restabelecimento do diálogo, evitando que os conflitos gerem danos às partes mais frágeis da relação. Partindo desta perspectiva, as ações de litígios familiares necessitam de tratamento mais acolhedor, assentado na afetividade, no diálogo e na satisfação. (SPENGLER, 2018).

Por conseguinte, é salutar que tais demandas recebam tratamento adequado por meio de mecanismos consensuais que tratam não apenas o conflito ora exposto, mas também daqueles sentimentos oprimidos, que não encontram espaço e tempo no tradicional processo judicial. Visto que, tais conflitos não serão solucionados apenas com uma sentença judicial que declare ou constitua direitos, já que a origem do litígio se dá no seio familiar. (SPENGLER, 2018).

Segundo Cezar-Ferreira (2011, p. 57):

[...] a separação não envolve, tão somente, uma discussão quanto a direitos e deveres. Os efeitos psicoindividuais e psicossociais que a separação pode acarretar levam-nos a perceber que ela é mais que mero resultado de manifestação de vontade e/ou vontades. Os conflitos gerados na separação trazem questões de ordem emocional que aludem às relações entre o casal e entre pais e filhos, pois como se sabe, envolvem sentimentos afetivos, relacionais e psicológicos, antecedidos de sofrimento. Isso, sem dúvida, dificulta ao Judiciário no momento de elaboração de uma decisão que seja ao mesmo tempo satisfatória e eficaz aos interesses dos envolvidos.

Em consequência da complexidade das relações familiares e da necessidade de promover a harmonização entre aqueles que buscam o Judiciário para dirimir suas contendas, surge o instituto da mediação, método considerado o mais apropriado para a condução pacífica e acolhedora do conflito. “Por isso, não se pode perder de vista a importância dessa prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia superam-se qualitativa e quantitativamente.” (SPENGLER, 2018, p. 62).

O Estado, detentor da função jurisdicional, atua como fomentador e pacificador dos conflitos sociais. A implementação de políticas públicas de tratamento de conflitos não apenas torna o Judiciário mais moderno como também mais humanizado, pois se aproxima do indivíduo e

contribui para a construção de uma sociedade justa e igual. Nesta senda, o Direito enquanto uma ciência dinâmica deve se ajustar de acordo com os acontecimentos sociais, tendo em vista que seu eixo gravitacional não se limita à legislação, mas sim à própria sociedade. Por conseguinte, se a sociedade muda, a legislação deve ser adaptada (MUNIZ, 2006).

Na legislação brasileira, a política pública da mediação foi instituída pela Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Posteriormente, o Código de Processo Civil, alterado pela Lei 13/105/2015, propõe os meios consensuais como medidas voluntárias, com o fim de incentivar a adoção das práticas autocompositivas por todos os operadores do Direito. Já o marco legal da mediação se deu pela edição da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio adequado de tratamento de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A lei é composta por 48 artigos que orientam o procedimento de mediação judicial e extrajudicial.

As políticas públicas² de pacificação social são medidas que promovem a mudança no paradigma da cultura do litígio, minimizam a conflitualidade e ampliam o acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 12) “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Desta feita, os benefícios da mediação e conciliação perpassam o núcleo envolvido e suas relações, pois contribuem para o desenvolvimento e harmonização social.

A mediação é um procedimento voluntário, ou seja, as partes não são obrigadas a permanecer ou firmar acordo, o qual não julgam profícuo. Da mesma forma, não se pode olvidar que 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”. (MAFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p. 153). Neste procedimento, participarão os conflitantes e um terceiro imparcial, denominado mediador, ao qual incumbe promover o diálogo e auxiliar na elaboração de uma resposta satisfatória para os envolvidos.

Nesta conjuntura, a figura do mediador é essencial para a manutenção da paz, pois seu “[...] ruolo non è soltanto quello di ammortizzatore di impatti, antagonismi e tensioni, ma anche quello di essere un intermediario per la comunicazione” (SPENGLER; MARTINI, 2019, p. 32). Tendo em vista que o fim da mediação é a retomada da comunicação estremecida, “[...] o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas, ainda que não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido a mediação poderá ser considerada exitosa.” (SPENGLER, 2018, p. 65-66).

Assentado nos princípios da oralidade, informalidade, confidencialidade, autonomia das partes e imparcialidade do mediador; o procedimento mediado não segue um rito predefinido, ou seja, as etapas e técnicas são aplicadas considerando as peculiaridades do caso concreto. Com isso, o intuito é proporcionar às partes um ambiente seguro e acolhedor, para que estes se sintam

2 Sobre o tema é importante a leitura de SCHMIDT (2018).

confortáveis para expor seus dilemas e se tornem capazes de administrar suas relações. (MORAIS; SPENGLER, 2012).

A mediação é uma proposta transformativa, pois se desenvolve considerando o conflito, as pessoas e os sentimentos envolvidos. Desenvolvida num cenário democrático, centra-se na participação ativa das partes, estimulando o empoderamento, a consciência e a responsabilização. Desta forma, além de uma ferramenta de enfrentamento de conflitos, é uma importante medida educativa, que busca promover o lugar para o outro e a compreensão do outro a partir do autoconhecimento. “A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial, como um potencial construtivo. A vida como um dever conflitivo que tem que ser vitalmente gerenciado.” (WARAT, 2004, p. 62).

O exercício da empatia possibilita a ressignificação das relações interpessoais, bem como, desperta para o trocar de lentes, substituindo a visão autocentrada por uma visão compassiva. Para tanto, é imperioso “[...] admitir que há um vasto campo de opiniões contrárias que são simplificadas por meio do diálogo; e, sobretudo, reconhecer que cada sujeito compartilha emoções próprias - às vezes similares, às vezes não -, com suas razões e justificativas; e, conseqüentemente, aceitar o outro como sujeito de direitos”. Certamente, não é uma conduta de simples aplicação, mas uma condição primordial no tratamento consensual de conflitos. (STANGHERLIN; SPENGLER, 2018, p. 79).

Neste trilhar, a mudança de olhar diante das situações conflitivas acontece de forma ecológica (WARAT, 2004), pois a resposta alcançada por meio da vivência da mediação é construída a partir da realidade e da possibilidade das partes, e não como se dá no modelo tradicional de justiça, em que a resolução é produzida por meio de uma sentença prolatada por um terceiro distante do conflito.

No entender de Spengler (2018, p. 64) a mediação “[...] não é uma ciência e sim uma arte”. Em síntese, trata-se de uma medida educativa que propõe a transformação do cenário conflituoso, ao passo que afasta a adversidade e possibilita compreensão do outro, reconhecendo-o com alteridade. Com efeito, os benefícios deste meio consensual são imensuráveis, pois alcançam não apenas as famílias, mas também a comunidade como um todo. Deste modo, diante da diversidade e complexidade das relações familiares, a mediação revela seu potencial pacificador, na medida em que se mostra com um relevante instrumento na busca pela harmonização e pacificação social.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, as famílias vêm experimentando diversas mudanças, desde seu conceito até as atuais formações. Os núcleos que antes eram constituídos com a função de procriar e preservar o patrimônio já não existe mais. A família hodierna une-se através de laços afetivos, acolhendo a concepção eudemonista, baseado na igualdade, no afeto e no respeito entre seus membros.

Seguindo essa medida, considerando as mudanças na forma de constituir a família,

podemos afirmar que tão significativo quanto à valorização dos vínculos afetivos no ambiente familiar, foi a regulamentação da possibilidade de dissolver o vínculo marital. Inicialmente, foram previstos os institutos do desquite e da separação, com forte carga conservadora que determinava o cumprimento de alguns requisitos. Felizmente, diante de tantas transformações e evoluções, o Direito também evoluiu e o casamento passou a ser dissolvido pelo divórcio.

Cumprir destacar, que o divisor de águas da sociedade contemporânea foi a promulgação da Constituição Federal, em 1988. A Carta Magna, não só extinguiu a exigência de prazos que impediam a ruptura imediata do matrimônio, como também ampliou o conceito de família, reconhecendo as diferentes formações, todavia mesmo aquelas não previstas gozam de proteção constitucional. Ainda, igualou os direitos entre cônjuges e filhos, sejam aqueles que se uniram em matrimônio ou não, bem como os filhos oriundos destas relações ou não.

Verificou-se ainda, que os avanços sociais foram timidamente inseridos no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo e em alguns casos pelo Poder Judiciário, como podemos citar o reconhecimento das uniões homoafetivas. As diversas formações familiares encontram-se disciplinadas tanto na Constituição Federal, como no Código Civil e Código Processual Civil. Mesmo diante de tantas legislações que tratam especificamente dos direitos e garantias das famílias, o tema requer maior atenção devido ao cenário complexo, conflituosos e inclinado a constantes mudanças.

No tocante ao enfrentamento dos conflitos familiares, destaca-se o emprego das ferramentas consensuais, como a mediação, considerada o meio de tratamento mais adequado para dirimir as questões oriundas do ambiente familiar. Uma vez, que o método consensual oferece às partes um espaço de escuta e participação, o qual objetiva o restabelecimento da comunicação através de técnicas apropriadas para conduzir o procedimento de forma pacífica e promover um desfecho satisfatório.

Por fim, atendendo ao problema de pesquisa, constata-se que os efeitos da política pública da mediação vão além do tratamento do conflito instaurado. Tendo em vista que o foco do instituto são as pessoas e seus conflitos, a proposta da mediação não é extinguir os conflitos, mas que estes possam ser adequadamente administrados, a fim de preservar a comunicação. Especialmente, no núcleo familiar onde as demandas se desenvolvem em meio a sentimentos reprimidos, a mediação apresenta uma nova concepção de gestão de conflitos, na qual as divergências são vistas como oportunidades de manutenção pacífica das relações e de prevenção de futuros desentendimentos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Edição Bilíngue. Lisboa: VEGA, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Américas S.A./EDAMERIS, 1961.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 3. ed. São Paulo: Escala, 2009.
- FARKAS, Melanie. O luto de uma separação. In: GROENINGA, G. C.; PEREIRA, R. da C. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 365-370.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família Constituição e Constatação**. [2001?]. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=27>>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- MAFIO, Chanauana de Azevedo Canci; MARTINS, Vera Sirlei; COSTA, Valesca Brasil. A mediação como política pública de resolução de conflitos nas relações de consumo. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v.24, n.2, p. 149-169, jul. 2020. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/41020>>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- MALDONADO, Maria Tereza. **As mutações da família contemporânea: novas questões, novos problemas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed. rev. e ampl., 2012.
- MUNIZ, Tânia Lobo. Mediação - um instrumento de pacificação social: educar para a paz. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 243-270, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4134>>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. A família e os conflitos familiares – a mediação como alternativa. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59, fev. 2003. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bf0c0d36a5a3f240>>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez., 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>. Acesso em: 02 jhn. 2020.
- SIMMEL, George. **A natureza sociológica do conflito**, in Moraes Filho, Evaristo (org.). São

Paulo, Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, F. M. Spengler; MARTINI, Sandra Regina. Il terzo e la fraternità nella configurazione triadica del conflitto social. In: ANASTASIA, Stefano; GONNELLA, Patrizio. **I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta**. Roma: Roma Tre-Press, 2019. p. 27-36.

STANGHERLIN, Camila; SPENGLER, Fabiana Marion. A comunidade enquanto local propício ao exercício da empatia: políticas públicas para as soluções extrajudiciais de conflitos em âmbito comunitário. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, p. 74 - 87, nov. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/seer/index.php/iuris/article/view/30726>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

STRAUSS, L.; GOUGH, K.; SPIRO, M. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WERMUTH, M. Â. D.; ZEIFERT, A. P. B. O conflito como condição humana? Os limites da ação e as consequências para a convivência pacífica. **Revista Videre**, Dourados, MS, v. 11, n. 21, jan./jun. 2019. Disponível em: < <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/10186> >. Acesso em: 04 jan. 2020.

Como citar:SCHAEFER, Rafaela Peixoto. SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos: uma análise a partir da evolução histórica e legislativa das formações familiares. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 31-49, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p31. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 27/08/2020

Aprovado em: 14/10/2020

*Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Máster en Valoración, Potección y Gestión del Patrimonio Cultural pela Universidad de Vigo (UVIGO). Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialização em andamento em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Email: marcella.paiva1@gmail.com

**Doutorando em Água, Sostenibilidad y Desarrollo pela Universidad de Vigo (UVIGO). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Plínio Leite (UNIPLI). Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Email: gilvanluizhansen@id.uff.br

***Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Latino-Americano de Direito Social (IDS). Especialista em MBA em Gestão Empresarial em Tributação e Contábil pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialização profissionalizante em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Instituto Metodista Bennett (IMB). Email: jusfederal.brilhante@gmail.com

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO: ESTUDO SOBRE LEGITIMIDADE E INSTITUCIONALIZAÇÃO DA OPINIÃO E DA VONTADE

DEMOCRACY AND THE JUDICIAL BRANCH: A GLIMPSE OF LEGITIMACY AND THE INSTITUTIONALIZATION OF OPINION AND WILLINGNESS

Marcella da Costa Moreira de Paiva*
Gilvan Luiz Hansen**
Simone Brilhante de Mattos***

Como citar DE PAIVA, Marcella da Costa Moreira. HANSEN, Gilvan Luiz. DE MATTOS, Simone Brilhante. Democracia e poder judiciário: estudo sobre legitimidade e institucionalização da opinião e da vontade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 50-72, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p50. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O Poder Judiciário consiste no único poder estatal em que não há a participação da população na escolha de seus membros, sofrendo com um déficit democrático neste sentido. Adicionalmente, apresenta um sistema de controle pautado na própria instituição, seja o controle interno dos tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça, órgão de autonomia relativa de natureza administrativa. Tais sistema de fiscalização e supervisão implementados sofrem com entraves pelos próprios membros do Poder Judiciário. O poder em questão não apresenta mecanismos de controle social e de gestão participativa, os quais são essenciais para a implementação de uma democracia institucional. Ademais, o controle gera maior credibilidade para o sistema perito, permitindo a reprodução de sistemas abstratos. Diante de tal cenário, analisa-se o sistema de gestão e de controle do Poder Judiciário, a partir de uma perspectiva democrática habermasiana. Deste modo, utiliza-se o método indutivo e a metodologia bibliográfica, com o propósito de examinar os planos de gestão e a institucionalização da opinião e da vontade no âmbito do Judiciário.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Conselho Nacional de Justiça; Jürgen Habermas; democracia; gestão participativa.

Abstract: The Brazilian judicial branch is the only branch of government in which the people do not vote for its members. In this regard, it suffers a severe democratic deficit. Moreover, its control system pertains to the institution, namely from a courts internal controls and the Brazilian National Council of Justice, which is an administrative entity with relative autonomy. Furthermore, its current inspection and supervision system suffers obstacles because of current judiciary members. Additionally, it does not have mechanisms for social control and participatory management, which are essential for implementing an institutional democracy. Apart from that, better governance also generates better credibility for its expert system, allowing it to function properly. From a Habermasian democratic perspective, this study investigates the judiciary's management and control system. Finally, it uses the inductive method and the bibliographic methodology to examine management plans and the institutionalization of opinion and willingness within the Judiciary.

Keywords: Judicial Branch; Conselho Nacional de Justiça; Jürgen Habermas; democracy; participative management.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a democratização do Poder Judiciário reúne, de um lado, os favoráveis ao seu controle do Judiciário, com mudanças na função de gestão, financeira e orçamentária. E, de outro lado, há o discurso de resistência voltado para o temor de se abalar a independência dos poderes, consequentemente a autonomia do Judiciário. Tal discussão permaneceu presente e pode ser verificado pelas constantes ações de controle de constitucionalidade, principalmente relativas ao questionamento da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Neste sentido, existem, no Poder Judiciário, resistências e tensões próprias de um sistema perito, dotado de conhecimento específico, e que irradiam seus efeitos na gestão pública do Poder Judiciário, através das resoluções internas do CNJ, e do acesso às informações ao cidadão. No Brasil, há a adoção do regime democrático e não se poder olvidar desta questão na análise modelo de gestão e de controle ao tratar do Poder Judiciário, ainda mais considerando que os seus membros não são escolhidos pela população. Este fato demanda a implementação de mecanismos democráticos.

Diante disto, deve, inicialmente, analisar o que se entende por democracia, a partir das contribuições de Jürgen Habermas. O modelo de democracia deliberativa não se limita meramente ao direito de voto, sendo necessário a participação mais direta e criticamente na atuação das instituições públicas. Ainda neste caminho, a análise do sistema do Judiciário, como sistema perito exposto por Anthony Giddens complementa o referencial teórico, mediante o qual esclarece com propriedade as relações sociais na modernidade; e como a estrutura do Judiciário compõe os sistemas abstratos entendidos como sistema perito possuindo corpo técnico ou especialistas com competência profissional.

Posteriormente, passa-se a examinar o Conselho Nacional de Justiça, criado para trazer democratização ao Poder Judiciário, e os planos estratégicos do CNJ, STJ e TRT-RJ, à luz do referencial teórico. Com isto, tem-se como objetivo analisar tais planos e o CNJ como órgão de controle do poder em questão, frente à democracia de espaço da opinião e da vontade do cidadão. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo e a pesquisa bibliográfica como procedimento técnico, partindo do exame doutrinário e normativo.

1. DEMOCRACIA, GESTÃO PARTICIPAÇÃO E INSTITUCIONALIZAÇÃO DA FORMAÇÃO DA OPINIÃO E DA VONTADE

Parte-se da premissa que democracia consiste em um termo que recebe variadas acepções, principalmente, a depender do sistema e do modelo considerado. De forma geral, consiste no governo pautado na soberania popular, na participação do povo em determinado grau nas decisões tomadas pelo Estado. Neste passo, cumpre analisar o ponto em questão, sopesando-o nas formas de gestão da administração pública e nas possibilidades de institucionalização de mecanismos de engajamento popular na atividade estatal; destacando a teoria habermasiana e o entendimento

de uma política dialógica, como modelo de democracia deliberativa, baseada nas condições comunicacionais estabelecidas entre instituições públicas e concernidos.

1.1. Democracia e confiança na atividade estatal

O conceito de democracia, independentemente de adoção de modelo liberal ou republicano, implica participação da população e soberania popular, podendo ambos variar na forma e na gradação dentro do formato escolhido (BOBBIO, 1986, p. 18; CANOTILHO, 1998, p. 289). Como será visto no terceiro subtópico, o modelo pode, inclusive, modificar o modo de comunicação do Estado com os cidadãos.

Feitas as considerações gerais, deve-se diferenciar os modelos liberal e republicano e apresentar a alternativa trazida por Jürgen Habermas para ampliar a participação da população, o modelo deliberativo.

O primeiro mencionado tem base no liberalismo, no qual se pretende a limitação da atuação do Estado sobre a vida privada e do governo, a partir do ordenamento jurídico, e a garantia de liberdades individuais. O modelo liberal busca conciliar a sociedade, o mercado e o Estado, de modo a alcançar a consecução dos interesses sociais (HABERMAS, 2002).

República, por seu turno, tem base na Grécia e na Roma Antiga, advindo da expressão latina *res publica*, que significa coisa do povo. Desta forma, o poder político no modelo em questão pertence ao povo (COMPARATO, 2004). O modelo republicano estruturado no espaço público com eixos comunicacionais estabelecidos com a sociedade; que se organiza legitimando o Estado (HABERMAS, 2020).

Aqui, propõe-se a adoção de um modelo de caráter procedimental, a democracia deliberativa, ao passo que viabiliza a participação da população em diversas esferas do processo administrativo no Estado, a partir da criação de mecanismos de opinião e vontade. A aplicação possui ainda maior relevância quando se refere a órgão, entidade ou poder estatal em que não há participação social na escolha de seus membros, como é o caso do Poder Judiciário.

O modelo proposto por Habermas busca institucionalizar a participação da sociedade nas decisões tomadas pelo estado, de forma a viabilizar que os concernidos avaliem os atos governamentais, seus efeitos e consequências. Neste passo, depende da criação de espaços de esfera pública da opinião e de vontade para desenvolvimento de um discurso, pautado na racionalidade comunicativa (HABERMAS, 2002). Para a formação destes espaços, é essencial o respeito aos pressupostos discursivos e democráticos, bem como a estruturação dos meios para tanto.

Diante destas questões, o poder público deve facilitar o controle e a participação do povo na atividade estatal para seguir com legitimidade e com confiabilidade. O sistema estatal é formado por diversos subsistemas, que possuem uma lógica própria, como a do Poder Judiciário, veiculador da democracia.

Neste sentido, indaga-se a existência de um déficit entre direito subjetivo e público, diante da estrutura burocrática/administrativa do Poder Judiciário. Sua estrutura é delineada tanto por

sistemas, como por subsistemas que são formados por pessoas dotadas de conhecimento técnico e competência por si próprio, sendo um *sistema perito*, necessitando e dependendo da confiança, à luz dos ensinamentos de Anthony Giddens. Isto é, o poder estatal em questão necessita da capacidade de se acreditar, de ter fé em alguém ou em algum princípio (GIDDENS, 1991, p. 37).

Neste segmento, a confiança somente pode ser adquirida pelo Poder Judiciário, como um sistema perito, pela realização das expectativas dos jurisdicionados durante sua atuação nas funções típicas e atípicas. Os seus atores, magistrados, servidores, e demais técnicos, representam o poder em suas relações e são essenciais mecanismos de salvaguarda do exercício da função com base em sua competência profissional (GIDDENS, 1991, pp. 97-98). O estabelecimento de uma dependência dos mecanismos citados com a questão de se conquistar a confiança do cidadão nos sistemas abstratos é vislumbrado na análise da relação comunicacional do Judiciário, seja através do seu portal da transparência, seja no âmbito do controle.

Por conseguinte, imperiosa a institucionalização dos meios de formação discursiva da opinião e da vontade para o estabelecimento de uma democracia com efetiva participação dos concernidos, bem como a legitimidade e confiança na administração pública, baseada na possibilidade da ação comunicativa. Deste modo, há a necessidade de transparência, pautada na responsabilidade, e controle da atuação das instituições públicas. Os elementos citados possibilitam que a população tenha conhecimento da atividade estatal, o que permite sua informação, fiscalização e participação nos debates travados entre sistema e mundo da vida. Tais aspectos implicam a adoção de uma plataforma de estratégia de gestão administrativa por parte da administração pública.

1.2. Gestão estratégica versus gestão participativa

A gestão das organizações contemporâneas, especialmente no serviço público brasileiro, ainda se encontra estruturada na concepção clássica das escolas como a de Taylor, Ford e Fayol. Tais escolas possuem fundamento na perspectiva liberal e voltam-se para eficiência e redução de custos no desempenho da atividade, seja esta empresarial ou estatal. A adoção de modelos de caráter mercadológico pelas instituições, de forma geral, tem como pano de fundo a colonização do mundo da vida pelos sistemas, o que resulta na dominação da razão voltada para os fins estabelecidos nestas organizações.

A necessidade de otimizar a estrutura organizacional para que venha funcionar com mais eficiência continuam a ser o objetivo da gestão estratégica e, por isso, precisa contar com as pessoas que lá atuam. Ademais, cumpre destacar que os modelos de gestão estratégica chegaram ao esgotamento na década de 1970, com o aparecimento das formas de gestão social e participativa, tanto no âmbito das entidades privadas quanto na administração pública (RAMOS, 1984, p. 181).

O Brasil e suas instituições públicas seguem tal tendência. O Estado brasileiro vem sofrendo, desde a década de 1990, sucessivas reformas, de amplitude constitucional e normativa, direcionadas para a diminuição da estrutura estatal e o aumento da eficiência, sendo o processo denominado de reforma gerencial (BRESSER-PEREIRA, 2000). Com isso, buscou-se a modificação

da própria gestão do Estado, com intuito de trazer melhoria na qualidade da prestação de serviços estatais e viés democrático (BRESSER-PEREIRA, 2000). Contudo, o modelo de Bresser-Pereira que visava afastar o neoliberalismo tem gradativamente se aproximado do caráter neoliberal.

Neste contexto, a gestão estratégica que foi adotada como modelo de planejamento do Conselho Nacional de Justiça e utilizada em toda estrutura sistêmica do Poder Judiciário possui como característica a não diferenciação do modelo de gestão tradicional de competência técnica e eficiência, estabelecendo uma relação hierárquica e autoritária no qual o poder público se impõe à sociedade que deveria servir, o que no entendimento de Fernando Tenório:

Apesar desta caracterização dos modelos fundamentados na análise de sistemas não configurar uma realidade, ainda assim ela assinala certas tendências orientadas para interesses técnicos, antes que sociais. Assim, vista dessa perspectiva, a tecnocracia é um fenômeno elitista que resulta da projeção da racionalidade instrumental sobre a gestão do Estado e/ou organização sob a epistemologia da teoria tradicional. Por se utilizar da ação gerencial do tipo monológica, ela é autoritária, na medida em que substitui a ideia de associação de indivíduos livres e iguais pela ideia de uma sociedade isenta de sujeitos. Na gestão estatal, a tecnoburocracia toma-se antidemocrática, quando não valoriza o exercício da cidadania nos processos das políticas públicas e, na gestão empresarial, quando não estimula a participação do trabalhador no processo decisório do sistema-empresa (TENÓRIO, 1998, p. 14-15).

Logo, a gestão estratégica implementada nestes moldes possui uma visão objetivante, ao considerar, o outro, fora de suas relações como se “adversário” fosse. Sendo assim, nas sociedades contemporâneas o quantitativo supera o qualitativo, herança dos sistemas típicos do taylorismo-fordismo, onde a ação administrativa é utilitarista, fundada em cálculos de meios e fins, onde a estrutura é baseada na autoridade formal. Neste tipo de sistema, a organização determina regras de funcionamento e o Estado se impõe sobre a sociedade. É uma combinação de competência técnica e atribuição hierárquica, o que produz a essência do comportamento tecnocrático, no qual a hegemonia do poder técnico ou tecnoburocrático se manifesta tanto no setor público, quanto no privado.

Em algumas situações, observam-se chefias que encaram aqueles que estão “sob suas ordens” (subordinados) – portanto, em assimetria funcional – como seres cujo status enquanto humanos é também assimétrico. Tal atitude, de caráter objetivante, afasta do ambiente institucional a simetria contida na relação $EU \leftrightarrow TU$, reduzindo o outro à condição assimétrica de terceira pessoa (ele ou isso), de coisa, cujo significado está restrito à mera utilidade e que não vislumbra a ideia de dignidade da pessoa humana (HANSEN, 2015, p. 60).

A gestão participativa viabiliza uma análise diferenciada, sob enfoques distintos, podendo ser político, técnico e econômico, dentre outros campos, realizando o princípio democrático. Mediante o modelo de gestão em questão, a administração da instituição considera o aspecto humano, interno e externo, considerando a opinião e a vontade dos envolvidos, em consonância

com a democracia e com a dignidade da pessoa humana (RAMOS, 1984).

Portanto, pensar em diversas perspectivas de gestão nas instituições públicas implica romper com as antigas formas de visão das soluções no campo da gestão estratégica. Busca-se uma forma de democracia compartilhada entre o Estado e a sociedade. Assim, em se tratando de gestão estratégica, as mudanças e os desafios precisam estar alinhados aos desafios requeridos pelo estado democrático de direito, e este é mais um grande desafio do Poder Judiciário.

Tenório (1998, p. 16) parte da observação das relações na sociedade, especialmente dos fenômenos políticos, sociais e econômicos, considerando que o protagonista desta relação deva ser o cidadão como participante e legitimador da democracia. Este é o sujeito privilegiado como interlocutor daquilo que interessa na sociedade e nas demandas do Estado-administração.

Nesta conjuntura uma conceituação de intercomunicação entre poder público e cidadão pode ser analisada na obra *A inclusão do outro*, Habermas (2002), onde apresenta duas concepções de democracia, a liberal e a republicana, pontuando elementos negativos e positivos, onde a proposta um modelo de democracia participativa, através da intersubjetividade e entendimento mútuo entre os cidadãos. Portanto, o cidadão é o sujeito privilegiado da vocalização daquilo que interessa às questões entre sociedade e administração pública.

O mesmo autor destaca a ação comunicativa, conforme explicitada em sua teoria que, sem perder de vista o progresso técnico-científico, engendra uma gestão participativa diferenciada da estratégica, baseada na comunicação que não está baseada em relação monológica e autoritária, mas sim pelo gerenciamento dialógico e participativo, utilizando-se como procedimento o agir comunicativo e o entendimento mútuo (TENÓRIO, 1998, p. 12-13).

Ressalta-se que o Poder Judiciário possui um déficit democrático pela ausência de mecanismos procedimentais de participação da população na escolha dos seus, diferentemente do que ocorre nos Poderes Executivo e Legislativo. Deste modo, cumpre viabilizar meios para trazer maior transparência na sua atuação e para implementar a participação popular, em prol de um poder democrático.

1.3. Legitimidade e institucionalização da opinião e da vontade

Ao discorrer sobre uma acepção mais geral sobre legitimidade, Goyard-Fabre (2002, p. 274) afirma que ela se constitui na proteção contra o capricho e/ou a anarquia, e contra a arbitrariedade ou a insensatez. O direito político moderno deve suprir a necessidade do cidadão em segurança, confiança e coerência, haja vista que a legitimidade deve possibilitar, na esfera da ação cotidiana, a seriedade e a credibilidade, pois a pretensão legítima é aceitável e, assim, “a legitimidade traz em si a marca do justo. É, portanto, acompanhada de autoridade” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 298).

A pensadora destaca que vivemos em crise de legitimidade e acrescenta que, segundo Habermas, esta crise está voltada para a preocupação democrática e a coesão da sociedade. Se a confiança se instaura nos pontos de referência e eficácia procurados pelas massas sociais, ela torna

possível o acatamento e a obediência daqueles que são governados. Por isso, o mundo jurídico-político é indicador de precariedades e de vulnerabilidades, constituindo-se de expectativas mais numerosas, exigentes e contraditórias das populações.

Ainda salienta, “que a legitimação não poderia se fechar no ‘círculo mágico’ descrito por Weber” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 298). Mostra que a aceitação e o consenso pretendido pelo Estado estão longe de supor somente a racionalidade da ordem jurídico-política. Isto porque a legitimidade constitucional, ligada à noção de validade do sistema, só possui sentido em relação à estrutura legal do ordenamento jurídico do Estado. Mas isto tem analogia com a legitimidade formal e não substancial, como uma grandeza puramente racional, que é distante dos fins e valores do direito político (GOYARD-FABRE, 2002, p. 298).

Por sua vez, Habermas (2012, p. 484) nesse sentido, irá conceituar legitimidade como a capacidade de ser reconhecido um ordenamento político, e a pretensão de legitimidade se conecta com a integração social da sociedade através da identidade normativa, mas de legitimidade não está na legalidade, pois a concepção habermasiana de legitimidade se encontra conectada ao princípio da cidadania, da soberania popular, como sendo uma aceitação e consentimento através de uma ação comunicativa.

Sobre legitimação Habermas (2012, p.224) esclarece que:

As legitimações servem para satisfazer essa pretensão, ou seja, para mostrar como e por que instituições existentes (ou propostas) estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos da identidade de uma sociedade. O fato de que as legitimações convençam ou mereçam a crença depende certamente de motivos empíricos; mas esses motivos não se formam de modo autônomo com relação a força de justificação, a ser formalmente analisada, que é própria das legitimações, ou, como se pode dizer – do potencial de legitimação ou dos motivos que possam ser mobilizados. [...] Por ‘níveis de justificação’, desse modo, entendo as condições formais de aceitabilidade dos fundamentos, que conferem eficácia às legitimações; em suma, que lhes conferem a força de obter consenso e de formar motivos.

Existe uma força ilocucionária de quem fala para motivar o ouvinte a aceitar seu ato de fala. Os sujeitos aptos a falar e a agir, ao se entenderem mutuamente, podem estabelecer uma comunicação entre sistema de mundos que se supõe compartilhada.

Em continuidade, a ação comunicativa aqui entendida como a ação voltada para os sujeitos capazes de linguagem, que desejam estabelecer uma comunicação buscando entender sobre uma situação; e coordenar, de comum acordo, seus planos de ação. Em conformidade com Tenório (1998, p.16), quando explana sobre os dois modelos de “gestão social” e “gestão estratégica” salienta que este modelo adota a tecnocracia utilizada na administração pública e voltada para uma racionalidade instrumental com características autoritárias e ação comunicativa monológica. Entretanto, a gestão social pode ser orientada pela racionalidade comunicativa, com seus atores estabelecendo procedimentos voltados para o consenso.

Esta questão requer que haja a inserção de mecanismos de permitir a participação e o

controle da população em geral, viabilizando o exercício da democracia nas instituições. A realização do princípio em questão se faz essencial em um Estado que adere o regime democrático e que o faz de forma expressa na Constituição Federal. Ademais, deve-se ressaltar que a implementação de uma modelo de gestão social de caráter participativo deve ocorrer em todas as esferas do Estado, em especial no Poder Judiciário, único poder estatal que a população não participa da escolha de seus membros.

2. PLANO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA DO JUDICIÁRIO, TRANSPARÊNCIA E CONTROLE

Frente ao referencial teórico explicitado, nota-se que a democracia infere a institucionalização de meios de participação, de opinião e vontade, da população nas atividades da administração pública. Isto resulta a necessidade de adoção de um modelo de gestão social com efetiva viabilização destas questões.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, *caput*, enuncia que a República Brasileira é um estado democrático de direito, o que reitera a necessidade de participação popular na administração pública brasileira. Destarte, não basta que o Estado seja limitado e atue conforme o direito. Demanda a necessidade de garantia e a consecução da democracia e dos direitos fundamentais. Como visto anteriormente, a democracia se baseia na participação do povo nas decisões políticas e administrativas e no controle do Estado (CANOTILHO, 1998).

Comparato (2004) assevera que tal participação se dá também pelo controle, que deve ser horizontal e vertical. O primeiro é feito pelos próprios entes públicos e seus órgãos, vinculado ao princípio da separação de poderes (COMPARATO, 2004). Insere-se aqui os controles interno e externo, conforme uma das classificações feitas pela doutrina administrativista. O vertical, por sua vez, está fundado na soberania popular, sendo essencial que haja um órgão de representação popular e o controle da atuação do Poder Judiciário. Para implementá-los, requer-se publicidade dos atos administrativos *lato sensu* e transparência.

O controle social consiste, desta forma, em um mecanismo de participação democrática da população na atuação do Estado, que, com meios de implementação de locais de opinião e vontade, pode gerar legitimidade e credibilidade. Com isto, a publicidade e a transparência possibilitam o controle pela sociedade civil e são instrumentos em que geram confiabilidade, a qual viabiliza a legitimidade do Estado e de seus órgãos na modernidade. O Poder Judiciário, por meio de sua função típica – a atividade jurisdicional, consiste em um dos instrumentos de controle horizontal externo e ainda social. No primeiro caso, ocorre quando atua fiscalizando e controlando atos dos demais poderes e, no segundo, se dá pelos remédios constitucionais, especialmente, pela ação popular.

Em sua atuação, sofre controle externo dos tribunais de contas e do Poder Legislativo, em conformidade com os arts. 70 e 74, da Constituição Federal. O controle interno se dá, na atividade jurisdicional, pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores. Não há, no entanto, nenhuma previsão específica quanto a mecanismos de controle social do próprio Poder

Judiciário, se mantendo o déficit democrático do desse poder estatal.

A atividade administrativa do Poder Judiciário foi regulamentada no art. 99 da Constituição Federal, não podendo ser interpretada apenas como um princípio da legalidade administrativa. Devem ser aplicados os demais princípios constitucionais e legais da administração pública, assim como os princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil. Com tal dispositivo, fica consagrada a autonomia administrativa, financeira e orçamentário do Poder Judiciário, a espelho do previsto para os demais poderes, sem ingerência externa. Contudo, isto não exclui os controles interno, externo e social e tampouco à necessidade de publicidade, transparência e *accountability*, essenciais para a democratização do Poder Judiciário e para a realização de uma gestão participativa.

Neste diapasão, Slaibi Filho (2016, p. 137) explica que:

Evidentemente, a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, assim como as autonomias do Ministério Público e de alguns outros entes essenciais à Justiça, não pode ser interpretada sectariamente de forma a excluir o dever jurídico de seus membros e servidores de cumprir os princípios administrativos que são aplicáveis aos demais poderes em todos os níveis federativos, como se vê no art. 37, *caput*, da Lei Maior. Frise-se que ter autonomia significa gerir-se pelas normas aplicáveis, não o desapego à ordem constitucional e legal. Ressalte-se que as funções administrativas do Poder Judiciário não constituem o seu objeto de atuação ou atividade-fim – que é a prestação jurisdicional –, mas mero instrumento de realização desta atividade, de nítido conteúdo político, exercido por membros do Poder e que não pode se limitar pela função secundária.

Isto é, o desempenho da atividade administrativa pelo Poder Judiciário consiste em uma atípica, secundária, sendo justificada e se pautando como instrumento para a realização da atividade jurisdicional. Durante tal atuação, o poder mencionado deve cumprir com os princípios administrativos, em especial, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, assim como com o princípio democrático. Portanto, deve possuir mecanismos para possibilitar o controle e a participação popular.

Entretanto, o Poder Judiciário não possuía até 2004 um órgão independente voltado para o controle desta atividade de gestão, havendo apenas as auditorias internas e as corregedoras-gerais dos tribunais. Quanto às corregedorias, realizam o controle interno disciplinar dos membros do tribunal, mas, na prática, somente se atém à fiscalização da atuação dos juízes de primeira instância (DALLARI, 2008, p. 47).

Neste contexto, cumpre recordar que o processo de reforma do Poder Judiciário, ainda durante o ano 2000, foi arcado por resistências e apoio à possibilidade de um controle ao Poder Judiciário. Frente a reforma gerencial do Estado brasileiro, era necessário a modificação do poder em questão para atender as noções de eficiência e de democracia, resultando na Emenda Constitucional n. 45 de 2004, denominada de Emenda Constitucional de Reforma do Poder Judiciário.

A EC trouxe previsão do princípio da celeridade processual e razoável duração do processo para os processos administrativo e judicial (Art. 5º, LXXVIII, da CRFB); da aferição

de desempenho dos magistrados na decisão sobre promoção (art. 93, II, d, e); da publicidade nos julgamentos (art. 93, IX); de novas vedações para magistrados (art. 95, parágrafo único, IV); a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B), dentre outros. A reforma e a criação do CNJ se pautam na necessidade de maior eficácia na atuação do Poder Judiciário e nos anseios de redução de abuso do poder dos seus atores (FLURH, 2011, p. 242; MALUF, 2013).

O CNJ, nesta direção, foi inserido pela EC 45/2004 na própria estrutura do Poder Judiciário, como órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, parágrafo 4º) para trazer *accountability* e executar poder correccional (SADEK, 2001; p. 47; CARVALHO FILHO, 2010, pp. 16-17).

Dentre as suas competências, está o julgamento de processos administrativos disciplinares contra magistrados e a elaboração do Plano Estratégico Nacional do Judiciário. A própria nomenclatura escolhida para o plano de gestão indica que é voltado para a eficiência, se referindo à gestão estratégica, de cunho liberal e em declínio desde os anos 1970. Consequentemente, pode-se inicialmente depreender que consiste em um sistema de gestão de caráter objetivante e instrumental, que não é compatível com o regime democrático.

Neste encadeamento, o Plano Estratégico Nacional do Judiciário será analisado, à luz da fundamentação teórica, com intuito de verificar se aproxima-se de uma gestão participativa e se efetivamente aplica a perspectiva de democratização presente na criação do Conselho Nacional de Justiça.

A Resolução n. 198 de 2014 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário. A normativa apresenta procedimentos a partir de uma visão integrada, alinhada a objetivos, indicadores e metas para que as unidades organizacionais possam planejar suas iniciativas de maneira coordenada (art. 1º), os quais deverão estar presentes nos planos.

Visa-se ao planejamento do futuro de forma orgânica, como um conjunto coerente e bem estruturado, considerando as alterações no macroambiente onde se englobam os elementos políticos, econômicos, legais, tecnológicos, sociais e culturais. Logo, ao se delinear o planejamento estratégico, deve-se considerar as necessidades e os interesses entendidos como provenientes das demandas da sociedade, onde também se encontram claramente definidos valores, missão e visão do futuro. Contudo, se baseia fortemente na definição de metas e de avaliação de resultados

A partir destas demandas estruturais, se verificam alguns aspectos internos: pessoas, procedimentos, estruturas de poder, recursos materiais e orçamento; adotando também uma postura crítica aos seus projetos e formas de trabalho. Um dos objetivos principais, entre outros, é a adoção de encarar os desafios internos e externos, enfrentando seus pontos fracos e valorizando seus pontos fortes. O planejamento estratégico procura também definir mudanças significativas que, em médio e longo prazo, melhorem o serviço oferecido aos usuários, sendo ferramenta indispensável à gestão, portanto legalmente previsto em diversas normas.

Percebe-se que o Conselho Nacional de Justiça, mais bem analisado no próximo subtópico, através do seu Plano Estratégico Nacional passou a levar em conta valores que antes não eram

explicitados mediante objetivos a serem considerados como diretrizes pelo Poder Judiciário. A propósito, foram editadas várias resoluções trazendo como atributos de valor para o Judiciário a transparência, a responsabilidade social e a ética, entre outros atributos a serem seguidos pelo sistema interno dos tribunais de todo Brasil. É inegável que, com a inserção de novos valores, mudanças estão aparecendo nas organizações ligadas à atividade judiciária.

O destaque da atuação do Conselho é relevante, pois ele vem propiciando, em que pese as resistências internas que ecoam na estrutura do Judiciário, a concretização da democratização do Judiciário, através da regulamentação de procedimentos transparentes. Pode-se destacar, para melhor ilustrar a análise do tema, algumas resoluções instituídas:

Resolução nº 70, que criou o Plano Estratégico Nacional do Poder Judiciário;
Resolução nº 128, resultante da necessidade vivenciada pelo Judiciário de resgatar a confiança e a credibilidade da sociedade, através da implementação e promoção de atributos de valor para a sociedade como a credibilidade, celeridade, modernidade, acessibilidade imparcialidade, transparência, controle social, ética, probidade, responsabilidade socioambiental;
Resolução nº 102, que orienta os tribunais para a divulgação na internet de informações as remunerações de magistrados e servidores. A Resolução determina que os tribunais tornem públicos todos os seus gastos, inclusive despesas com passagens, diárias, contratação de serviços e obras;
Para garantir e ratificar esta preocupação, o CNJ publicou a Resolução nº 151, que determinou a divulgação nominal da remuneração dos membros e servidores do Judiciário, apresentando-se através de dados a folha de pagamento;
Resolução nº 198/2014 do CNJ consolida a transparência trazida como valor a permear o sistema do Judiciário, no sentido de promover a relação participativa do cidadão através da Gestão Estratégica do Judiciário;
Resolução nº 308 de 11/03/2020 dispõe sobre a organização das atividades de auditoria interna do Poder Judiciário, sob a forma de sistema, e cria a Comissão Permanente de Auditoria, exercendo a competência do Conselho Nacional de Justiça para o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

Por meio das medidas em questão, busca-se a aproximação do Poder Judiciário com os jurisdicionados e a ampliação dos mecanismos de controle e de fiscalização da atuação do poder em questão. Nota-se a preocupação com a transparência e com a *accountability*, os quais, como visto anteriormente, são condições de possibilidade para o controle social e para a efetivação da democracia na administração pública.

Atualmente, no transcurso de mais de 10 anos de sua criação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo por base a regulamentação trazida pelo art. 103-B da Constituição Federal, exerce a função de controle externo, com competência constitucional para propor aperfeiçoamento administrativo na política e gestão do Judiciário, bem como fiscalizador do cumprimento e deveres funcionais dos magistrados. Entretanto, os desafios para promover as mudanças são constantes, e o CNJ, ao exercer o controle do Poder Judiciário, vem enfrentando forte resistência ao longo de seus anos de existência.

Uma das atribuições mais visíveis do CNJ é a democratização do Judiciário, levando-se

em consideração que foi um dos fortes motivos de sua criação. Neste sentido, têm sido grandes as reações e resistências, com inúmeras demandas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Embora não se pretenda citar todas as demandas neste trabalho, para exemplificação vale destacar os seguintes julgados que demonstram os contornos que envolvem o controle do Poder Judiciário:

A ADIN 3.367/2005¹ foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) contra a criação do CNJ, sob a arguição de que: 1) ofensa aos princípios da separação e independência dos poderes da República; 2) ofensa ao pacto federativo. A maioria dos membros do STF julgou a aludida ação totalmente improcedente (Franco). O entendimento dos ministros do STF foi pela improcedência daquela ação, entendendo-se que tanto a indicação pelo Legislativo, quanto a composição do Conselho por membros do Ministério Público e da Advocacia não fere a Constituição Federal;

A ADI 4.485/2007 ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) alegando a inconstitucionalidade da Res. 70 de 2007 pela ausência de competência do CNJ para dispor sobre processo administrativo disciplinar aplicável aos magistrados. A ação foi prejudicada pela revogação da resolução pela Res. 135 de 2011 do CNJ (STJ, AD I4485/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicada em 09/03/2012).

Em 2011, outra ADI foi julgada pelo STF, agora a de nº 4.638/2011, que questionava a Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça que regulamentou os procedimentos administrativos disciplinares da magistratura nacional. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) questionou sobre a incompetência normativa do CNJ para editar resoluções aplicáveis a toda a magistratura nacional. O STF decidiu que o Conselho é órgão nacional, que seus julgamentos devem ser transparentes e a possibilidade de edição de normas pelo CNJ deve vincular os Tribunais.

A última ação direta de inconstitucionalidade é considerada a mais relevante para a história do CNJ, sendo o momento de confirmação da constitucionalidade da competência normativa do órgão (MELO, HERCULANO, MONTENEGRO, 2020).

Diante do cenário, verifica-se os desafios do Conselho Nacional de Justiça e do Poder Judiciário na aproximação da gestão e do controle daqueles imprescindíveis em um regime democrático. Nota-se que há um avanço no sentido de trazer maior transparência, informação, fiscalização e responsabilidade para atuação na atividade administrativa atípica do poder, o que viabiliza o controle social e a participação da população.

Todavia, não há, ao menos, nas resoluções do CNJ e legislações infraconstitucionais disposições no sentido de efetivar a participação ou de criar algum órgão de representação popular no Poder Judiciário. Portanto, não se constata a estruturação de mecanismos de formação discursiva de opinião e de vontade no Poder Judiciário.

1 Relator Ministro Cezar Peluso.

3. ANÁLISE DO PLANO ESTRATÉGICO NACIONAL DO JUDICIÁRIO E DOS PLANOS DO STJ E TRT-RJ

À luz do mencionado anteriormente, a democracia não se limita ao direito de voto e de ser votado (capacidade eleitoral ativa e passiva), depende um amplo engajamento da sociedade civil na atividade estatal, seja mediante a participação nas decisões ou pelo controle social.

O Estado brasileiro deve implementar um modelo de democracia de caráter procedimental em todas as esferas e poderes, viabilizando a participação da sociedade civil a partir da criação de espaços de esfera pública.

Para tanto, é necessário a estruturação de um modelo de gestão social de caráter participativo no Poder Judiciário, voltado para a institucionalização de mecanismo de opinião e vontade, que reconstrua a racionalidade comunicativa nos seus órgãos. Deste modo, é essencial a modificação da lógica da gestão do Estado brasileiro, de caráter estratégico, introduzido pelas reformas gerenciais

Frente a necessidade de democratização e de fiscalização do poder em questão, foi criado o CNJ com o intuito de democratização para o Poder Judiciário, mediante transparência, publicidade e controle interno.

Dentre suas atribuições, está a estruturação do plano de gestão estratégico, com base no qual os demais órgãos do Poder Judiciário editam seus próprios planejamentos. O art. 12 da Res. 198 de 2014 dispõe que serão realizados encontros nacionais para a definição da estratégia, valores, missões, metas e diretrizes, bem como para avaliá-las.

No tocante aos Encontros Nacionais do Poder Judiciário, há a participação dos tribunais, representados por seus respectivos presidentes, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, com a realização de palestras, entrega dos prêmios de qualidade, análise dos resultados do ano anterior e definição de novas metas.

Nos arts. 13 e 14, também se refere ao banco de boas práticas, pelos quais os servidores e membros podem enviar sugestões. Entretanto, não se menciona a possibilidade de consulta à sociedade civil, sistemas de ouvidoria, audiência pública ou a participação de representantes da população no planejamento.

Neste tópico, a abordagem se direciona para a análise do Plano Estratégico Nacional do Judiciário elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça dos anos de 2010-2014 e 2015-2020 e dos planos de gestão do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, à luz da democracia e da necessidade de participação democrática. Neste passo, será verificado o atendimento do plano à perspectiva de democracia habermasiana e à gestão participativa.

3.1. Plano estratégico nacional do judiciário

O Plano de 2010-2014 do Conselho Nacional de Justiça foi estruturado com a missão

de trazer eficiência, efetividade e moralidade para a prestação jurisdicional, se pautando em sete pilares: fiscalização e correição; alinhamento e integração; atuação institucional; eficiência operacional; gestão de pessoas; infraestrutura e tecnologia e orçamento. Os quatro primeiros são relativos aos processos internos e os demais referentes a recursos.

No tocante à fiscalização e correição, busca-se a atuação em conformidade com os princípios constitucionais e a execução do poder correicional, evitando desvios de poder. Neste ponto, a atuação do CNJ se voltou para o estabelecimento de metas de julgamento, para a realização de inspeção ou correição nos tribunais, a publicação das ações correicionais e planejamento das inspeções. Todos os aspectos tiveram bons ou ótimos desempenhos no período de 2010-2014.

Ademais, há a previsão de fortalecimento da comunicação com o público externo, sendo esta pensada para a informação sobre a função do Poder Judiciários, aspectos processuais e administrativo e dados financeiros e econômicos. No que tange à comunicação social, a Portaria n. 47 de 2014 sugeriu a criação de páginas de redes sociais para os tribunais, como Facebook, Linked In, etc². Entretanto, não basta a criação de páginas se não há a possibilidade de interação e de consideração dos pontos trazidos.

No Planejamento Estratégico de 2015-2020, a missão prevista não se centra unicamente na ideia de efetividade, buscando ainda a unidade do Poder Judiciário e políticas judiciárias para a promoção da justiça e da paz social. Neste passo, se nota uma modificação em um prol da concepção de gestão participativa, sem se ater apenas a perspectiva de metas. Dentre os valores, está prevista a transparência, em consonância com o princípio da publicidade, e, nos objetivos estratégicos, está a promoção dos direitos de cidadania para fortalecimento do estado democrático de direito.

Em ambos os documentos, há menção à transparência e à publicidade, as quais são cumpridas com a possibilidade de acesso às decisões, portarias e resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Desta forma, a comunicação do Poder está voltada apenas para a apresentação da sua atuação, sem a possibilidade de mecanismos de opinião e vontade. Não se verifica medidas capazes de integrar a população ao Poder Judiciário, como audiências públicas, ouvidorias etc.

Adicionalmente, fala-se em prestação de contas e *accountability* no tocante a recursos e orçamento. Tais questões, junto com o acesso à informação, possibilitam que os administrados façam o controle social. Contudo, em nenhum dos documentos há previsão de algum mecanismo de participação ou representação popular, seguindo o déficit democrático do Poder Judiciário. Por outro lado, há avanço na ampliação do controle externo na atuação administrativa e orçamentária por parte do CNJ.

Deste modo, não se vislumbra a efetivação de uma gestão social, a partir dos planos estratégicos do CNJ analisados, ainda se prendendo fortemente à definição de metas e de indicadores para sua avaliação. Com isto, se aproxima mais da lógica de gestão estratégica, direcionada apenas

2 Com relação às redes sociais do STJ, nota-se que não há possibilidade interação com o órgão do Poder Judiciário no Instagram. Contudo, o Facebook possui uma parte denominada “Fale Conosco” e no Linked In e Twitter, é possível comentar e marcar o tribunal em publicações, mas sem interações nos comentários com o STJ. Da mesma forma, o CNJ e o TRT-RJ possuem suas redes com a mesmas considerações.

para a eficiência, sem considerar a função do Poder Judiciário no estado democrático de direito e a necessidade da efetivação na democracia na prática.

3.2. Plano do stj

O Superior Tribunal de Justiça, desde 1998, realiza a elaboração de planos plurianuais de gestão estratégica, porém somente serão realizados os dois últimos, 2010-2014 e 2015-2020.

O Plano de 2010-2014, criado com base na Res. 70 de 2009, se pauta em três perspectivas: a sociedade; os processos internos e os recursos. No referente ao primeiro, se destaca a necessidade de atendimento às demandas e expectativas da sociedade. Nos processos internos, trata-se, dentre outras questões, de melhoria na comunicação, gestão administrativa, celeridade e promoção da cidadania. A transparência e a ética são previstas como valores no plano, sem grandes detalhamentos sobre a definição de mecanismos para garanti-las.

Seguindo a Resolução do CNJ n. 198 de 01/07/2014, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça elaborou o Plano 2015-2020. Os valores mencionados também estão dispostos no plano de 2020, havendo maior especificação sobre transparência, como a necessidade de disponibilização de informações para viabilizar a participação e o controle social. As perspectivas também se mantiveram as mesmas, mas houve maior destaque para a atuação nos processos internos para a prioridade para processos sobre corrupção e improbidade administrativa.

Bem como apontado na análise dos planos do CNJ, há previsão dos elementos que permitem a participação e o controle popular, mas falta a institucionalização de meios para implementá-los.

3.3. Plano do trt-rj

Em conformidade com as exigências de planos estratégico previstas na Resolução 70 de 18/03/2009 e Resolução n. 198 de 01/07/2014 do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região também elaborou planos em 2010-2014 e 2015-2020.

No Plano 2010-2014, apresentou um modelo bastante similar ao do Superior Tribunal de Justiça do mesmo período, com a previsão das mesmas perspectivas e descrições destas. O tribunal menciona a realização de uma análise interna e externa para verificar suas ameaças, oportunidades, fraquezas e forças, mas não delinea a fonte de pesquisa. Dentre as ameaças, realça a imagem desgastada do Poder Judiciário perante a sociedade. Nos valores, prevê ética, transparência e credibilidade, sem mais explicitações sobre o tema.

Nos objetivos estratégicos, prevê a necessidade de melhoria da comunicação com o público interno e externo, entro de atuação institucional. Ademais, prevê a promoção da efetividade, excelência na gestão, celeridade. O tribunal dispõe ainda sobre indicadores para avaliar os objetivos, sobre projetos e ações. No que tange a aprimoração da comunicação, vislumbra a modificação do portal eletrônico, a criação de canais de ouvidoria, de glossário jurídico e de manual do servidor.

De forma geral, o Plano 2015-2020 se assemelha bastante ao plano anterior, prevendo

indicadores e metas para os objetivos estratégicos. Sobre transparência, houve a criação de projetos para digitalização dos atos normativos, acórdãos e diários oficiais, sendo verificada melhoria na satisfação do público com os canais de comunicação.

Nos documentos do TRT, não há menção a corrupção e abuso de poder e mecanismo de combate. No entanto, destaca a necessidade de comunicação com o público e traz instrumentos para viabilizá-la, o que demonstra uma maior preocupação com a participação da população com a prestação jurisdicional.

3.4. Resultados

A gestão estratégica apresentada pelo Judiciário dispõe em seu planejamento procedimentos a partir de uma visão integrada, alinhada a objetivos, indicadores e metas para que as unidades organizacionais possam planejar suas iniciativas de maneira coordenada.

Para a implementação de uma gestão democrática, voltada para o âmbito social, requer-se que, primeiramente, o próprio plano de administração seja resultado de um processo participativo dos envolvidos – da população e dos membros do Poder Judiciário. Tal participação gera maior credibilidade e, conseqüentemente, legitimidade para o sistema perito em questão. Contudo, o aspecto da integração da sociedade a sua atuação não se limita a este único momento, deve acompanhar todos os atos que englobam as funções típicas e atípicas desse poder estatal.

A gestão estratégica, nos moldes apresentados pela gestão organizacional do Poder Judiciário, não atende aos princípios da gestão participativa, na qual o cidadão reconheça o Judiciário como o legitimador da democracia. Contata-se, apesar dos esforços de ampliação do acesso à informação e de comunicação social, que o caráter democrático da administração judiciária se restringe a este ponto. Os Encontros Nacionais, por exemplo, avaliam a consecução das metas e se volta para a comunidade judiciária e jurídica, mas deveria viabilizar e incentivar a participação da sociedade civil.

Todavia, pela análise dos planos, nota-se que se limita apenas ao acesso à informação e a realização de controle, sem a busca de criação de espaços de esfera pública, voltados para o desenvolvimento de ação comunicativa.

Por meio de pesquisa nos *sites* do CNJ, STJ e no TRT-RJ, analisou-se no portal o acesso aos planos estratégicos escolhidos. Foi verificada a existência ou não de procedimentos que direcionassem para a ação comunicativa entre a estrutura sistêmica do Poder Judiciário e a sociedade civil, direcionados para os valores institucionais estabelecidos pela gestão estratégica daquela administração pública.

O plano estratégico do CNJ regulamentado pela Resolução nº 99/2009, possui os seguintes atributos de valor institucional: celeridade; modernidade; acessibilidade; transparência; responsabilidade social e ambiental; imparcialidade; ética; probidade. Já o plano estratégico do STJ de 2015-2020 segue basicamente os planos gerais anteriores, especificamente quanto aos valores institucionais que são “aprendizagem contínua – comprometimento – ética – sustentabilidade –

transparência” (STJ, 2015, p. 16). Enquanto isso, o plano estratégico do TRT da 1ª região de 2010-2014 também segue o modelo do CNJ e STJ em relação aos valores institucionais: acessibilidade; compromisso e participação; credibilidade; eficácia e eficiência; ética; responsabilidade socioambiental; transparência.

Durante o exame da gestão econômica e financeira do CNJ, STJ e TRT-RJ, verificou-se que os portais remetem ao acesso à informação e transparência do CNJ. Indaga-se se as tabelas e gráficos disponibilizados, bem como os demonstrativos de fluxo de caixa, através de planilhas, podem ser entendidos como procedimentos que efetivem uma ação comunicativa e de fácil entendimento, como instituído nas legislações que regulamentam tal procedimento.

Constatou-se efetivamente a inexistência de acesso a informações com visualização fácil e simplificada, embora a transparência e a publicidade sejam pressupostos do CNJ e da própria democracia. Tanto o STJ como o TRT da 1ª região seguem a mesma disposição de dados, ao informar detalhes sobre a remuneração, seja dos servidores, seja dos ministros e desembargadores. O TRT da 1ª região possui planilhas atualizadas até 2020 com remunerações, empregados terceirizados e contratos.

A regulamentação da transparência e acesso à informação ressalta especificamente que o procedimento do conhecimento e das informações aos cidadãos devem ser veiculados de forma mais didática possível, para proporcionar fácil compreensão, enfim simplificada. Não se nota que esta adoção e cumprimento aos dispositivos normativos estejam sendo concretizados pelo Poder Judiciário, em conformidade com a imensa dificuldade de se navegar nos sites divulgados e obter as informações desejadas, embora se mencione nos planos a necessidade de realização da transparência e da publicidade. Neste sentido, cumpre recordar que o controle social consiste em uma das formas de participação em um regime democrático e que não é efetivado na prática.

Por sua vez, a avaliação efetuada pelo órgão da área técnica do STJ e do TRT-RJ, quanto aos pontos fortes e fracos da infraestrutura tiveram como resultado, o da qualificação da força de trabalho e a da tecnologia existente como sendo pontos fortes. Não se considerou uma avaliação da opinião dos jurisdicionados, sobre a atuação do Judiciário em respeito às regulamentações da transparência, o que suscita a indagação de se aquele Poder tem real interesse na opinião da sociedade.

Finalmente, em se tratando do chamado ambiente externo, a análise efetuada pelo Departamento Técnico do STJ definiu como ameaças as demais estruturas sociais externas ao sistema judicial, talvez porque estejam fora do âmbito e controle da organização institucional do Judiciário. A interpretação advinda do sistema do Judiciário é de que a instituição deve conhecer e monitorar as chamadas “ameaças”, como a elevada demanda de processos, que tornam as decisões mais morosas, como também a falta de diálogo com os poderes da República, que dificulta a efetivação das modificações necessárias.

Tal situação desafia refletir se o Judiciário está em busca da democratização em seus procedimentos administrativos e se acompanha as transformações e complexidades de uma sociedade com grande diversidade política, social e econômica, indispensável para a priorização

da transparência. A regulamentação da transparência por meios normativos possibilita entender que o legislador desejou instituir procedimentos necessários na gestão pública para coibir desvios e ilegalidades, efetuando a dinâmica de informação, conhecimento e esclarecimento à sociedade, como medida de prevenção às anomalias observadas nas instituições públicas.

Destarte, se percebe que há uma tentativa de trazer valores democráticos e gestão social nos órgãos do Poder Judiciário, mediante a disposição sobre instrumentos de comunicação social, transparência, *accoutability* e controle. No entanto, ainda possui caráter estratégico e não prevê mecanismos de realização de uma democracia de base procedimentalista, em que há a criação de mecanismos de participação nos processos decisórios e, conseqüentemente, a aproximação da população com espaços de racionalidade comunicativa.

Neste diapasão, há necessidade de abertura dos Encontros Nacionais para a população, seja a partir da participação presencial ou eletrônica, para voltar-se para a sua compreensão e ser capaz de atender seus anseios. Ademais, as ouvidorias, as audiências públicas e o orçamento participativo devem ser implementados e geridos como mecanismos oxigenação democrática para o Poder Judiciário. Outro aspecto relativo à gestão social são as redes sociais, que já existem, mas sem interação e sem respostas para os jurisdicionados. As páginas da internet devem ser utilizadas para auxiliar em um processo de inserção de uma gestão participativa, gerando maior confiabilidade e legitimidade.

CONCLUSÃO

O enfoque desenvolvido no texto concentra-se no estudo e na análise da transparência na gestão administrativa, financeira e econômica do sistema do Poder Judiciário, a partir da perspectiva da Teoria de Ação Comunicativa engendrada por Habermas (2011).

Com o objetivo de realizar esta proposição, delimita-se o estudo a partir da Constituição Brasileira de 1988, marco regulatório da transparência a ser adotado pelos serviços públicos do país. A análise sobre sua conceituação, tanto no campo administrativo quanto no constitucional, foi de relevo para posterior estudo de sua regulamentação no ordenamento jurídico. Partimos da problematização com base na questão sobre a existência da transparência na gestão do Judiciário, em conformidade com os regulamentos do Plano Estratégico Nacional do Conselho Nacional de Justiça, e como ela se realiza.

Daí o fato de propor uma análise crítica para verificar a efetividade da regulamentação direcionada para a obtenção da transparência e seu vínculo com a participação do cidadão num contexto em que lhe fosse considerado propício. Foi necessário investigar se existe a possibilidade de uma ação comunicativa interna e externa na estrutura sistêmica do Judiciário, procedimento legitimador da democracia.

Na reflexão suscitada também foram consideradas as gestões estratégicas da gestão do Judiciário e como se efetiva a ação comunicacional desta estrutura, seja internamente ou externamente. Ainda nesta conjuntura, a arena onde se estabelecem as relações entre os atores do Judiciário se afigura em constante tensão e insatisfação, e neste ponto surge também a necessidade

de uma ação comunicativa e transparente com base em procedimentos intersubjetivos voltados para o consenso.

Em consequência, a legitimação da democracia, como rede de discursos de ações intersubjetivas, formadores de opinião e da vontade juridicamente institucionalizada, não é alcançada. Neste sentido e segundo as teorias analisadas, o Judiciário possui em sua missão institucional a busca da democratização, sendo este desafio a ser superado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJD. Por uma Lei Orgânica da Magistratura Nacional Democrática. **Juízes para a Democracia**. Agosto - Outubro 2015, Ano 15 - Nº 68, ISSN 2358-4653. Disponível em: <http://ajd.org.br/arquivos/publicacao/88_88_ajd_68.pdf>. Acesso em: 5 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 9 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18. V.63.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 34, pp. 7-26, jul./ago. de 2000.

BUSCA por vantagens financeiras desvia MP e Defensoria de função cidadã, diz pesquisadora. **UOL**. Notícias, Política. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/05/busca-por-vantagensfinanceiras-desviam-mp-e-defensoria-de-funcao-cidada-diz-autora-de-estudo.htm>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

CALLEGARI, José Antônio. **Ouidoria de Justiça: cidadania participativa no sistema judiciário**. Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 1998, p. 289.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público: complexidades e hesitações. In: **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 12, n. 63, set./out. 2010, pp. 15-38.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200008&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Aug. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200008>.

CNJ. **Accountability**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CNJ. **Censo do Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censodo-poder-judiciario/743-gestao-planejamento-e-pesquisa/censo-do-judiciario>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CNJ. **A Estratégia do Conselho Nacional de Justiça**, fev. de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/planejamento_estrategico_2014.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

CNJ. **Planejamento Estratégico CNJ 2015-2020**, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2018/10/4d3f593f899f7177e4edadfebd7ef42c.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

CNJ. **Relatórios por Tribunal. Censo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisasjudiciarias/censo-do-poderjudiciario/79054relatorios-por-tribunal>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisasjudiciarias>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Gest%C3%A3o%20estrat%C3%A9gica/1_plano_estrat_14dez16.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FLUHR, Fernanda Adriano. **A Jurisdição Constitucional e o Conselho Nacional de Justiça: a possibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo CNJ**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: EDUNESP, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A nova obscuridade**. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: EDUNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Tradução: Manuel Jimenéz Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HANSEN, Gilvan Luiz. A gestão de pessoas em instituições do Poder Judiciário. In: **Sociologia Jurídica**. BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Orgs.). *Sociologia jurídica*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, June 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2010000100012&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Aug. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. 10-artigos-controle-administração-publica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. Belo Horizonte, ano 9, n, 100, abril,10. E book. Biblioteca Digital do Fórum de Direito Público. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16720388/ebook-10artigos-controle-administracao-publica>> Acesso em: 20 maio, 2016.

MALUF, Paulo José Leonesi. **Conselho Nacional de Justiça. Análise de sua competência disciplinar**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Guerreiro. **The New Science of Organizations: Reconceptualization of the Wealth of Nations**. Press University of Toronto, 1984.

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: **DIREITO SP - Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 1º semestre / 2013**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: **DIREITO SP - Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 2º semestre / 2013**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: **DIREITO SP - Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 1º trimestre / 2014**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: **DIREITO SP - Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 2º trimestre / 2014**. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: *DIREITO SP* - Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 2º semestre / 2015. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RELATÓRIO ICJ Brasil São Paulo: *DIREITO SP* - **Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 1º semestres / 2016**. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

RELATÓRIO ICJ Brasil, São Paulo: *DIREITO SP* - **Índice de Confiança na Justiça Brasileira - ICJBrasil. 1º trimestre / 2012**. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 12 set. 2015.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Controle externo do Poder Judiciário. In: **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

STJ. **Plano Estratégico Superior Tribunal de Justiça 2010-2014**. Brasília - DF, 2012.

Disponível em:<http://www.stj.jus.br/file_source/STJ/Institucional/Gest%C3%A3o%20estrat%C3%A9gica/plano%20estrategico%202014.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

STJ. **Plano STJ 2020: a base para o futuro que queremos / Superior Tribunal de Justiça**. – Ed. rev. e atual. setembro 2018. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

TRT. 1ª Região. Disponível em:

<<http://portal.trt1.jus.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGADMINISTRATIVO/SUBTRANSPARENCIATRTRJ/SUBANEXOVI/PLANILHA%20FINAL%20NOVEMBRO%202012%20NOVO%20PADR%C3%83O%20SEM%20NOMES>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Gestão social: uma perspectiva conceitual**. Revista de Administração Pública, v. 32, n.5, 1998.

WAMSER, 2017. Disponível em: <<http://a-secretaria-que-faz.blogspot.com.br/2011/07/omodelo-tradicional-de-administracao.htm>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

Como citar DE PAIVA, Marcella da Costa Moreira. HANSEN, Gilvan Luiz. DE MATTOS, Simone Brilhante. Democracia e poder judiciário: estudo sobre legitimidade e institucionalização da opinião e da vontade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 50-72, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p50. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 22/08/2020

Aprovado em: 22/09/2020

A POLÊMICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISTA EM BOLSAS E ARMÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

THE CONTROVERSIAL (IM)POSSIBILITY OF BAG AND LOCKER SEARCH IN TST CASE LAW

Marcos Ehrhardt Junior*

Luiz Phillipe de Oliveira Gomes Martins**

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Email: marcosehrhardtjr@uol.com.br

**Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional (DAMASIO). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Email: luizphillipe.ogmartins@gmail.com

Como citar: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. MARTINS, Luiz Phillipe de Oliveira Gomes. A polêmica sobre a (im)possibilidade de revista em bolsas e armários na jurisprudência do TST. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 73-97, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p73. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O objeto do presente trabalho é analisar a revista íntima realizada no ambiente de trabalho sobre os pertences pessoais dos trabalhadores, enquanto elemento violador de uma série de normas constitucionais protetivas do empregado. Metodologicamente, adota-se no presente trabalho a pesquisa bibliográfica jurídica tocante ao tema e o método lógico dedutivo. Assim, pretende-se avaliar o novo paradigma fixado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), a partir da compreensão de que no cenário apresentado está em questão a inviolabilidade do direito à vida e à intimidade do trabalhador, o que impõe ao empregador limites do poder fiscalizatório.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direito do Trabalho. Lei nº 13.467/2017. Princípios Constitucionais. Jurisprudência Trabalhista.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze close inspections in workplace settings – more specifically, the act of searching an employee’s personal belongings – as an element that violates a series of constitutional rules protecting worker rights. Methodologically, bibliographic research is used with deductive reasoning. Moreover, the aim of this study is to explore the new paradigm established by the Brazilian Superior Labor Court (TST), which understands that the employee’s rights to life and intimacy are violated with close inspections in the workplace. In other words, currently the court’s understanding limits employer’s supervising power.

Keywords: Dignity of human person. Labor Law. Law n° 13467/2017. Constitutional principles. TST.

INTRODUÇÃO

Com a diminuição dos postos de trabalho, a conquista de um novo emprego é o sonho diário de muitos brasileiros. O sucesso obtido com o emprego, normalmente, é algo que deixa qualquer pessoa que estava na “fila de espera” feliz e entusiasmada. Seria a resposta de muitos para assegurar o sustento próprio e o de sua família.

Porém, para alguns trabalhadores, já no primeiro dia inicia-se a decepção com o cenário encontrado, no qual empregadores utilizam condutas abusivas que expõem o trabalhador às situações humilhantes e constrangedoras, com fundamento na prerrogativa de um regular exercício do poder fiscalizatório. É nesse contexto que as frequentes revistas em pertences pessoais enquadram-se como mais uma manifestação do uso excessivo do poder empregatício.

Segundo relatório que divulga os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, levantado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), no ano de 2018 foram ajuizadas 1.541 (mil quinhentas e quarenta e uma) ações envolvendo as revistas íntimas e em pertences nos funcionários. Em 2019, somente em janeiro e fevereiro, foram registradas 195 (cento e noventa e cinco) novas ações quanto à matéria. O relatório elaborado pelo TST é importante para divulgar os fatos ocorridos diuturnamente no ambiente de trabalho à população.

Os números referidos potencialmente podem ser ainda maiores, já que dificilmente o ajuizamento dessas reclamações trabalhistas ocorre durante o contrato de trabalho, mas tão só após a extinção. Logo, até o ingresso da reclamação trabalhista, a invasão à intimidade já foi promovida. Percebe-se, então, que muitos trabalhadores continuam sendo submetidos a situações humilhantes que atingem profundamente a sua dignidade.

Esta pequena digressão serve para contextualizar o cenário da discussão-objeto do presente texto: estaria dentro do poder fiscalizatório do empregador realizar as revistas em bolsas e armários pessoais dos empregados? O paradigma adotado pelos órgãos da Justiça do Trabalho, seguindo os casos ocorridos no âmbito empresarial, poderia estender-se ao cenário dos contratos domésticos? Seria lícita uma eventual dispensa por justa causa caso seja encontrado um entorpecente nos objetos do empregado?

Percebe-se que o assunto está na ordem do dia, uma vez que, recentemente, o TST fixou um novo parâmetro a ser adotado pelos magistrados da Justiça do Trabalho, sem que tenha considerado inúmeros cenários, como os questionados.

Essa reflexão terá início a partir da análise de um julgado promovido pela 1ª turma do TST, a qual seguiu o novo paradigma fixado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI I do Tribunal.

1 CRITÉRIO ESTABELECIDO PELO TST QUANTO ÀS INSPEÇÕES EM BOLSAS E ARMÁRIOS

No caso julgado pela 1ª turma do TST, o empregado apresentou, na reclamação trabalhista, pedido de indenização por dano moral decorrente das revistas sofridas nas bolsas e em seu armário,

visto que a empresa não tinha demonstrado a necessidade de tais medidas de desconfiança em relação aos funcionários.

A existência das revistas restou incontroversa nos autos, pois a própria reclamada o admitiu na contestação. Embora o juízo de primeiro grau tenha indeferido a indenização por entender que a prática não configurava ofensa à empregada, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) reconheceu a responsabilidade da empresa¹, condenando-a a reparar os danos morais causados à trabalhadora. O Regional mencionou caso análogo julgado naquela Corte, no qual se assinalou que o poder fiscalizatório, também chamado poder de controle, não poderia sobrepor-se à dignidade da pessoa do trabalhador.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho proveu o Recurso de Revista da WMS Supermercados do Brasil Ltda. (Rede Walmart) contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) que a tinha condenado ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 10 mil, a um empregado que sofria o procedimento de revista em bolsas e armários de 2005 até 2009.

O ponto controvertido consistiu na verificação de se as revistas sofridas nas bolsas e no armário do empregado ultrapassariam os limites do poder fiscalizatório do empregado, sendo assim capazes de causar dano de natureza extrapatrimonial, o que levaria, conseqüentemente, ao dever de reparação.

Apresenta-se a ementa do julgado proferido pela 1ª turma do TST, que decidiu sobre o Recurso de Revista interposto pelo reclamado, mas também sobre o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista da Reclamante. Saliente-se que os comentários elaborados em seguida limitar-se-ão a analisar a questão debatida quanto à revista em bolsas e armários, bem como o aspecto relativo à responsabilidade civil e à eventual indenização por dano moral, a fim de contribuir para uma reflexão que leve a soluções do problema em debate.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.105/2014. REVISTA EM BOLSAS E ARMÁRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRESUNÇÃO. ÔNUS DA PROVA. I – A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o procedimento de revistas realizado nos pertences pessoais de todos os empregados, indiscriminadamente, sem contato físico, insere-se no âmbito do poder diretivo e fiscalizatório do empregador, não gerando constrangimento apto a ensejar dano moral indenizável. II – Na hipótese, contudo, o quadro fático delineado no acórdão regional permite constatar que

¹ O Tribunal Regional da 9ª deu provimento ao recurso ordinário da reclamante mediante os seguintes fundamentos destacados: “A sentença entendeu não haver ofensa à imagem da trabalhadora devido à sua submissão à revista de bolsas e armários no fim da jornada, não se equiparando à revista íntima [...]. A autora pugna pelo reconhecimento de danos morais decorrentes das revistas, por parte da ré, eis que não foi demonstrada a necessidade de tais medidas de desconfiança em relação aos funcionários. Com razão [...]. Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III) [...]. A revista na bolsa e nos pertences dos empregados não se revela necessária, mormente quando a tecnologia fornece outros meios não constrangedores para a segurança do patrimônio do empregador (etiquetas eletrônicas, filmadoras, etc.) [...]. Há que imperar uma proporcionalidade na sua aplicação, nada justificando o tratamento dispensado em relação aos empregados, que ora são tratados como colaboradores, ora como criminosos [...]. Logo, a ocorrência de revistas, sem demonstração de efetiva necessidade, autoriza a presunção de dano moral sofrido”.

as revistas em bolsas e armários não eram dirigidas somente à reclamante, nem implicavam contato físico de qualquer natureza, não é possível presumir dano moral. Ao assim fazê-lo, sem que demonstrados os elementos suficientes à caracterização do ato ilícito, o Tribunal Regional contrariou a jurisprudência dominante nesta Corte Superior, violando o art. 818 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. [...]. (TST – ARR 640-34.2011.5.09.0004, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/11/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: 23/11/2018).

O TST possui oito turmas. O julgado proferido pela 1ª Turma do Tribunal entendeu que o procedimento de revistas realizado nos pertences pessoais, o que muitos denominam de revistas pessoais para diferenciar de revistas íntimas, por ser realizado sem contato físico e de forma indiscriminada, insere-se no âmbito do poder fiscalizatório do empregador, concluindo desse modo que não há constrangimento capaz de gerar dano moral indenizável.

Importante destacar que, quanto à matéria, há pouco tempo o próprio TST não tinha pacificado o entendimento sobre os limites e critérios para a realização das inspeções nos pertences pessoais dos empregados. Nesse sentido, vale destacar julgado da 3ª Turma do TST, a qual, mesmo de forma isolada entre as turmas deste Tribunal Superior, posicionava-se em sentido contrário ao apresentado pela 1ª Turma, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. 1. MULTA DO ART. 477 DA CLT. ATRASO NA ENTREGA DAS GUIAS. INDEVIDA. [...]. 2. REVISTA (AINDA QUE MODERADA) DE BOLSAS E SACOLAS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1.1. [...]. Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, entende-se que a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracterizaria, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações. Nesse sentido, as empresas, como a Reclamada, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador- (Ministro Mauricio Godinho Delgado). 1.2. A jurisprudência da Eg. 3ª Turma evoluiu para compreender que a revista dita moderada em bolsas e sacolas de trabalhadores, no início ou ao final da jornada de trabalho, mesmo que sem contato físico ou manipulação de pertences, provoca dano moral e autoriza a condenação à indenização correspondente. Ressalva de ponto de vista do Relator. Recurso de revista conhecido e desprovido. [...]. (TST - RR - 623-62.2011.5.09.0015, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 17/9/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 20/9/2013).

Segundo a decisão representativa da 3ª Turma do TST, verifica-se uma posição contrária a toda conduta fiscalizatória que possa agredir a dignidade e a liberdade do trabalhador,

tendo como base a própria Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Defende o julgado que esse tipo de inspeção promovida pelo empregador vai de encontro às normas constitucionais responsáveis por salvar um Estado Democrático de Direito, em especial, normas que asseguram o direito à vida e à liberdade (art. 5º, *caput*); a vedação a qualquer tipo de tratamento desumano e degradante (art. 5º, III); como, também, a regra que enuncia serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X) (BRASIL, 1988).

Registre-se que esse conjunto de regras desenvolve uma fronteira limitadora ao poder fiscalizatório do empregador nas relações de trabalho, colocando as medidas que cerceiam a liberdade e a dignidade do prestador de serviços em franca contrariedade ao sistema jurídico.

No mesmo sentido, a I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho² elaborou o Enunciado 15, a seguir:

I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República (BRASIL, 2007).

O enunciado nº 15, elaborado pela comissão que tratou das matérias atinentes aos direitos fundamentais e às relações de trabalho, mostrava-se como um grande auxílio para afastar qualquer tipo de revista no ambiente de trabalho. O referido enunciado na 2ª parte ratificou entendimento que já se verificava nos precedentes do TST, aplicando-se a vedação da revista íntima a ambos os sexos, considerando o princípio da isonomia, mas, sobretudo, contribuindo para a efetividade do fundamento constitucional da dignidade humana.

Na 1ª parte, o enunciado apresentou orientação contribuindo com o entendimento de afastar qualquer tipo de revista, expondo de forma cristalina que as revistas realizadas sobre os pertences pessoais deveriam ser consideradas ilegais por ofenderem os direitos fundamentais do trabalhador. Ainda que os enunciados não possuam efeitos vinculantes, foram desenvolvidos com o objetivo de demonstrar como pensavam e deveriam aplicar os operadores do direito.

Percebe-se que essa ideia de reconhecer ilícita todo tipo de revista, íntima ou não, também repercutia nas decisões de alguns Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), conforme se observa no julgado proferido pelo TRT da 19ª Região (AL):

² A I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho foi realizada em 2007 para discutir questões do Direito do Trabalho e outras matérias correlacionadas à competência do Judiciário Trabalhista. Foi resultado de uma reunião organizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). A jornada reuniu operadores do direito de diversos ramos: advogados, bacharéis em Direito, juízes e procuradores do MPT para discutir matérias relevantes do direito do Trabalho, uma delas as revistas em empregados.

[...]. A REVISTA EM TRABALHADORES, SEJA ATRAVÉS DE CONTATO FÍSICO OU EM BOLSAS E PERTENCES, É UMA PRÁTICA QUE JÁ DEVERIA TER SIDO ABOLIDA NOS TEMPOS ATUAIS, ESPECIALMENTE NAS GRANDES EMPRESAS, QUANDO A TECNOLOGIA PERMITE AO EMPREGADOR PROTEGER MELHOR O SEU PATRIMÔNIO SEM, CONTUDO, CONSTRANGER E NEM EXPOR A INTIMIDADE DAQUELE QUE LHE PRESTA SERVIÇOS. O DIREITO DA EMPRESA DE DEFENDER O SEU PATRIMÔNIO NÃO PODE VIOLAR OUTRO NÃO MENOS IMPORTANTE, OU MELHOR, MAIS IMPORTANTE E GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE, QUE É O DIREITO À INTIMIDADE E À HONRA (ART. 5º, X, CF/88), VALENDO RESSALTAR QUE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA É UM DOS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (ART. 1º, III, CF/88). RECURSO PROVIDO. (TRT/AL – RO: 0001226-83.2011.5.19.0007, Relator: João Leite. Data de Publicação: 13/8/2013).

Registre-se que, posteriormente, em 2017, o TRT da 19ª Região (AL), por meio da Súmula nº 7³, concluiu que a revista meramente visual não viola o direito de personalidade, unificando a matéria nesse tribunal.

Recentemente, a matéria aportou mais uma vez na 3ª Turma do TST⁴, o que demonstra a relevância e a instabilidade sobre o assunto, contudo, agora, posicionou-se seguindo o entendimento majoritário consolidado no TST. Em análise ao inteiro teor, constata-se que, no último julgado da 3ª Turma, esta seguiu a pacificação jurisprudencial promovida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI I – do TST, visto que, conforme já observado, apenas a Turma em comento apresentava posicionamento em sentido contrário. Frise-se que, indo de encontro ao paradigma fixado, o ministro Relator apresentou uma ressalva que demonstra a “turbulência” por que passa a matéria, *in verbis*: “Ressalva de compreensão deste Relator, que considera ter havido, sim, afronta a bens imateriais do trabalhador (dignidade, privacidade e honra, por exemplo). Mas não é essa a jurisprudência dominante no TST” (BRASIL, 2012).

Evidentemente, os diversos posicionamentos que se verificam nos julgados também se refletem na doutrina, a qual evidencia um diálogo constante sobre a situação apresentada (revistas em pertences pessoais), isto é, a doutrina procura analisar os limites do poder fiscalizatório sem que se exponha o trabalhador à situação humilhante e constrangedora.

3 REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. I – Submeter o empregado a revistas íntimas em seus pertences pessoais viola direitos da personalidade do trabalhador assegurados constitucionalmente (art. 5º, X, CF), o que implica a existência de dano moral e o pagamento da correspondente indenização. II – A mera revista visual dos pertences do trabalhador não constitui violação ao direito da personalidade do empregado, logo não configura dano moral, nem dá lugar a pagamento de indenização.

4 [...] B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. DANO MORAL. REVISTA IMPESSOAL E INDISCRIMINADA EM BOLSAS E SACOLAS. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO ÍNTIMO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE, À DIGNIDADE OU À HONRA DO RECLAMANTE. IMPROCEDÊNCIA DE INDENIZAÇÃO. Em função da pacificação jurisprudencial promovida pela SBDI-I do TST, prevalece, nesta Corte, o entendimento de que a simples revista visual de bolsas e sacolas, desde que sem contato físico, não enseja indenização por dano moral [...]. Nesse sentido é o entendimento da SBDI-I do TST, que não considera cabível indenização por dano moral em decorrência de simples revista de bolsas e sacolas. Ressalva da compreensão do Relator. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – ARR – 1111-68.2012.5.09.0892, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/2/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: 1/3/2019).

Nesta esteira de violação a direitos fundamentais no ambiente laboral, observa-se que o legislador não estabeleceu expressamente os limites pelos quais o empregador deve pautar-se quando das atribuições de seu poder diretivo no momento de realizar as inspeções sobre os objetos pessoais dos trabalhadores.

Indaga-se, portanto, se as revistas íntimas e pessoais no ambiente de trabalho devem ou não ser toleradas, devendo-se sopesar a colisão entre direito e intimidade do empregado, mas também o poder diretivo e o direito de propriedade do empregador, assim como até que ponto o empregador tem o poder de inspecionar os objetos pessoais dos trabalhadores, os quais são capazes de gerar danos na esfera extrapatrimonial do prestador de serviços.

A temática em pauta tem raízes interdisciplinares, de tal modo que navega, a partir do direito do trabalho, pelo direito constitucional e pelo direito civil, visando à análise sobre a possibilidade de o empregador realizar revista pessoal no ambiente de trabalho, porém sem colocar em xeque a efetivação dos direitos humanos na relação intersubjetiva laboral.

3 A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Não se pode perder de vista que o trabalho é um dos aspectos essenciais à existência humana. Nesse sentido, a violação aos direitos constitucionais, base do sistema normativo brasileiro, desestrutura, em parte, todo o sistema jurídico. Logo, na análise do instituto, o operador do direito não se limita unicamente ao conjunto de normas infraconstitucionais.

Ainda que a CF/1988 descreva inúmeros direitos fundamentais relevantes, como no artigo 7º, que aborda a não discriminação (art. 7º, XXX, XXXI, e XXXII), e o da continuidade da relação de emprego (art. 7º, I e XXI), no âmbito da discussão apresentada, o direito à vida e o direito à intimidade do trabalhador, que se apresentam como facetas intrínsecas ao princípio da dignidade do ser humano, merecem destaque.

Leciona Gabriela Neves Delgado:

[...] o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano... Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva. (DELGADO, 2006, p. 207).

A vida privada e a intimidade apresentam-se como valores indispensáveis que devem ser preservados para se garantir um ambiente de trabalho digno e livre de tensões entre empregados e empregadores (RIBAR, 2006, p. 1095).

Segundo Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza (1995, p. 106):

[...] a personalidade surge aqui imediatizada no ser humano e configurada como objeto de direitos e deveres, não se perspectivando como elemento qualificador do sujeito da relação jurídica, enquanto tal, cuja qualificação nos é dada antes pelas ideias de personalidade jurídica, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações.

Verifica-se que a liberdade individual fundamenta o próprio direito à intimidade, já que, conforme assevera Leda Maria Messias da Silva (2006, p. 68), “abrange fatos da vida pessoal do indivíduo que até mesmo sua própria família pode desconhecer, como, por exemplo, suas preferências sexuais, hábitos, vícios, entre outros”.

Como imaginar qual item pode ser encontrado durante uma inspeção nas bolsas e armários? Não se pode negar que, dentro de bolsas, mochilas e armários, podem estar protegidos toda a intimidade e segredos que até amigos mais próximos ou familiares ignoram.

Ressalte-se, desde já, que embora o direito à intimidade e o direito à vida privada estejam inseridos na ideia de privacidade, eles não se confundem. O constituinte, expressamente, deu amplitude diversa aos enunciados intimidade e vida privada, inclusive, separando-os no art. 5º, X, CF: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Assim, entende-se que intimidade e vida privada são valores aproximados, porém distintos. A intimidade está relacionada com o mais íntimo da pessoa, algo interno. Assim,

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. (MORAES, 2005, p. 125).

No mesmo sentido, a diferença entre intimidade e vida privada é que a primeira estaria relacionada aos “segredos mais recônditos do indivíduo”, como, por exemplo, a própria opção sexual e a vida amorosa, enquanto a vida privada seria algo menos secreto, ligado à vida de relações com amigos e familiares, o que não afastaria a exigência de proteção em face de terceiros (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 680).

O artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, no que concerne à vida privada, que “[...] ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada [...]. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

No sistema brasileiro, essa proteção não se restringe à CF/1988, conforme descrito no artigo 5º, inciso X. O vigente Código Civil de 2002 (CC/2002) também trata dos direitos da

personalidade em seus dispositivos, dos quais se destacam os artigos 11 e 21:

Art. 11, CC: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 21, CC: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002).

Importante destacar que, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o direito comum é aplicado de forma subsidiária ao Direito do Trabalho. Assim, outros dispositivos infraconstitucionais do Código Civil devem ser aplicados para assegurar o mínimo de dignidade ao empregado, em especial quando envolver violação à intimidade e à vida privada.

Nesse cenário, o gosto pessoal do trabalhador, as amizades e, inclusive, o lixo produzido fazem parte da intimidade e vida privada, interessando exclusivamente à pessoa do trabalhador, devendo ficar longe da intromissão, interferência ou curiosidade de quem quer que seja – aqui, no caso, fora dos “olhares” do empregador (MONTEIRO, 2003, p. 99).

Não resta dúvida que a inspeção realizada em pertences pessoais e nos armários destinados à guarda dos objetos do empregado adentra na esfera da intimidade e da vida privada, seja a revista constatada na presença de clientes ou não.

Registre-se que a sociedade, com destaque para os operadores do direito, deve ficar atenta para que no ambiente de trabalho não se privem os direitos de intimidade e a vida privada dos empregados, os quais não são retirados, muito menos, renunciados a partir da sujeição ao poder diretivo no momento da contratação.

4 OS LIMITES DO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR E A PROPORCIONALIDADE DO MEIO UTILIZADO

Como é possível extrair dos julgados já citados, mas também do número de ações ajuizadas envolvendo a matéria, não se pode negar a ocorrência cada vez mais frequente das inspeções de pertences pessoais dos empregados nos estabelecimentos empresariais como consequência lógica dos usos e costumes.

Nesse cenário de revistas pessoais aos bens dos prestadores de serviços, o poder fiscalizatório que incide sobre a atividade exercida vai de encontro ao direito à intimidade e à vida privada dos empregados. O controle realizado pelo tomador de serviços representa um instrumento para a materialização do direito de propriedade previsto constitucionalmente. (art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, II e III): “[...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”. Porém, não é possível admitir qualquer prática fundamentada no direito de propriedade privada que agrida a dignidade do trabalhador. É por esse motivo que o meio escolhido deve ser proporcional para atingir o fim pretendido.

Ciente da importância do princípio da proporcionalidade para a verificação, no caso concreto, das restrições aos direitos fundamentais, sendo a revista, íntima ou não, uma forma de ingerência do empregador à intimidade e à vida privada do empregado, a necessidade de sua aplicação no controle das inspeções no ambiente de trabalho apresenta-se evidente.

Essa aplicação da proporcionalidade, conforme formulação de Barroso (2011, p. 329), deve atentar a três subprincípios, sob pena de invalidação do ato. Quando

- a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

No julgado em análise, ao admitir a revista nas bolsas e armários dos funcionários, o que o TST fez foi analisar o direito de propriedade exercido através do poder fiscalizatório, de acordo com a proporcionalidade, isto é, verificou se o meio foi adequado, necessário e proporcional para realizar o fim legítimo (proteção do estabelecimento do empregador), chegando à conclusão de que o ato era válido. Questiona-se: a medida é proporcional?

Como visto, a adequação representa a relação entre a realização do fim pretendido e o meio eleito. Neste ponto, não se nega que a medida patronal de revistar é capaz de fomentar a proteção dos bens que o empregador pretende proteger. Portanto, atingido esse objetivo, a medida apresenta-se adequada.

Por outro lado, não se pode responder de forma direta e objetiva quanto à necessidade. Segundo Humberto Ávila (2010, p. 172), o subprincípio da necessidade refere-se à observação da existência de medidas que possam aparecer como alternativas à inicialmente escolhida, no caso, a prática das revistas pessoais pelo empregador, e que possam, na mesma proporção, atingir o objetivo pretendido, sem restringir, com o mesmo grau de intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Antes de admitir a prática das revistas pessoais aptas a interferir na intimidade dos empregados, o tomador de serviços deveria considerar outros meios disponíveis para ver satisfeita a proteção ao seu patrimônio. Evidentemente, avaliando as condições estruturais e financeiras de cada empreendimento, podem ser obtidos mecanismos alternativos menos agressivos para se chegar ao mesmo resultado. Cite-se, por exemplo, a utilização de câmaras audiovisuais ou microchips instalados nos produtos.

Dessa maneira, havendo meio alternativo às revistas, as inspeções nos bens particulares dos prestadores de serviços serão consideradas desproporcionais, por desnecessárias. Percebe-se, então, que incumbiria ao empregador o ônus de provar que não existem outros meios viáveis para atingir ao fim pretendido.

No que toca à proporcionalidade em sentido estrito, segundo os ensinamentos de Pedro Adamy (2011, p. 181), cabe comparar “entre a importância da realização do fim e a intensidade

da interferência ou restrição no direito fundamental”. Nesse quesito, as revistas também são desproporcionais, já que essa prática restringe excessivamente a intimidade e a vida privada dos empregados em comparação com o objetivo buscado (a proteção do patrimônio do empregador). Assim, não há margem para a aceitação dessa conduta.

Nessa toada, o princípio da proporcionalidade atua como verdadeiro instrumento limitativo do poder fiscalizatório do empregador, bem como um meio para combater a falta de equilíbrio contratual, pois se defende que os direitos fundamentais dos prestadores de serviços só devem sofrer restrições quando estas forem proporcionais ou se mostrarem imprescindíveis no caso concreto. Perceptivelmente, não basta a mera adequação do meio para que a empresa justifique a restrição ao direito de intimidade.

Atente-se que não se defende o sacrifício total do poder fiscalizatório do empregador, mas sim a harmonização com os direitos fundamentais dos trabalhadores, caso contrário, a revista diariamente exercida sobre as bolsas e armários caracterizará exposição contínua do empregado à situação constrangedora no ambiente de trabalho, agredindo a intimidade, a vida privada e a liberdade do empregado.

5 ANÁLISE DAS DIFERENTES TESES QUANTO À ACEITABILIDADE DAS REVISTAS SOBRE PERTENCES PESSOAIS E ARMÁRIOS

Na doutrina, é possível extrair quatro posicionamentos distintos a respeito da possibilidade ou não da revista pessoal. A primeira defende que o simples fato de não existir previsão legal disciplinando a revista pessoal autorizaria tal ato pelo empregador, desde que previsto no regimento interno da empresa. Os defensores dessa teoria entendem que a revista nos bens dos empregados ao final da jornada não é suficiente para gerar direito a uma indenização por danos morais, visto que alegam não existir violação à intimidade ou à privacidade do trabalhador. Portanto, desde que não haja contato com o corpo do trabalhador, para esta vertente, a revista nos prestadores de serviços está permitida.

Nesse caminho, percebe-se que alguns doutrinadores como José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castelo Branco, que fazem uma interpretação restrita e literal do artigo 373-A, inciso VI, da CLT⁵, argumentando que a previsão do referido artigo deve ser aplicada quando da revista íntima e às mulheres (apud NUNES, 2011, p. 69). Esta primeira corrente não representa a teoria majoritária dos doutrinadores e juristas acerca da revista dita pessoal.

A segunda vertente, que é a mais difundida no âmbito jurídico, caminha no sentido de permitir a referida prática. Reflete-se no julgado da 1ª Turma do TST e foi consolidada pela SBDI I – do TST, como já apontado. Segundo essa posição, não se exclui a possibilidade da realização das revistas em objetos dos trabalhadores, desde que se observem critérios específicos no momento das inspeções.

5 Vide o Art. 373-A da CLT: “Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

Um dos seguidores deste posicionamento é Amauri Mascaro Nascimento, o qual entende ser necessário verificar o caso concreto para que se observe se ocorreu invasão da intimidade do trabalhador. Afirmar ser possível a revista pessoal desde que não seja íntima e não viole a dignidade do empregado (NASCIMENTO, 2006, p. 494-495).

No mesmo sentido, esclarece Sérgio Pinto Martins (2009, p. 198):

O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. Os empregados poderão ser revistados no final do expediente. A revista do empregado é uma forma de salvaguarda do patrimônio da empresa. Não poderá ser a revista feita de maneira abusiva ou vexatória, ou seja, deverá ser moderada. Vedada será a revista que violar a intimidade do empregado (art. 5º, X, da Constituição), além do que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da Lei Magna). A revista não pode ser realizada em local não apropriado e na presença de clientes, pois se torna vexatória.

Alice Monteiro Barros adota essa posição; além de fundamentar as revistas pessoais como uma forma de salvaguardar o patrimônio do empregador, defende a necessidade da utilização de critérios que legitimem a revista nos objetos ou locais restritos aos empregados. Assim,

[...] quando utilizada, a revista deve ser de caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquele, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros). (BARROS, 1997, p. 74).

Essa corrente que entende ser válida a revista pessoal (ou dos pertences) do empregado prevê alguns limites para a realização da inspeção apenas em situações excepcionais, sendo recomendado que: ocorra no local de trabalho, valendo-se de critérios objetivos; exista previsão em regimento interno da empresa; seja feita em todos os empregados, ou, não sendo possível, que se selecione de forma aleatória; por pessoa do mesmo sexo; bem como, estabeleçam-se determinadas garantias aos funcionários com o intuito de impedir abusos pelo empregador. Note-se que a solução dada por essa corrente, a qual só permite a revista pessoal após atender a uma série de critérios, por si só, não salvaguarda a dignidade e a intimidade do empregado. Como observado, essa teoria se reflete na maioria dos julgados no âmbito da Justiça do Trabalho.

Doutra banda, encontra-se a posição que reputa inválida qualquer tipo de revista realizada no empregado. Na terceira vertente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial defende que a prática de inspeções pessoais não é imprescindível na proteção do patrimônio empresarial, porém, uma vez realizada, viola o direito à intimidade do trabalhador. Destarte, não existem dúvidas em afirmar que, na ponderação entre os valores e direitos em conflito – propriedade e intimidade –, neste caso, deverá prevalecer o segundo, por se entender inadmissível a revista pessoal em

qualquer situação (VIDAL; ANELLO, 2008, p. 114).

Percebe-se que, enquanto a segunda corrente tem aceitado a revista nos bens pessoais dos empregados (sacolas, bolsas, armários etc.) sob certos limites já apontados, a terceira, defendida por autores como Maurício Godinho Delgado e Carolina Tupinambá, reconhecendo que a matéria envolve múltiplos interesses tutelados pela Constituição da República (a título ilustrativo: intimidade, vida privada, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e direito de propriedade), nega a legitimidade de toda forma de revista, seja sobre o corpo, seja sobre os objetos pessoais (TUPINAMBÁ, 2018, p. 110).

Ainda é possível apontar uma quarta posição, apresentada por Rosana Marques Nunes, a qual se coloca entre a segunda e a terceira corrente doutrinária, já que apresenta um parâmetro adicional aos defendidos pela corrente majoritária: a inexistência de outro meio tecnológico capaz de controlar o patrimônio do empregador. A autora defende que não havendo outra solução por meio da tecnologia, seria possível o empregador valer-se das revistas pessoais (NUNES, 2011, p. 119).

Cumprido salientar que no campo legislativo, ainda que tenha sido editada a Lei nº 13.271/2016⁶, que proíbe a revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho, a matéria ainda gera dúvidas que suscitem maiores estudos, já que a referida norma não disciplinou os limites das inspeções sobre os objetos pessoais dos trabalhadores. A referida Lei apenas inovou ao prever multa administrativa ao empregador que desrespeitar o disciplinado no art. 1º. Portanto, poderão ser verificados futuros debates quanto à inclusão ou não do enunciado revista pessoal no sentido de revista íntima, a qual está vedada de forma expressa no sistema jurídico brasileiro.

Registre-se que o Projeto de Lei nº 583, de 2007, posteriormente transformado na Lei Ordinária 13.271/2016, é explícito ao demonstrar que o objetivo do projeto consistia em “garantir e assegurar à mulher o direito ao trabalho sem ter sucessivamente sua intimidade violada”. Destarte, ainda que a Lei nº 13.271/2016 não tenha disciplinado os limites das inspeções sobre os objetos pessoais dos trabalhadores, ela procurou reforçar a necessidade de se proibir a revista íntima no ambiente de trabalho, assim, promovendo a proteção do direito fundamental à intimidade.

Essa indeterminação legal pode fazer com que o paradigma fixado tenha repercussão em outras relações de trabalho, as quais não aparentam terem sido consideradas pelo TST. Aqui, destaque-se o trabalho doméstico, disciplinado pela Lei Complementar nº 150, de 2015, a qual não dispõe sobre eventual prática de inspeção sobre os pertences pessoais.

A posição fixada que entende legais as revistas de forma indiscriminada é suficiente para assegurar ao empregador doméstico que pratique, diariamente, o ato fiscalizatório nos bens pessoais dos prestadores de serviços no ambiente domiciliar. Aqui, reiteram-se as críticas feitas, já que o

6 Vide a Lei nº 13.271/2016: “Art. 1º As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino. Art. 2º Pelo não cumprimento do art. 1º, ficam os infratores sujeitos a: I - multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher; II - multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal”.

ato pode ser considerado arbitrário, porquanto é desproporcional para a proteção do patrimônio particular do empregador.

E o que pensar de trabalhadores adolescentes⁷? Seja uma típica relação de emprego, estagiário ou aprendiz, a atenção não pode estar afastada das relações trabalhistas com prestadores de serviços entre 14 e 18 anos de idade, os quais ainda se encontram no processo de amadurecimento psicofísico. Essa condição especial torna imperioso o combate a qualquer conduta que possa prejudicar o pleno desenvolvimento desses trabalhadores.

Nesse cenário, a Constituição de 1988 deu especial atenção no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A partir do texto constitucional, constata-se a proteção compartilhada entre todos os membros da sociedade; cabe também aos empregadores promover uma especial proteção aos trabalhadores menores de 18 anos de idade. No mesmo caminho, com o intuito de assegurar a efetividade à CF/1988, as normas infraconstitucionais contribuem nessa proteção, merecendo destaque os arts. 402 a 441 da CLT, que trazem um conjunto normativo para afastá-los de todo risco à saúde no ambiente de trabalho, mas também a Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabelece diretrizes para uma proteção integral dos adolescentes.

A mesma violação através das revistas sobre pertences pessoais, se mantido o paradigma estabelecido, será suportada por pessoas com deficiência, que exigem atendimento especial no trabalho. A garantia às normas do sistema jurídico envolve os procedimentos adotados que se relacionam à proteção da segurança e à saúde desses trabalhadores.

Nessa seara, o legislador instituiu a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), considerada um microssistema que engloba diversas matérias jurídicas, com destaque aos direitos de cunho trabalhista, ao reservar atenção especial no que toca às relações de trabalho. Não se pode desconsiderar que o Estatuto parte da ratificação da Convenção de Nova Iorque,

7 Vide o Art. 7º, XXXIII, CF: “XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

sendo o primeiro tratado internacional a ser recepcionado nos termos do parágrafo terceiro do art. 5º da CF, recebendo *status* de emenda constitucional.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência contribuiu significativamente ao reconhecer a liberdade e a autonomia das pessoas com deficiência, admitindo, no campo do trabalho, a possibilidade de trabalho em posição de igualdade, sem nenhum tipo de discriminação, ainda que se reconheça a existência de diversos tipos de barreiras. Portanto, a deficiência não pode servir de motivo para impedir o acesso ao trabalho, e qualquer atitude que limite seus direitos fundamentais, como as revistas sobre seus pertences, deve ser rechaçada.

A ausência de aprofundamento no debate sobre a proporcionalidade do meio adotado, que coloca em xeque o direito à intimidade e à vida privada de todos os trabalhadores, pode comprometer a efetividade dos preceitos constitucionais apontados.

Ademais, não se pode afastar a possibilidade de ser encontrado nas fiscalizações algum tipo de objeto que diga respeito apenas ao empregado. Nesse ponto, cabe retornar a outro questionamento inicialmente problematizado: seria possível o tomador de serviços despedir o empregado caso encontre um entorpecente nos pertences do empregado, ainda que nunca o tenha consumido no local de trabalho?

Para essa pergunta, o art. 482 da CLT⁸ responde ao apresentar taxativamente as hipóteses capazes de fundamentar uma justa causa, o que não incluiria qualquer tipo de droga nociva encontrada nos pertences pessoais do empregado, sem causar prejuízo ao empregador, que só foi constatado a partir da revista praticada no momento da fiscalização. A alínea “f” poderia gerar dúvida porquanto traz a ideia de “embriaguez habitual ou em serviço”, mas esta hipótese está relacionada com o uso (seja álcool ou outro tipo de droga), não devendo ser aplicada quando o empregado estiver simplesmente portando o objeto.

O simples fato de portar a droga nociva não pode ser razão para suscitar estigma e/ou preconceito, a ponto de dispensar o empregado de forma discriminatória. Em decisão ligada à questão debatida, o TRT da 17ª Região reverteu uma demissão por justa causa em rescisão indireta no caso em que se constatou, através do exame de urina realizado de forma rotineira, que o empregado havia consumido maconha. Conforme decidido, considerou-se que, ainda que fosse caso de dependência de maconha, não caberia penalidade de justa causa, mas sim o direcionamento ao tratamento médico.

8 Vide art. 482 da CLT: “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Parágrafo único – Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

EMENTA: 1) MACONHA. DEPENDÊNCIA. NECESSIDADE DE TRATAMENTO. NÃO CABIMENTO DE PENALIDADE DISCIPLINAR. A dependência de maconha é considerada doença (CID-10, F12.2). Diante de tal particularidade, o empregador deveria fornecer o devido tratamento a seu empregado. Os mesmos fundamentos utilizados para afastar a justa causa em relação ao alcoólatra também se amoldam ao dependente da maconha [...]. O problema da droga é algo que interessa a toda coletividade, não apenas a determinado ambiente de trabalho [...]. A dependência de maconha deve ser considerada como patologia, não como uma punição a quem já está vitimado de grave doença [...]. (TRT – 17 – RO: 0081500-61.2006.5.17.0008, Relator: Cláudio Armando Couce de Menezes. Data de Publicação: 9/9/2009).

O desembargador do caso, Cláudio Armando Couce de Menezes, reconhecendo o problema da droga como algo que interessa à coletividade, sustentou que o vício não é motivo legal que justifique a penalidade mais grave da justa causa, devendo o empregado ser encaminhado ao tratamento médico. Segundo o relator, a prevenção ao uso de drogas deve ser estimulada a fim de valorizar os trabalhadores, que não podem ser tratados como objetos.

Evidentemente, a relação de trabalho não pode ser considerada uma “carta branca” legitimadora para a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que não perdem o direito à intimidade e à vida privada ao entrarem no ambiente de trabalho, empresarial ou doméstico, o que demonstra que a manifestação do poder fiscalizatório a partir das revistas aos pertences pessoais precisa ser repensada.

6 REPARAÇÃO CIVIL DO DANO A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA

No silêncio da lei que conduz à aceitação da normal e regular inspeção em pertences e armários dos empregados, debruça-se agora sobre as consequências verificadas quando o empregador não respeitar os critérios fixados pela jurisprudência, analisando-se a fixação do valor compensatório, à luz das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, no caso de violação ao interesse juridicamente tutelado.

Sabe-se que em qualquer convívio social as relações entre os indivíduos assumem diferentes formas, as quais vão de “cooperação até à competição e à violência. Cooperação e conflito justapõem-se: ora somos parceiros, ora adversários” (MENDONÇA, 2007, p. 89). É neste ambiente que surge o dever de responsabilizar quando um interesse juridicamente tutelado é violado.

Ainda que para os empregadores a revista nos pertences pessoais dos empregados possa trazer um fator positivo (proteção patrimonial), o meio utilizado, reconhecidamente, apresenta forte aspecto negativo, o que torna pertinente ponderar quanto ao direito à compensação civil, uma vez que, no cenário apresentado, a esfera extrapatrimonial dos indivíduos é profundamente afetada.

Ao violar a intimidade e a vida privada do funcionário, o empregador estaria afrontando direitos fundamentais daquele, ocasionando, dessa forma, uma obrigação de reparar eventuais

danos de natureza extrapatrimonial experimentado. O poder fiscalizatório, quando exercido além dos limites constitucionais, representa ato ilícito, sendo o dano o principal reflexo dessa ilicitude.

Nesse sentido, quanto aos atos ilícitos:

O art. 186 do Código Civil consagra o princípio da incolumidade das esferas jurídicas, impondo a todos os sujeitos de direito a noção de *neminem laedere*, ou seja, o dever geral de não causar dano a quem quer que seja [...]. O princípio da incolumidade das esferas jurídicas tem assento constitucional, pois o art. 5º de nosso texto fundamental consagra entre os direitos e garantias fundamentais, considerando-os invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X), além do direito de resposta, proporcional ao agravo, sem prejuízo de indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V). (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 437).

No caso em análise, verifica-se um dano moral, já que é atingido um bem incorpóreo, relacionado a aspectos inerentes à personalidade do empregado (intimidade e vida privada).

Segundo Caio Mário da Silva (1996, p. 88), o dano moral representa

[...] ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial – ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade.

Seguindo o mesmo raciocínio, leciona Mauro Schiavi que o conceito de dano moral representa “todo o dano à pessoa, seja no aspecto interior (honra, intimidade, privacidade), bem como o aspecto exterior (imagem, boa-fama, estética), que não tenha natureza econômica, e que abale a dignidade da pessoa” (SCHIAVI, 2007, p. 62). Com esses autores contribui Maria Celina Bodin de Moraes, fundamentada na violação de algum dos substratos da dignidade da pessoa humana (igualdade, liberdade, integridade psicofísica e a solidariedade), para quem:

[...] toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. [...]. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação. (MORAES, 2009, p. 188).

Ressalte-se que a Lei nº 13.467/2017, responsável pela atual reforma trabalhista, introduziu o título II-A (art. 223-A e seguintes) quanto aos danos de natureza extrapatrimonial à CLT. O art. 223-C⁹ é expresso ao tutelar a intimidade da pessoa física, trazendo uma grande contribuição para

9 Vide o art. 223-C da CLT: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

o debate. Importante destacar que o rol apresentado no dispositivo é meramente exemplificativo, logo, ocorrendo violação a outro direito da mesma natureza que não esteja expresso, este será igualmente protegido.

O art. 223-C expôs a aplicação exclusiva dos dispositivos presentes no título II-A da CLT à reparação de danos de natureza extrapatrimonial, porém, aqui, defende-se a aplicação subsidiária do direito comum por força do art. 8º da CLT, a fim de garantir a proteção integral ao direito violado.

Cumprido lembrar que o CC/2002 vigente “introduziu no art. 187 a noção de abuso de direito, definindo-o como ato que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 438). Nesse campo, seria possível compreender que os atos de inspeção praticados pelo empregador ou seus prepostos sobre os pertences pessoais dos trabalhadores ao longo da relação trabalhista representariam um claro abuso de direito.

Percebendo o abuso de direito, a responsabilidade no caso deve ser encarada como objetiva, já que não se exige o elemento subjetivo (culpa ou dolo) para se considerar o dever de indenizar.

Ao tratar do art. 187 do CC/2002, Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 152) argumenta:

Depreende-se da redação desse artigo, em primeiro lugar, que a concepção adotada em relação ao abuso de direito é objetiva, pois não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites.

Ao agir com excesso na fiscalização no ambiente de trabalho, o empregador assume o risco e se responsabiliza objetivamente, independentemente da intenção, por eventuais danos causados aos empregados, nos termos do art. 187. Como visto, a revista sobre os pertences pessoais promovidas pelo tomador de serviços extrapola o poder fiscalizatório, desrespeitando os limites impostos pelos direitos personalíssimos, bem como os limites impostos pelo próprio contrato de trabalho, expondo o empregador a condições vexatórias.

Eugênio Facchini Neto (2010, p. 24) foi preciso ao ponderar quanto à responsabilidade e asseverar que esta

[...] não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral [...]. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.

Assim, no caso em análise, verifica-se o dano moral a partir da violação da integridade psicofísica do empregado, sem que seja necessário avaliar a intenção de prejudicar do ofensor.

Contudo, insta perceber a relação de causalidade e efeito entre a conduta do empregador e o dano, para surgir o direito à indenização.

No caso da prática das inspeções sobre os pertences, o desrespeito à intimidade e à vida privada que abala a dignidade da pessoa humana gera direito à indenização. Aqui, a violação ao interesse tutelado configura-se independentemente dos efeitos por ele produzidos, que, ademais, não são passíveis de demonstração. O ato ilícito já se caracteriza pela imposição das revistas íntimas promovidas pelo empregador, deixando clara a presença do nexo de causalidade, visto que o dano não ocorreria se não fosse a conduta indevida.

Alexandre Agra Belmonte (2014, p. 41) ressalta que “a invasão presencial ou virtual da vida privada da pessoa, de seu relacionamento familiar, do tipo de amizades que mantém e dos lugares que frequenta, ensejam a caracterização do dano moral”.

Quanto à quantificação do valor indenizatório, ainda que mereça críticas, a Lei 13.467/2017 introduziu o art. 223-G¹⁰, o qual, no *caput*, apresenta critérios para que o magistrado considere no ato de apreciar o pedido de natureza extrapatrimonial. No parágrafo primeiro, trouxe uma tarifação para fixar o *quantum* indenizatório.

Ainda que mereça discussões quanto à (in)constitucionalidade do tabelamento apresentado no art. 223-G, este dispositivo está vigente e utiliza um critério de quantificação que propõe quatro limites com base no último salário contratual do empregado.

Nesse sentido, a fixação do valor a compensar os danos advindos de uma revista íntima ou a pertences pessoais dos empregados deverá ser avaliada diante do caso concreto, não sendo possível afirmar, *a priori*, se o dano é de natureza leve, média, grave ou gravíssima. Alguns elementos decisivos para o arbitramento, no caso desse tipo de fiscalização abusiva, serão justamente a natureza do bem jurídico tutelado (a intimidade e a vida privada dos obreiros), a extensão e a duração da ofensa (as revistas foram suportadas por dias, meses ou anos), bem como as condições em que ocorreu a ofensa (o ato ilícito era praticado na vista de outros empregados e clientes ou em local reservado).

Não se pode desprezar a função pedagógica no momento de fixar o montante devido, de forma a desestimular o ofensor à reprodução do comportamento ilícito. Vale dizer, há de se viabilizar uma ação preventiva, garantindo verdadeiro caráter publicista, já que protege a coletividade de futuras repetições danosas. Esse caráter foi reconhecido na reforma trabalhista ao se introduzir o parágrafo terceiro¹¹ no art. 223-G, que possibilitou ao magistrado majorar ao dobro

10 Vide art. 223-G, *caput* e § 1º da CLT: “Art. 223-G. “Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I – a natureza do bem jurídico tutelado; II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III – a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X – o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido”.

11 Vide art. 223-G, § 3º, da CLT: “Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização”.

o valor compensatório nos casos de reincidência entre partes idênticas.

A valoração pelo magistrado mostra-se essencial para assegurar uma compensação satisfativa, ainda que impossível retornar ao estado anterior no caso do dano de natureza extrapatrimonial. Por meio da experiência, o prudente arbítrio será capaz de estabelecer um montante que, ao mesmo tempo, sirva de compensação ao empregado e apresente, também, um caráter preventivo.

Oportuno registrar que não resta dúvida quanto à competência para julgar o dano moral decorrente dos infortúnios das relações de trabalho. A Emenda Constitucional nº 45, que tratou da Reforma do Judiciário, incluiu no art. 114 da Constituição o inciso VI¹², deixando clara a competência da Justiça do Trabalho, o que representou uma importante inovação. No mesmo sentido está a súmula 392 do TST¹³.

O reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para dirimir as controvérsias que envolvam dano moral impactará no prazo prescricional, já que a CF/1988 e a CLT apresentam disciplina própria sobre o tema. O art. 7º, inciso XXIX¹⁴, estabelece o prazo de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais proporem a ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Quanto ao dispositivo da CLT, ainda que disserte no mesmo sentido da Carta Magna, cumpre destacar que a Lei nº 13.467/2017 corrigiu uma atecnia presente no *caput* do art. 11, não mais prevendo a expressão “direito”, mas sim “pretensão”, visto que a prescrição está relacionada com a perda da pretensão, a qual não se confunde com o direito propriamente dito em discussão.

Embora a responsabilidade civil, decorrente das revistas perpetradas pelo empregador, apresente-se como mecanismo disponível pelo sistema jurídico brasileiro para a reparação do dano sofrido, inclusive com o prazo prescricional específico de cinco anos nas causas nas relações de trabalho para pleitear os valores devidos, via de regra, o obreiro só recorre ao órgão judiciário a fim de questionar o ato ilícito após a extinção do contrato, isto é, após ter sofrido por muito tempo a invasão à intimidade e à privacidade oriunda das revistas abusivas.

CONCLUSÃO

O dano representa qualquer prejuízo causado por uma pessoa (física ou jurídica) a outrem, sendo resultado de uma lesão que poderá situar-se no âmbito extrapatrimonial ou patrimonial. Especificamente em relação ao dano moral, deixa-se claro que este ocorrerá quando um bem personalíssimo for atingido, como, por exemplo, a autoestima, a privacidade, a honra e a intimidade.

12 Vide art. 114, VI, da CF: “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

13 Vide súmula 392 do TST: “DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido”.

14 Vide art. 7º, XXIX, da CF: “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Percebe-se que o TST, diante de uma indeterminação no plano legislativo quanto à extensão do enunciado revista íntima prevista no art. 373-A, VI, da CLT, e na Lei nº 13.271/2016, não incluiu a ideia de revista pessoal no conceito de revista íntima. Dessa maneira, considerou não ter ocorrido o previsto no suporte fático hipotético, ou seja, entendeu que o suporte fático não se concretizou, impossibilitando a aplicação de uma sanção indenizatória.

Realizando uma interpretação *a contrario sensu* do exposto na ementa, a revista íntima seria aquela realizada de forma discriminada ou a partir do contato físico. Portanto, apenas nessas situações o suporte fático se concretizaria, e, automaticamente, incidiria a norma jurídica de cunho indenizatório.

Diante dos fatos abordados, entende-se que o conceito de revista íntima avançou de modo a abarcar não apenas a inspeção desnude do empregado, passando a incluir as revistas aos bens pessoais portados por ele, seja em bolsas, seja em armários particulares. Ainda que realizada apenas sobre os objetos pessoais dos empregados, poderá ensejar-lhes um dano.

Não pode o empregador valer-se do poder empregatício para justificar o exercício da fiscalização além dos limites constitucionais e legais, sendo o dano o reflexo desse abuso de direito. Reconhecendo que os atos de inspeção praticados pelo empregador ou seus prepostos sobre os pertences pessoais dos trabalhadores configuram abuso de direito nos termos do art. 187 do CC/2002, a responsabilidade na situação deve ser encarada como objetiva.

O nexo de causalidade está presente quando a conduta do empregador de realizar as revistas sobre os empregados ou seus pertences acarreta-lhes um dano, no caso, lesão à vida privada e à intimidade, direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Do exposto, verificou-se que, ante o monitoramento abusivo, o obreiro terá à disposição o direito de pleitear a proporcional compensação pelos danos de natureza extrapatrimonial sofridos, solução esta já presente no sistema jurídico brasileiro e que, especificamente no âmbito trabalhista teve recente atualização a partir da vigente Lei nº 13.467/2017, não cabendo, para os objetivos deste artigo, aprofundar as críticas ao referido diploma legislativo.

Apesar da ausência de previsão legal expressa especificamente às revistas pessoais, o poder empregatício encontra óbice no próprio contrato de trabalho, bem como nas normas constitucionais, estas representando verdadeiros limites ao empregador. Assim, qualquer forma de inspeção aos bens particulares dos obreiros se mostra atentatória à intimidade, à vida privada e à dignidade humana.

Logo, posicionando-se de forma contrária ao julgado em comento, é possível constatar que a revista íntima não se restringe ao corpo do trabalhador, não havendo como realizar qualquer forma de revista sem que se viole a intimidade dos prestadores de serviços, já que existem diversos meios eficazes para garantir o direito de propriedade do empregador, como, por exemplo, o fornecimento de uniformes padronizados, ressalvando-se, ao mesmo tempo, a dignidade dos obreiros.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: LTr.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 583/2007, de 27 de março de 2007. **Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346188>>. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.271, de 15 de abril de 2016. **Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata de revista íntima em ambientes prisionais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13271.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 0001226-83.2011.5.19.0007**. Relator: Relator João Leite. Disponível em: <<https://www.trt19.jus.br/consultaProcessual/docs/apresentaRelatorioAcordao/1226/2011/7/69/1>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho/ES. **Recurso Ordinário nº 0081500-61.2006.5.17.0008**. Relator: Cláudio Armando Couce de Menezes. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695601743/recurso-ordinario-trabalhista-ro-0081500-61.2006.5.17.0008/>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ARR nº 1111-68.2012.5.09.0892. Relator: Relator Mauricio Godinho Delgado. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2019. **Diário Oficial da União**.

Brasília, 1º mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ARR nº 640-34.2011.5.09.0004. Relator: Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. Brasília, DF, 21 de novembro de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 23 nov. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 623-62.2011.5.09.0015. Relator: Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 17 de setembro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil – LICC e Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2012, vol. I.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *In*: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO, 1., 2007, Brasília. **ENUNCIADOS APROVADOS**. Brasília: Granadeiro Advocacia, 2007. 16 p. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONÇA, Luis Correia. Vírus autoritário e processo civil. *In*: **Julgar**. n. 1. p. 67-98. Coimbra, jan.-abr. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. V. 1: parte geral. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do

direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 21. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Rosana Marques. **A revista íntima como cláusula restritiva de direitos fundamentais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Rio). Unic. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho. *In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho*, ano 12, n. 69, mai./jun. 2008. Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas Ltda., p. 195/207, 2008.

RIBAR, Geórgia. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego. *In: Revista LTr*, São Paulo: LTr, nº 9.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a emenda constitucional 45/2004**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Leda Maria Messias da. Monitoramento de *e-mails* e *sites*, a intimidade do empregado e o poder de controle do empregador: abrangência e limitações. *In: Revista LTr*. São Paulo: LTr, nº1, 2006.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

TUPINAMBÁ, Carolina. **Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

VIDAL, Bernardo Raposo; ANELLO, Gustavo Lacerda. A sujeição do trabalhador à revista pessoal pelo empregador: uma análise do Enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. *In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho*, ano 12, n. 72, nov./dez. 2008. Belo Horizonte: RCJ Edições Jurídicas Ltda, 2008, p. 103/116.

Como citar: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. MARTINS, Luiz Phillipe de Oliveira Gomes. A polêmica sobre a (im)possibilidade de revista em bolsas e armários na jurisprudência do TST. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 73-97, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p73. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/07/2020

Aprovado em: 11/09/2020

**A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS/INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PELOS TRIBUNAIS E O JULGAMENTO EM PRAZO
RAZOÁVEL**

THE USE OF ROBOTS/ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY THE
COURTS AND THE TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

Leticia Sangaletto Terron*

Rogério Molica**

* Mestre em Direito pela UNITOLEDO. Aluna especial na disciplina de processo penal pela Faculdades Integradas Toledo (TOLEDO). Aperfeiçoamento em Curso Preparatório para Concursos Jurídicos pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus (DAMASIO). Aperfeiçoamento em Cursinho Anglo (ANGLO). Bacharel em Direito. Email: leticiasanga@bol.com.br

**Pós-Doutorado pela Universidade de Marília (UNIMAR). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Email: rogerio@caisadvogados.com.br

Como citar: TERRON, Leticia Sangaletto; MOLICA, Rogério. A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 98-118, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p98. ISSN: 2178-8189

Resumo: A Inteligência Artificial chegou ao ambiente jurídico, trazendo facilidade aos Tribunais e ampliando as possibilidades de resolução de conflitos beneficiando inúmeras pessoas. Assim, o avanço se direcionou aos julgadores e ao Judiciário. Diante de tamanha transformação social e profissional, esse trabalho apresenta o empenho dos sistemas tecnológicos a serviço dos Tribunais brasileiros. Devido ao número de processos no Brasil e a possibilidade de resolver esse problema por meio de máquinas e robôs que aprendem, questiona-se: o que poderia ser feito através da Inteligência Artificial para otimizar o Judiciário nos julgamentos? Para sanar essa questão, a pesquisa aplicou a metodologia de revisão bibliográfica e nos resultados utilizou-se o método dedutivo. Os objetivos focam em analisar a utilização da Inteligência Artificial como ferramenta de celeridade processual, identificando suas características e aplicabilidade por meio de robôs, bem como, verificar a produtividade dos robôs e demais ferramentas de Inteligência Artificial, analisando as funções dos robôs nos Tribunais de Justiça. A relevância está em colaborar com os estudos da área evitando que o Direito e seus setores, fiquem atrasados diante de uma sociedade digital em evolução. Os resultados apontam que a Inteligência Artificial aplicada ao Poder Judiciário, traz celeridade e aos julgamentos.

Palavras-chaves: Direito. Inteligência artificial. Tribunais. Julgamento.

Abstract: Artificial Intelligence has reached the legal environment, bringing ease to the Courts and expanding possibilities for conflict resolution benefiting countless people.

Like this, the advance was directed at the judges and the judiciary. Faced with such a transformation social and professional, this work presents the commitment of technological systems to of the Brazilian Courts. Due to the number of cases in Brazil and the possibility of solve this problem through learning machines and robots, the question is: what could it be done through Artificial Intelligence to optimize the judiciary in trials? To address this issue, the research applied the methodology of literature review and in the results the deductive method was used. The objectives focus on analyzing the use of Artificial Intelligence as a tool for procedural speed, identifying its characteristics and applicability through robots, as well as to verify the productivity of the robots and other Artificial Intelligence tools, analyzing the functions of robots in the Courts of Justice. The relevance is to collaborate with the studies of the area avoiding that the Law and its sectors, lag behind in an evolving digital society. The results show that the Artificial Intelligence applied to the Judiciary, brings speed and to judgments.

Keywords: Law. Artificial intelligence. Courts. Judgment.

INTRODUÇÃO

A tecnologia cresce de modo exponencial na esfera mundial, democratizando o conhecimento de forma rápida e oportunizando o surgimento de novas habilidades profissionais e campos modernos de trabalho. Com isso, o Poder Judiciário não poderia deixar de avançar juntamente com o restante do mundo e traz para os tribunais a aplicação da Inteligência Artificial (IA) para aprimorar suas tarefas e capacitar ainda mais seus profissionais.

O sistema Judiciário brasileiro é amplo e atende variados tipos de litígios. Devido a grande proporção populacional do país e a garantia constitucional de acesso à justiça de modo público ou privado, o número de processos é crescente a cada ano e embora haja dezenas de tribunais e centenas de magistrados para os julgamentos, a demanda é alta e o sistema se torna lento, burocrático e caro aos cofres públicos. Dessa forma, as inovações tecnológicas chegam ao sistema judiciário com o intuito de dar celeridades aos julgamentos, diminuir o custo de operação do sistema e ainda de resolver conflitos de modo desjudicializado, por meio das startups jurídicas, plataformas de resolução de conflitos, mediação, conciliação e arbitragem. Para que essas inovações ocorram, o Poder Judiciário já está aplicando a Inteligência Artificial à sua rotina por meio da aprendizagem das máquinas (*machine learning*), as quais fazem leituras de cruzamentos de dados e dão maior respaldo aos juízes, que julgam baseados nos resultados de casos semelhantes, mantendo a ética e prezando pela veracidade das informações. Essa inovação pretende dar celeridade ao sistema e julgar os processos em tempo razoável.

Assim, questiona-se: o que poderia ser feito por meio da Inteligência Artificial para aperfeiçoar o setor judiciário nos julgamentos? Para refletir essa problemática a presente pesquisa investiga a aplicabilidade da Inteligência Artificial aplicada ao Poder Judiciário, analisando quais problemas ela resolve e como ela funciona.

Para a realização dessa busca foi aplicada a metodologia de revisão bibliográfica, em fontes científicas recentes, ordenamento jurídico e revistas científicas.

Por objetivo geral tem-se a intenção de analisar a utilização da Inteligência Artificial como ferramenta de celeridade processual no sistema judiciário brasileiro, e também, identificar as características da IA e sua aplicabilidade por meio de robôs; verificar a produtividade dos robôs e demais ferramentas de Inteligência Artificial na justiça brasileira; analisar as funções dos robôs nos Tribunais de Justiça brasileiros; e, comparar a produtividade dos robôs com a celeridade de resolução dos processos.

Dessa forma, justifica-se essa pesquisa com o intuito de colaborar com os estudos da área, evitando que o Direito e seus setores, ainda conservadores, fiquem pra trás numa sociedade digital moderna e em constante evolução.

Diante do estudo, os resultados apontam que a Inteligência Artificial aplicada ao Poder Judiciário por meio de robôs, traz celeridade aos julgamentos, vez que, auxiliam os magistrados com buscas rápidas de decisões de casos equivalentes, bem como de textos doutrinários e com a seleção e organização das matérias de fato a serem julgadas.

Além do exposto, os sistemas de Inteligência Artificial também complementam a atuação dos profissionais da justiça e do direito em outros setores do Judiciário, como por exemplo, a resolução de conflitos antes de chegar a justiça, por meio da desjudicialização realizada pelas startups jurídicas, plataformas, sistemas multiportas e afins, além de proporcionar economia de recursos financeiros para o Erário e diminuindo as filas de processos que aguardam resolução.

O trabalho está dividido em itens que contemplam o mencionado nessa apresentação.

1 OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A litigiosidade brasileira obteve um grande avanço com a promulgação da tão sonhada Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a qual garante a todos os brasileiros e naturalizados o acesso à justiça, de forma pública ou particular, bem como os direitos ao contraditório e ampla defesa. Com isso, o número de litígios que chegam ao Poder Judiciário é exacerbado, e o sistema não consegue resolver sozinho e com o trabalho humano tantas demandas. Assim, a aplicação da Inteligência Artificial atua como uma solução, em que, acelera os julgamentos baseados numa quase infinita base de dados semelhantes aos casos a serem julgados, proporcionando embasamento seguro aos magistrados e maior celeridade nos julgamentos.

Segundo o jornal Folha de São Paulo (O BRASIL..., 2010), o Brasil possui 91 tribunais, divididos em 61 Federais e 30 Estaduais, que se dividem pelo território nacional. Os Federais são: 1 Supremo Tribunal, 4 Tribunais Superiores, 27 Tribunais Regionais Eleitorais (um em cada unidade federativa), 24 Tribunais Regionais do Trabalho (um por unidade federativa, exceto São Paulo, que tem dois, 1 na capital e 1 em Campinas, e Acre, Roraima, Amapá e Tocantins, que estão sob a jurisdição dos tribunais baseados em Rondônia, Pará, Amazonas e DF, respectivamente) e 5 Tribunais Regionais Federais. Como Estaduais tem-se: 27 Tribunais de Justiça (um por unidade federativa) e 03 Tribunais de Justiça Militar Estaduais (apenas São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem Tribunais de Justiça Militar estaduais).

Com a grande demanda de processos e número reduzido de colaboradores, bem como a lentidão do sistema, os tribunais também estão inovando tecnologicamente em suas rotinas. É notável que o uso da Inteligência Artificial já esteja acontecendo nos tribunais nos julgamentos de massa (temas repetitivos), porém, existem regras que delimitam esses trâmites, para que seja mantida a ética e veracidade do trabalho.

Essa nova direção dos julgamentos é alvo de constantes pesquisas e testes, como será posto adiante.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA FUNCIONALIDADE

A Inteligência Artificial há décadas vem mudando a realidade do mundo em todos os aspectos. São carros autônomos sendo testados todos os dias, comidas produzidas em laboratórios por robôs que seguem comando, máquinas inteligentes que dão precisão em trajetos de viagem,

smartphones que trazem o mundo na palma da mão, transmissões mundiais em tempo real, cirurgias realizadas a distância por mãos mecânicas, base de dados jurisprudenciais que ajudam desde o advogado iniciante aos mais experientes juristas nos tribunais. Isso tudo é fruto de anos de investimento fomentado por diversas fontes públicas e privadas em todo o mundo e por consequência dão mais conforto e viabilidade à vida humana.

A origem dessa cultura veio da Ciência da Computação, que criou a computação cognitiva, vez que, o termo cognitivo se remete à aprendizagem. Para que isso aconteça, as máquinas são alimentadas com grande quantidade de dados (Big Data) e por meio de seus sistemas obedecem a comandos, buscando nesses dados as melhores soluções para uma infinidade de questões.

Com o aprimoramento dessas tecnologias, originou-se a 4ª Revolução Industrial, em que, as máquinas não mais substituem a força braçal humana como início da Revolução, mas sim seu pensamento. Atualmente, a tecnologia está agindo e fazendo pelo cérebro humano aquilo que as máquinas fizeram pelos braços no período da Revolução Industrial (BENVENUTTI, 2018, p. 17). Atualmente as máquinas pensam, fazem comunicação entre si, tomam decisões e se adaptam aos ambientes e às pessoas, potencializando assim as capacidades humanas e mudando a forma como os humanos vivem, mais uma vez.

Diante dessa evolução, surgem os questionamentos sobre a possibilidade de as máquinas substituírem o homem, porém, quem desmistifica isso é o próprio robô Watson, a Inteligência Artificial cognitiva da IBM (pioneira na área), quando menciona que intuito da IA não é substituir o homem, mas ampliar suas capacidades cognitivas para ajudá-lo em suas atividades. A Inteligência Artificial introduz um novo nível de colaboração entre o homem e máquina, que ampliará o acesso ao conhecimento e o ajudará a solucionar mais problemas no futuro (MUNDO S/A..., 2017).

Contemplando essa visão de colaboração entre máquina e humanos para o bom desenvolvimento da sociedade é que tantas áreas profissionais aderiram a essa tecnologia e o Direito, mesmo com seu aspecto conservador, notou nessa realidade a possibilidade de colocar a Inteligência Artificial para trabalhar a seu favor e obter maior celeridade num sistema tido como lento, como é o da justiça.

Com isso, os sistemas jurídicos e as decisões judiciais aderiram a essa tecnologia, quebrando paradigmas e causando a ruptura do setor, provocando positivamente soluções para inúmeros problemas das pessoas físicas e jurídicas perante a lei.

2.1 Definições acerca da Inteligência Artificial

De acordo ao apresentado no item anterior, as máquinas, denominadas muitas vezes por “robôs”, aprendem comandos e os executam com aproximadamente 100% de exatidão. Quando não são assertivos, por meio de *feedback*, são apontados os erros e em seguida feita a correção, isso ocorre por meio do trabalho de colaboradores humanos do sistema. As máquinas inteligentes se assemelham a crianças, pois podem aprender tarefas conforme lhes forem ensinadas. Essa aprendizagem geralmente é realizada na programação interna das máquinas que acessam um grande

banco de dados (Big Data, como já dito) e obedecem a comandos treinados com as próprias. “O Big Data é definido por 5Vs: valor, veracidade, variedade, volume e velocidade. Seu conceito é transformar dados brutos em informações úteis e estratégicas” (CAMARGO, 2018).

Exemplos dessa tecnologia estão nos smartphones que apontam rotas de transportes segundo o comando do motorista, que trazem a lista de restaurantes como um pedido por gravação de voz ou ainda, na locomoção de um carro autônomo e na Internet das Coisas, em que, os aparelhos se conectam entre si e respondem a comandos, sensores ou temperatura. Tudo isso se dá por meio da Inteligência Artificial, hora aclamada pelas facilidades que apresenta e hora temida, pelo o que ainda pode fazer no mercado do trabalho e na substituição do trabalho humano.

Para melhor compreensão do assunto, apresentam-se a seguir conceitos que definem o que é a Inteligência Artificial, assim, fica mais completa a organização e entendimento do tema, para poder compreender como o Direito e a Justiça, fazem uso dessa tecnologia.

Dentre os conceitos de Inteligência Artificial tem-se a posição de Russel e Norvig, apontado pela juíza Márcia Maria Nunes de Barros:

A ciência e engenharia de produção de máquinas inteligentes ou o estudo e desenho de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe o seu meio-ambiente e toma ações que maximizam suas chances de sucesso (RUSSEL; NORVIG apud BARROS, 2018, p. 84).

A magistrada interpreta a colocação dos demais pesquisadores opinando que a “Inteligência Artificial é o ramo de pesquisa da ciência da computação que busca a construção de mecanismos e/ou dispositivos capazes de simular a inteligência humana – com destaque para as competências de pensar, agir e resolver problemas.” (BARROS, 2018, p. 85).

Dessa forma, pode-se compreender que todo esse dispêndio de energia e os investimentos bilionários estão sendo executados para que as máquinas possam ajudar os profissionais humanos em grandes demandas que geralmente são repetitivas e tomam muito o tempo produtivo do trabalhador com tarefas simples, possibilitando assim, que o humano invista em relacionamento de qualidade com seus pares, resolvendo mais problemas, fidelizando clientes e dando celeridade ao sistema judiciário no Brasil e no mundo.

Fazendo uma grande retomada sobre o tema, Augusto César Castro, pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), aponta a definição de Inteligência Artificial relacionando-a com a ação do homem, e aponta que o sucesso está na colaboração entre elas.

A Inteligência Artificial é a área da Ciência da Computação que procura desenvolver sistemas ou dispositivos capazes de reproduzir a capacidade humana de resolver problemas. De um modo mais amplo, pode-se afirmar que a Inteligência Artificial procura desenvolver sistemas que sejam capazes de executar funções que são consideradas inteligentes quando executadas por pessoas (CASTRO, 2014, p. 21).

A ciência que “imita o cérebro” teve início em 1956, durante uma conferência realizada no Dartmouth College, em New Hampshire, Estados Unidos, em que, o cientista da computação John McCarthy usou pela primeira vez a expressão “Inteligência Artificial” para dar nome ao novo campo de conhecimento que buscava produzir modelos matemáticos que simulassem o funcionamento dos neurônios cerebrais desde a década de 1940. Dessa época em diante, aprimoraram-se os estudos em IA focados na matemática e grandes evoluções aconteceram nesse ramo. Com o sucesso dessas pesquisas, a IA ganhou força, credibilidade e aceitação, vez que, hoje ela é aplicada em todas as áreas do conhecimento, facilitando a vida das pessoas e agora, mais recentemente, dando celeridade ao Poder Judiciário.

Ainda na década de 1950, houve a necessidade de se realizar testes que avaliassem se as máquinas eram mesmo inteligentes, foi então criado o teste de Turing, que levou o nome de seu criador Alan Turing, pesquisador do ramo. Castro (2014, p. 21-22) assinala que:

Segundo este teste, uma máquina terá comportamento inteligente se um ser humano lhe propuser uma série de questões por escrito sem, todavia, entrar em contato direto com a máquina, e após receber as respostas não conseguir identificar se estas foram formuladas ou não por uma pessoa. Desta forma, um computador teria de apresentar as seguintes características para passar no teste de Turing: ter capacidade de se comunicar em linguagem natural, ser capaz de acumular conhecimento, ser capaz de usar o conhecimento acumulado para responder perguntas e tirar conclusões e ser capaz de se adaptar às novas condições, quando estas se apresentam. Cabe notar, que algumas destas capacidades interessam muito quando se pensa em produzir ferramentas que auxiliem a produção de sentenças judiciais.

Com a aplicação de testes, podem-se avaliar quais máquinas estão melhores preparadas para atuarem em determinadas funções, isso aproxima ainda mais a semelhança do robô com o ser humano, o qual também participa dos processos de seleção para atuar em determinada vaga de emprego. Mas como saber se a máquina será uma “funcionária” destaque ou não? Pois bem, ainda na pesquisa sobre o teste, o autor esclarece que a máquina pode atuar de modo autoconsciente ou não, e isso determinará a capacidade de sua inteligência, conforme aponta a seguir:

Uma máquina, ou software, capaz de passar no teste de Turing não é necessariamente uma máquina capaz de raciocinar verdadeiramente, podendo ser apenas uma máquina com capacidade de agir como se fosse inteligente, sendo considerada como de Inteligência Artificial Fraca, ou seja, não apresenta autoconsciência. Por outro lado, uma tecnologia capaz de solucionar problemas e raciocinar, com autoconsciência, será dita possuidora de Inteligência Artificial Forte. A discussão acerca da possibilidade de construir tal tecnologia é grande e por enquanto sua existência habita apenas o universo ficcional (CASTRO, 2014, p. 21-22).

A teoria é profunda e por vezes confunde-se, se as informações são sobre os humanos ou as máquinas, podendo parecer ficção científica, que é o berço da divulgação da IA, mas é

a realidade. Programas avançadíssimos como o assistente pessoal do Google para smartphones podem executar tarefas como criar lembretes para enviar um cartão de aniversário, fazer ligações sem usar as mãos ou tocar músicas conforme o gosto de seu dono, tudo por meio de comando de voz.

Outros exemplos são o Google Home ou a Alexa, da Amazon, serviços de automação residencial em que, o aparelho ouve e faz o que o dono pedir, interage via comando de voz e a partir de uma evoluída integração com plataformas, por meio da “Internet das Coisas” e conecta-se com outros serviços eletrônicos e mais, dá sugestões aos usuários e atua como agenda.

É uma tecnologia moderna e promissora, que investe valiosas quantias no aperfeiçoamento de suas máquinas.

Todo esse desenvolvimento se deu mediante estudos sobre o funcionamento do cérebro humano e os resultados foram transformados em sistemas computacionais que imitam funções cerebrais, porém com amplos armazenamentos de dados e múltiplas formas na resolução de problemas.

No desvendar sobre o aprendizado das máquinas, encontram-se informações que mostram que no passado havia o seguinte questionamento: será que as máquinas poderão aprender no futuro? Pois bem, esse futuro chegou e a resposta é sim, elas estão aprendendo e atuando junto com os humanos no mercado do trabalho. Hoje as máquinas se transformaram em robôs assistentes comerciais, atendentes, operadores de *call center* e até advogados. É fato que atualmente elas raciocinam e criam quase tudo!

Por meio da simulação da capacidade humana de raciocinar, a ciência da computação cria inúmeros tipos de sistemas, que ao serem implantados, permitem que as máquinas sejam capazes de armazenar, cruzar e analisar um número recorde de informações, quantidade essa, quase impossível de ser decorada e acumulada pelo cérebro humano.

E as pesquisas avançam organizando e armazenando dados para as máquinas fazerem a leitura e encontrarem as informações solicitadas, na área jurídica, por exemplo, há softwares que reúnem amplas informações jurisprudenciais, que são encontradas facilmente pelos profissionais e utilizadas em petições iniciais e demais diligências da carreira. Mas essa aplicação da IA ao mundo do Direito, já estende ao Poder Judiciário, tanto para funções básicas, como distribuição de ações por tema, como correções processuais, recuperação de tributos e respaldo para sentenças.

Essas tarefas, antes realizadas por seres humanos, de forma lenta, estão sendo realizadas pelos “robôs”, ou seja, programas computacionais que executam as tarefas de forma rápida e muito mais barata do que a mão de obra humana, prestigiando os princípios da celeridade e economia.

Para que isso aconteça, as máquinas são ensinadas da seguinte maneira:

As aplicações com Inteligência Artificial funcionam como uma criança, aprendem por meio de dados, geralmente o treinamento é por meio de feedback positivo e negativo, ou seja, de acordo com a resposta dada pelo sistema o usuário pode dizer se está de acordo ou não e assim o sistema vai ser aprimorado conforme o tema (MUNDO S/A, 2017).

Assim, são aplicados comandos ao sistema, o qual executa a tarefa e logo o resultado é avaliado, após essa avaliação, se forem necessários novos reparos, acréscimo ou retirada de informações, as alterações são feitas e o sistema fica ainda mais inteligente.

Trazendo o foco do estudo para o Brasil, tem-se que o momento da Inteligência Artificial no país é favorável, pois nesse ano, foi inaugurado o Instituto Avançado de Inteligência Artificial (AI2), que une empresas e universidades para o desenvolvimento de pesquisas na área.

Os pesquisadores responsáveis apostam em trabalhos multidisciplinares, que possam ser aplicados em diferentes áreas de conhecimento e facilitando assim a vida de milhares de pessoas. Sobre a atuação da IA, André Carlos Ponce de Leon Carvalho, da Universidade de São Paulo e integrante AI2 mostra que:

A IA busca simular a inteligência humana utilizando não apenas conhecimentos da computação, mas também de biologia, engenharias, estatística, filosofia, física, linguística, matemática, medicina e psicologia, apenas para citar algumas áreas (CARVALHO, 2019 apud TUNES, 2019, p. 18).

Para o andamento dessas pesquisas, os passos iniciais serão dados por pesquisadores que atuam nas universidades localizadas na grande São Paulo, com perspectiva de expansão e parceria por todo o mundo. O suporte para esse trabalho virá do setor privado, que contribuirá com o recrutamento de recursos humanos, organização de eventos e aquisições de materiais e programas informatizados do gênero.

Não é por acaso que o AI2 reúne, inicialmente pesquisadores paulistas. O estado e, em especial a cidade de São Paulo, apresentam uma grande concentração de empresas, pesquisadores e mão de obra qualificada, o que representa um poderoso atrativo para o desenvolvimento de novas tecnologias (TUNES, 2019, p. 19).

Todo esse trabalho tem o apoio também de agências de fomento, como a FAPESP, por exemplo, que apoia projetos de IA desde 1992, investindo em pesquisa e nas sofisticadas startups, que atuam em diversas áreas.

No tocante ao desenvolvimento da ciência da computação que alavancou a disseminação da Inteligência Artificial no mundo, estão os “algoritmos”, também conhecidos como a linguagem do computador. É por meio deles que os comandos e as ações acontecem, é através dessa ação que dados são detectados dos mais profundos sistemas computacionais, ou seja, ele é a ligação entre o comando e a ação das máquinas.

Muito se fala no poder dos algoritmos, e a FAPESP apresenta sua contribuição ao esclarecer que “algoritmo é uma sequência lógica de passos para resolver um problema, que é escrita em linguagem de programação de computador” (PIERRO, 2018). Depois de criado, o algoritmo é ensinado a tomar decisões sobre o que lhe é empregado. Os robôs investidores na bolsa de valores,

juizes e assistentes pessoais passam por essas etapas, identificam o comando, estudam o cenário a que estão inseridos e tomam as decisões para resolver os problemas baseados em fatos, registros e dados. É disruptivo o que o algoritmo pode fazer. Os algoritmos são fruto dos testes realizados com a Inteligência Artificial, e são por ela treinados pra simular o raciocínio humano.

Assim, o aprimoramento dos sistemas passa pelo trabalho dos algoritmos, que pensam e resolvem problemas. O grande receio que se tem, com a adoção da Inteligência Artificial para a realização e julgamentos, é a forma com que esses algoritmos serão programados pelos humanos.

3 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo assim, o Estado Democrático de Direito, que em seus fundamentos aborda a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses importantes quesitos são igualmente aplicados a todos os brasileiros e estão descritos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o qual afirma ainda em seu parágrafo único que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Aproximando a pesquisa do Poder Judiciário brasileiro, na esfera Tribunal, para que se possa avaliar a questão da aplicação da Inteligência Artificial relacionada à celeridade de julgamento, faz-se necessário comentar que o trabalho da justiça e respectivamente seus tribunais estão claramente autorizados na Constituição Federal, e que em seus artigos 2º e 3º apresentam:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A soberana Constituição proporciona a organização do país em todos os aspectos, juntamente com ela, outras leis colaboram com o equilíbrio das relações humanas por meio da aplicabilidade do Direito, assim, o foco se direciona agora para o Poder Judiciário nacional.

Ao Poder Judiciário é atribuída a função de administrar a justiça na sociedade, e ela faz isso ao zelar pela aplicação das leis judiciais e constitucionais. Esse poder é composto por desembargadores e juizes, que julgam ações e situações que fogem do cumprimento legal das normas propostas pelo Poder Legislativo e aprovadas pelo Poder Executivo ou ainda, se contidas na Constituição Federal.

A função do Poder Judiciário é privar pela defesa dos direitos dos cidadãos, promovendo

a justiça e resolvendo conflitos que aparecem na sociedade diariamente. Para essa resolução, aplica-se a investigação, apuração, julgamento e as possíveis punições ou absolvições pertinentes aos envolvidos nas lides.

Para que sejam efetivamente assegurados aos brasileiros seus direitos e deveres, fazem parte junto com o Poder Judiciário os seguintes órgãos: Ministério Público, Defensoria Pública (advogados), Magistrados e Advogados da esfera privada.

Assim, compreende-se que todo cidadão tem respaldo da justiça para manter seus direitos e garantias fundamentais, bem como a harmonia das relações humanas na sociedade e essa garantia que é de todos, está também assegurada na Constituição Federal de 1988, no art. 5º *caput* e inciso LV que diz:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] (BRASIL, 1988).

O destaque desse inciso está nas palavras “são assegurados o contraditório e ampla defesa”, o que garante a todos os brasileiros o direito de acessar a justiça para a defesa de seus direitos eventualmente lesados, bem como, quando for notificado de uma ação contra si. Esse é um ponto forte dessa discussão, pois se compreende que com a possibilidade de todos poderem ter o acesso a justiça, seja de forma pública ou privada, faz com que muitos cidadãos procurem seus direitos, suas defesas e por consequência os serviços judiciais, que pelo volume de ações que recebe mensalmente, encontram-se abarrotados e lentos.

Assim, visando à solução desse problema e na busca de mais celeridade à resolução dos processos, os sistemas judiciários estão utilizando o recurso inovador da Inteligência Artificial para realizar tarefas repetitivas e burocráticas em frações de segundo, o que assegura maior celeridade ao trabalho da justiça.

Para enfatizar a necessidade de celeridade das lides, Castro (2014, p. 13-14), apresenta que:

A sociedade espera e necessita que o Poder Judiciário funcione de forma ágil e eficiente. Para que isso ocorra, as ações devem ser processadas e julgadas no menor tempo possível e produzirem resultados correspondentes às leis em vigor. Este trabalho justifica-se pela busca de mecanismos que auxiliem na obtenção destes resultados, através da utilização de recursos de Inteligência Artificial.

Essa agilidade beneficiará milhões de pessoas que necessitam das decisões judiciais para terem seus direitos alcançados e que esperam por anos a solução de seus processos.

O Poder Judiciário brasileiro concluiu o ano de 2016 com 18.011 juízes de direito, desembargadores e ministros. No ano de 2009, esse identificador era de 15.946. Esses números

evidenciam que a eficácia de trabalho da magistratura acende de forma proporcional à população, que passou de 190,7 milhões, em 2010, para 206 milhões em 2016. O número de juízes por cada grupo de 100 mil habitantes praticamente não variou, nesse mesmo período de tempo. Em 2010, havia 8,6 magistrados por cada grupo de 100 mil brasileiros. Em 2016, a média registrada foi de 8,2. A despeito dos esforços, a Justiça ainda padece com o déficit de magistrados, que se elucubra no número de municípios sem juiz titular. Os cargos vagos montam a 19,8% dos 18 mil juízes do País – cargos criados por lei, mas nunca preenchidos. O número de processos em andamento no ano de 2015 foi 1,9 milhão a mais que no ano anterior. De 2009 a 2015, o número de processos no Judiciário aumentou 19,4%, um suplementar de 9,6 milhões de peças, sem análise do STF (CONSELHO NACIONAL JUSTIÇA, 2016).

Atualmente, se o Judiciário brasileiro ficasse apenas analisando as demandas já existentes e não recebesse nenhum novo processo, haveria a necessidade de se trabalhar 03 anos para liquidar os casos já existentes.

Com a finalidade de mudar esse cenário, os tribunais já estão aplicando a Inteligência Artificial para ajudar que tarefas repetitivas sejam feitas mais rapidamente.

Conforme o site do TJSP fica claro a celeridade que os robôs trazem aos Tribunais. A Vara de Execuções Fiscais Estaduais da Fazenda Pública de São Paulo, Capital utiliza robôs desde 2013. Em 2018 foram realizadas 16.091 penhoras pelo sistema BANCEN-JUD, levantando R\$ 92.877.062,72 e bloqueando R\$ 238.525.645,74, transferindo R\$ 127.717.627,89. Nesse mesmo período de 05 anos houve uma redução de 2/3 de seu acervo. Esses robôs são administrados por funcionários do Tribunal de Justiça de São Paulo, e amparam na hora de obter informações de processos; concretização de movimentações em lote; identificação de processos prescritos; encerramento de pendências e classificação de petições.

3.1 O Sistema Multiportas de Acesso à Justiça

Atualmente a tecnologia traz diversas maneiras de acesso à justiça, vezes para evitar que uma ação vire um complicado processo, ou ainda para mediar conflitos ou conciliar as partes envolvidas na lide, tudo para que o sistema funcione mais rápido, porém, que permaneça sua credibilidade e veracidade.

A litigiosidade brasileira se encontra numa crescente, segundo Wambier (2019, p. 302-303), mostra que:

O número de processos em trâmite no país cresce ano após ano, aumentando constantemente o estoque daqueles que aguardam uma solução definitiva pelo poder judiciário. No final do ano de 2009, por exemplo, tramitavam 60,7 milhões de processos. Em oito anos, esse número cresceu pra 80,1 milhões de casos pendentes. E nem se diga que tal circunstância tenha decorrido de eventual déficit na produtividade dos magistrados brasileiros. Conforme levantamento do conselho nacional de justiça, o índice de produtividade foi de 1.819 processos por magistrado. Ou seja, se contabilizados apenas os dias úteis do ano de 2016,

excluídas as férias, o resultado é a solução de cerca de 7,2 processos por dia. Entretanto, somente no ano de 2017, ingressaram na justiça brasileira 29,4 milhões de processos. São dados que indicam que, para a melhoria na eficiência, precisão e qualidade na resolução das controvérsias, será preciso promover transformações estruturais, como o abandono da cultura da litigiosidade, por adoção de novas tecnologias capazes de dar maior racionalidade aos métodos de solução dos conflitos.

O autor é brilhante ao relacionar a quantidade de processos em espera à produção dos magistrados e ainda dar uma possível solução a ser alcançada por meio das novas tecnologias, é um pesquisador com os olhos descortinados para o futuro e é capaz de, sem medo, sugerir grandiosa visão de resolução do maior problema da justiça, a demora.

Ainda nesse artigo, o autor aponta que modernas estruturas tecnológicas já trazem três soluções para o setor, que são: maior celeridade, maior segurança e economia ao Judiciário.

Além da justiça comum, o sistema multiportas inclui as startups jurídicas, que trabalham por meio de plataformas online e fazem a resolução de problemas por meio de mediação, conciliação, arbitragem e rede de contatos profissionais, como já mencionado anteriormente. Essas empresas de tecnologia podem atender uma grande massa de clientes por meio do ambiente virtual, resolvem problemas à distância, peticionando e remunerando profissionais como determina o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e seus órgãos filiados.

O processo eletrônico, estimulado pelo Código de Processo Civil de 2015, também foi um avanço na área jurídica, acelerando as distribuições (que também são eletrônicas) e alimentando as bases de dados.

Assim, compreende-se que o Sistema Multiportas é um composto de diversas maneiras tecnológicas de acesso à justiça e que “o Judiciário brasileiro vem se adaptando a essa nova era” (WAMBIER, 2019, p. 301).

Por meio da interpretação dessa obra, percebe-se que os três principais problemas do Judiciário segundo o autor são: o grande índice de litigiosidade, morosidade do sistema e alta utilização de recursos públicos financeiros. Porém, o sistema multiportas de acesso à justiça ajuda a solucioná-los da seguinte maneira:

O processo de desjudicialização dos conflitos e de informatização do Direito e, precisamente, a associação entre Inteligência Artificial e meios consensuais de solução dos litígios vem ganhando espaço e importância entre os operadores do Direito e certamente trarão inúmeros benefícios, especialmente no que diz respeito à efetividade na pacificação de conflitos (WAMBIER, 2019, p. 306).

Quem se comprometer com a tecnologia disruptiva da Inteligência Artificial, poderá obter grandes ganhos para si e para a justiça de modo geral, é hora de deixar de lado o conservadorismo extremo da profissão e ousar pelo bem da nação.

3.2 A Utilização de Inteligência Artificial pelos Tribunais e o Julgamento em Prazo Razoável: os prós e contras desse uso

Nesse tocante, as opiniões se dividem, para uns a iniciativa é favorável, para outros, muito audaciosa e temível; pois bem, para que prevaleça o debate, quesito norteador do Direito, apontar-se-ão as diferentes opiniões e possíveis soluções referentes à temática.

No Brasil, “robôs advogados, robôs juízes e robôs assistentes” já são realidade. As universidades, em parceria com a iniciativa privada, já constroem, testam e colocam na ativa as máquinas dotadas de inteligência, que por meio do cruzamento de dados de processos e sentenças transitadas em julgado, conseguem julgar novos processos pela semelhança dos casos abordados e isso tem resultado positivo com a celeridade do sistema.

Sobre essas novas possibilidades de operação da justiça, a Juíza Federal Márcia Maria Nunes de Barros (2018, p. 85) comenta que:

Por um lado, a informatização dos sistemas judiciais amplia o acesso à justiça, ao facilitar o ajuizamento de demandas, a compilação de dados e o acompanhamento processual, a sistematização de processos e procedimentos e a comunicação de atos processuais, bem como a redução de custos, funcionando como instrumento democrático de inclusão.

Porém, outras observações da magistrada também mostram que se ficar facilitado o processo de ingresso na justiça por conta da informatização, também crescerá o número de litígios.

Mas, por outro lado, ao facilitar esse acesso à Justiça, a informatização e consequente simplificação do acesso à Justiça podem estimular a litigiosidade, seja diretamente ou por meio de advogados, e implicando a proliferação de demandas repetitivas, mediante o uso predatório ou desarrazoado do sistema. Além disso, com o advento e a popularização de tecnologias que utilizam a Inteligência Artificial para análise de contratos e documentos, elaboração de peças processuais e outras atividades de natureza processual, pequenos e grandes escritórios de advogados e as novas legaltechs e lawtechs passam a contar com uma imensa possibilidade de, ao invés de promover a redução de litígios, potencializar a litigiosidade – e até mesmo sugerir o ajuizamento de múltiplas demandas, o que desafia a própria capacidade operacional do Poder Judiciário (BARROS, 2018, p. 85).

Para sanar ambas as expectativas, o Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal planeja “pensar a utilização da Inteligência Artificial para otimização do sistema brasileiro, em especial da Justiça Federal, de forma proativa, ética e segundo o interesse público” (BARROS, 2018, p. 86), estabelecendo pesquisas e indicadores que colaborem com o aprimoramento desses sistemas.

Para esse fim, o Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal almeja:

Buscar instrumentos que possam contribuir para a rápida identificação de demandas

repetitivas ou com potencial de repetitividade, identificando possíveis focos e/ou causas de litigiosidade excessiva, eventuais tentativas de fraudes ou de utilização predatória do sistema de Justiça, sempre tendo como norte o interesse público. Outro foco é a utilização da Inteligência Artificial. Para aprimorar o sistema de gestão de precedentes, devendo ser estimuladas iniciativas de integração entre todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como da Justiça Federal com outros órgãos públicos e privados, o desenvolvimento de pesquisas e estudos científicos na área e a aproximação com atividades acadêmicas e de natureza gerencial (BARROS, 2018, p. 85).

Relacionado à pesquisa científica, muito já se faz no Brasil, os robôs (softwares) já possuem nomes, cargos e atividades a serem desempenhadas, como por exemplo, a Dra. Luiza e o Projeto Victor.

Dra Luiza, primeira advogada robô do Brasil, que surgiu de uma parceria entre a Legal Labs e a Procuradoria do Distrito Federal, para trabalhar nos 393 mil processos de execução judicial em trâmite na nossa capital. A fase de execução, como se verá adiante, é justamente na qual se concentra o maior tempo de tramitação dos processos. Essa tecnologia, portanto, tem grande potencialidade para auxiliar na solução dos problemas de que anteriormente se tratou. Estima-se que aproximadamente 24 bilhões de reais em impostos e multas não pagos poderão ser resgatadas (WAMBIER, 2019, p. 304).

Isso acontece por meio da aprendizagem das máquinas (*machine learning*), que é alimentada com uma imensa base de dados e faz, sob comando humano, o cruzamento de dados mostrando quem são os inadimplentes, seus endereços, valores das dívidas e demais informações pertinentes. Assim, o software já gera automaticamente a Petição Inicial e o processo se desenrola de modo mais rápido e eficiente, alcançado o tão esperado julgamento em prazo razoável.

Outro colega do robô Dra. Luiza, é o Victor, assistente jurídico que está atuando no STF com grandes promessas de inovação e aperfeiçoamento do sistema. Segundo seus idealizadores, Victor ainda está na fase inicial e evoluirá muito. Desenvolvido junto à Universidade de Brasília (UnB) o projeto ganha o status de mais relevante projeto acadêmico brasileiro relacionado à aplicação da Inteligência Artificial no Direito.

Batizado de VICTOR, a ferramenta de inteligência artificial é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da Ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira. Na fase inicial do projeto, VICTOR irá ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral. Essa ação representa apenas uma parte (pequena, mas importante) da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, mas envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina. VICTOR está na fase de construção de suas redes neurais para aprender a partir de milhares de decisões já proferidas no STF a

respeito da aplicação de diversos temas de repercussão geral. O objetivo, nesse momento, é que ele seja capaz de alcançar níveis altos de acurácia – que é a medida de efetividade da máquina –, para que possa auxiliar os servidores em suas análises (BRASIL, 2018).

As discussões sobre o aperfeiçoamento do sistema são frequentes nos tribunais, pesquisadores de alto nível formam a comissão idealizadora do projetos e estão produzindo material científico continuamente sobre o tema.

É válido lembrar ainda que, o nome dado à ferramenta de Inteligência Artificial do STF, vulgo Victor é uma homenagem a Victor Nunes Leal, ministro do STF de 1960 a 1969, o qual foi “autor da obra *Coronelismo, Enxada e Voto* e principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em Súmulas, o que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos, basicamente o que será feito por VICTOR” (BRASIL, 2018).

Victor é capaz de “rastrear com precisão e rapidez ações com repercussão geral, com acuidade de 85%” o que segundo a fala do Ministro Dias Toffoli, “vai desafogar o sistema de justiça, pois, quando um desses processos é julgado, todos os demais processos semelhantes podem ter o mesmo desfecho” (FERREIRA, 2019). Ainda, em reportagem do jornal Valor Econômico, o presidente da Corte explica: “Não desejamos mais processos em papel, que pessoas presas fiquem esquecidas dentro de prisões, já com penas cumpridas, pela simples razão de não existir um sistema informatizado capaz de emitir alertas para essa situação” (BAETA, 2019).

Atualmente a Inteligência Artificial possui grande facilidade em desempenhar atividades repetitivas - como no exemplo trazido acima, o Victor - mas, ainda, está longe de conseguir distinguir alterações fáticas e, por isso, faz-se distante de se ter um julgamento realizado por robôs.

Nesse sentido é o entendimento de Samuel Rodrigues de Oliveira e Ramon Silva Costa (2018, p. 36):

A imagem de um juiz robô, ou uma máquina de decidir, continua sendo mais uma utopia na ideia de substituir o governo das pessoas pelo governo das máquinas. Considerando-se que ainda hoje só existem sistemas baseados em inteligências artificiais fracas, é possível perceber que a evolução da informática não foi capaz de alcançar uma representação adequada de toda a complexidade ínsita ao Direito e ao processo de decisão judicial. Por mais completo e complexo que seja um sistema jurídico inteligente, uma máquina não pode substituir a capacidade de apreciação e valoração humana, tampouco pode motivar uma sentença, como deve fazer um juiz. A inteligência artificial pode e deve funcionar como ferramenta de auxílio para a tomada de decisões jurídicas e justificação das decisões, mas não como substituta à atividade humana. Frente ao exposto, percebe-se que a inteligência artificial não pode integrar todos os elementos essenciais a uma decisão judicial, e o resultado obtido por um sistema jurídico inteligente dificilmente será impecavelmente justo e equitativo. Em que pese a existência de diferentes e sólidos argumentos contrários à ideia de se permitir que um sistema de IA ocupe o papel de juiz, é possível concluir que a atividade de

julgar, principalmente por envolver processo de valoração, é uma atividade única e exclusivamente humana, e assim o permanecerá, ao menos por hora.

Na disputa de prós e contras, os prós ainda levam vantagem e apresentam benefícios para os tribunais advindos dessa inovação: “facilitará para o juiz de primeiro grau, que poderá identificar os processos com este ou aquele precedente; além de poupar tempo para o trabalho de justiça [...], economiza recursos humanos” (FERREIRA, 2019).

Mas, a precaução e a visão novamente ética do aprimoramento da IA deixa muitos profissionais apreensivos, com isso, surge a nova nomenclatura da Jurisdição 4.0, também advinda da Revolução Industrial 4.0 e revolução tecnologia contemporânea.

Na França através do artigo 33, da Lei Francesa de Reforma da Justiça, promulgada recentemente, foi proibida a relação de disposições dos tribunais franceses e os nomes dos juízes que atuaram na causa, para que se impeça a análise e comparação nas decisões dos mesmos, evitando assim, uma possível manipulação do resultado processual através da seleção da corte mais favorável ao conflito. Esse artigo traz como penalidade a prisão do usuário desses dados por até 05 anos. Dessa maneira, o legislador francês proibiu as soluções de Inteligência artificial que se baseiam nos repertórios jurisprudenciais da França. Com isso, a França se tornou a primeira a proibir o uso do IA, inclusive com pena de prisão (CAMARGO, 2019).

Essa decisão francesa pode vir a acarretar diversas modificações na maneira de desenvolver a IA em outros países, inclusive o Brasil, desacorçoando uma relação entre o Direito e a tecnologia.

Como resultado de uma análise cuidadosa sobre toda essa mudança no sistema Judiciário, Ferreira (2019) aponta diferenças do básico processo eletrônico, que é a forma virtual de um documento até pouco tempo físico e a nova transformação ocasionada pelos algoritmos (sequência finita de ações executáveis que visam obter uma solução para um determinado tipo de problema). Os algoritmos são procedimentos precisos e não ambíguos, atuam de forma mecânica, eficiente e correta, por isso ganharam tanta credibilidade no sistema judicial, é muito difícil eles errarem, mantendo assim o grande jargão latino do Direito que é o *in dubio pro reo*.

De maneira muito rápida parece que o processo de “tecnologização no Direito” já está em novo estágio, de um passo de transformação das plataformas de processo — do físico ao eletrônico — saltou-se para uma “nova era”, a da busca da linguagem preditiva artificial, isto é, ainda que os processos eletrônicos tenham trazido certo impacto, a inteligência artificial se apresenta como o novo *modus* (ou moda) para o Direito no Brasil. *Analytics*, *Big Data*, *Machine Learning* e *Computação Cognitiva* são as novas metodologias que turbinarão a jurisdição 4.0, a eficiência “quantitativa” da prestação jurisdicional (FERREIRA, 2019).

Para o autor a inserção da IA de modo tão frenético deve ser alvo de estudo, pois se caracteriza um desafio em não deixar essa automação toda banalizar o sistema jurídico. Para ele, a intervenção humana nas decisões deve ser necessária e não apenas colaborativa. Afirmar ainda que a “industrialização das decisões”, caso aconteça, poderá ser perigosa.

Diante de tal cenário, o autor faz uma descrição de possíveis “efeitos colaterais” do processo de aprofundamento industrial do Direito, que são:

Na mesma medida que o indivíduo é substituído algorítmicamente, também os profissionais do Direito, em qualquer nível, também o serão. Seremos prescindíveis sistemicamente. [...]Veja que, em fase de testes, com acerto de 85% (certamente será melhorado), o “robô” faz em cinco segundos o que um assessor faz em 40 minutos/1 hora! Isso quer dizer que a mão de obra de assessoria, por exemplo, se tornará desnecessária ou enxuta. Na sequência, por certo, juizes, promotores, procuradores, defensores, advogados e assim por diante, sistemicamente. Uma espécie de programa de ajuste “fiscal” endógeno. 2. Reafirmação do caráter meramente instrumental do processo. [...] A inteligência artificial para o contexto que se busca desenvolver é apenas mais um ingrediente operacional. Os utentes serão importantes na medida em que sejam números (quantitativos), que possam ter seus casos algorítmicamente convertidos, lidos em teses e modulados em metas. [...] As pessoas e suas dificuldades não mais importarão [...] (FERREIRA, 2019).

Interpretando esses dois primeiros pontos, o autor se refere a possível generalização dos julgamentos, temendo que fiquem esquecidos os princípios constitucionais que dão direito ao julgamento ético e imparcial. Para ele, a neoliberação processual-instrumental tornará a justiça também artificial.

No terceiro efeito, Ferreira (2019) aponta que:

A democracia, a defesa da Constituição e a transformação da realidade social (justiça social): o nosso olhar sobre o papel do Direito nas democracias constitucionais contemporâneas em países periféricos como o Brasil e sua condição de possibilidade, é a justificativa das Constituições compromissárias e dirigentes, ainda que para democracias imperfeitas. A atribuição de responsabilidades ao Estado para correção das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar coletivo passa pela força jurídico-normativa da Constituição, não apenas em seu aspecto formal, mas, fundamentalmente, material. Uma Justiça asséptica e instrumental e uma jurisdição constitucional em processo de fragilização, penso que não garantirão bons resultados qualitativos para a sociedade e para a Constituição.

O autor demonstra preocupação com as novas aplicações tecnológicas temendo que o Direito perca sua originalidade e ressalta ainda que o Brasil tem uma modernidade tardia, precisando se preparar muito bem para tais implementações.

Com todas essas opiniões e visões, engrandece-se ainda mais a riqueza do debate no Direito, pois todas as opiniões são válidas e embasadas. É importante lembrar ainda, que muitos testes estão sendo feitos, para que se mantenha a ordem e a aplicabilidade das leis nacionais e da soberana Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada trabalho de pesquisa é sempre um novo mundo a se desvendar, permeia por expectativas e objetivos por vezes concretos e por vezes virtuais. Aspectos como esse puderam ser observados durante esse trabalho, que permitiu um mergulho nas descobertas do que a Inteligência Artificial pode fazer a serviço da justiça e de seus usuários no Brasil.

É com satisfação, que na retomada aos objetivos, conclui-se não só o alcance deles, mas também descobertas por meio, que permitiu concluir que a Inteligência Artificial realmente acelera o Sistema Judiciário permitindo mais julgamentos em menos tempo, julgamentos de grandes demandas idênticas e oportunidade de conciliação. Foi identificado também que os robôs são eficientes e apresentam percentual convincente de acertos e ainda trazem economia de tempo e de dinheiro aos Tribunais, pois os mesmos fazem análises de processos em milésimos de segundos, economizando até a mão de obra humana.

Além dos robôs existem os softwares, os quais são especializados em resolução de conflitos, identificação de processos sobre o mesmo assunto e fazem a distribuição aos juízes competentes.

Durante o estudo detectou-se a preocupação e a necessidade de se elaborarem diretrizes éticas sobre a aplicabilidade da Inteligência Artificial nos serviços judiciais, e os brasileiros já buscam em outros modelos a elaboração das próprias normas, como por exemplo no modelo de especialistas da União Europeia, garantindo o controle e a responsabilidade social diante do avanço tecnológico.

Outro ponto importante é o destacado no Sistema Multiportas, o qual possibilita o acesso à justiça não só pelos meios convencionais, mas também pelos inovadores, tais como as startups jurídicas e os meios tecnológicos de conciliação, mediação e arbitragem. Tecnologias que permitem resolução de conflitos sem sair de casa, ou mesmo passeando por um shopping, ou ainda pelo celular ou chamada de vídeo. Esses procedimentos podem resolver as lides antes de elas chegarem ao Judiciário, mas também podem servir de acordos e atos processuais a serem juntados aos autos do processo.

O mecanicismo das máquinas amedronta alguns profissionais, os quais defendem que com essa intervenção dos robôs a relação jurídica ficará mais fria.

Por outro lado, se o Direito está na sociedade para colocar em prática a resolução de conflito, a automatização poderá colaborar imensamente com o sistema e conseqüentemente ajudar milhares de pessoas.

A certeza de tudo isso, será mesmo detectada na prática, nas novas pesquisas e na interação entre os órgãos do Poder Judiciário, Justiça Federal, órgãos públicos e privados, os quais produzirão os indicadores de avaliação dessa aplicabilidade tecnológica. Em suma, a maioria das produções encontradas preza pela organização e harmonia do trabalho humano juntamente com o da IA, vez que, um é capaz de aprimorar o outro e trazerem benefícios a milhares de brasileiros que necessitam do trabalho jurídico.

De acordo com o exposto, conclui-se que as máquinas podem aprender conforme são ensinadas e a Inteligência Artificial aplicada nelas não vem para substituir o ser humano, mas sim dar mais capacidade a ele e maior produtividade ao sistema, beneficiando assim milhões de usuários do setor Judiciário nacional, concretizando os princípios da economia e celeridade.

REFERÊNCIAS

BAETA, Zínia. Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. **Valor Econômico**, São Paulo, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislação/6164599/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-ações>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BARROS, Márcia Maria Nunes de. O Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal e a Inteligência Artificial: novas possibilidades. *In*: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Estratégias de prevenção de conflitos, monitoramento e gestão de demandas e precedentes**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 84-87.

BENVENUTTI, Maurício. **Audaz**: as cinco competências para construir carreiras e negócios inabaláveis nos dias de hoje. São Paulo: Gente, 2018.

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: 6 jan. 2019.

BRASIL. Inteligência Artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. *In*: BRASIL. **Notícias STF**. Brasília, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 1 jun. 2019.

CAMARGO, Gabriel. Big Data já é essencial também para o setor jurídico. *In*: AB2L. [S. l.], 12 abr. 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/big-data-ja-e-essencial-tambem-para-o-setor-juridico/>. Acesso em: 21 maio 2019.

CAMARGO, Solano de. A Inteligência Artificial nos tribunais franceses e o julgamento de Galileu. **Estadão**, São Paulo, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-inteligencia-artificial-nos-tribunais-franceses-e-o-julgamento-de-galileu/>. Acesso em: 4 jul. 2019.

CASTRO, Augusto César de. **Estudo da aplicabilidade da Inteligência Artificial para apoiar a produção de sentenças judiciais**. 2014. Monografia (Especialização em Engenharia de Software) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERREIRA, Rafael Fonseca. Jurisdição 4.0 e Inteligência Artificial exegetica: os novos “códigos”. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 20 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-20/diario-classe-jurisdicao-40-inteligencia-artificial-exegetica-novos-codigos>. Acesso em: 22 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ., 2016. Disponível em: www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias. Acesso em: 22 abr. 2019.

MUNDO S/A: Inteligência Artificial. [S. l.: s. n.], 2017. 1 vídeo (24 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lZD1RJTwjXg>. Acesso em: 22 maio 2019.

O BRASIL tem 91 tribunais. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 out. 2010. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/o-brasil-tem-91-tribunais>. Acesso em: 12 jun. 2019.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 21-39, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/4796/pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PIERRO, Bruno de. O mundo mediado por algoritmo. **Revista FAPESP**, São Paulo, n. 266, jan. 2018.

TUNES, Suzel. Terreno fértil para a Inteligência Artificial. **Revista FAPESP**, São Paulo, v. 20, n. 275, jan. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência Artificial e sistemas multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1000, fev. 2019.

Como citar: TERRON, Leticia Sangaletto; MOLICA, Rogerio. A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 98-118, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p98. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 04/07/2019

Aprovado em: 04/07/2020

**ASPECTOS POLÊMICOS DO CONTRATO DE TRANSPORTE
AÉREO DE PASSAGEIROS E BAGAGENS¹**

CONTROVERSIAL ASPECTS IN PASSENGER AND LUGGAGE AIR
TRANSPORTATION CONTRACTS

Daniela Braga Paiano*
Alessandra Cristina Furlan**

*Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Especialista em Direito Civil pela Associação Educacional Toledo de Ensino (ITE). Graduada em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (ITE). Email: danielapaiano@hotmail.com

**Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: alessandracfurlan@uenp.edu.br

Como citar: PAIANO, Daniela Braga. FURLAN, Alessandra Cristina. Aspectos polêmicos do contrato de transporte aéreo de passageiros e bagagens *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 119-142, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p119. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O tema do presente artigo é o contrato de transporte de pessoas e bagagens, realizado por via aérea. Observa-se, sobre a modalidade, uma multiplicidade de fontes legislativas, com contradições e antinomias, particularmente, no tocante à indenização por danos materiais e morais. Identificar a legislação aplicada ao caso concreto exige esforço exegético do profissional do direito. Assim, o artigo objetiva um estudo, destacando os divergentes posicionamentos doutrinários e as principais soluções adotadas pelos tribunais pátrios. Apesar do tema não ser recente, a expansão do emprego de transporte aéreo por usuários das mais variadas classes sociais impõe a constante reflexão da regulamentação, de forma a consolidar soluções justas, tanto para os consumidores como para os prestadores dos serviços. Denota-se que a pesquisa realizada tem cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico lógico-dedutivo e que conta com diversos procedimentos metodológicos de coleta de informações, com ênfase à pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. É importante considerar, na investigação, a influência harmonizadora da Constituição e dos novos princípios contratuais, especialmente a incidência da cláusula geral de boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Transporte aéreo. Passageiro. Contrato.

Abstract: The purpose of this article is to analyze passenger

¹ O artigo é resultado parcial dos estudos no projeto “A boa-fé objetiva nos contratos empresariais”, desenvolvido pela primeira autora, no curso de Administração da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Versão semelhante foi apresentada no X Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito UEL-UNIMAR, em 2019. O texto final recebeu a colaboração da segunda autora.

and luggage air transportation contracts, which are legislated by different sources that have many contradictions and antinomies between them, especially when regarding compensations for material and moral damages. Identifying which legislation applies to what case demands a considerable amount of effort from law professionals. Thus, the objective of this paper is to examine divergent doctrinal interpretations and solutions adopted by Brazilian courts. Although the object of study may not be new, the growing use of air travel from the most varied social classes imposes constant pressure on Brazilian law to consolidate fair solutions for both consumers and service providers. This study provides a theoretical, exploratory, and critical analysis from the logical deductive scientific method, which includes several methodological procedures, such as data collection, with emphasis on literature review, and legislative and jurisprudential bibliography. Furthermore, it is important to note, in the investigation, the harmonizing influence of the Constitution and its binding principles, especially regarding the principle of objective good faith.

Keywords: Air Transportation. Passenger. Contracts.

INTRODUÇÃO

O transporte consiste em atividade relevante no desenvolvimento da civilização. A extraordinária progressão auferida nos últimos séculos revela a sua importância na dinâmica social e econômica, propiciando a integração entre os povos e favorecendo a circulação de riquezas. No ramo aeronáutico, o avanço da indústria, a redução das intempéries e o cenário econômico garantiram a “democratização” do deslocamento de pessoas, atingindo índices de usuários jamais vistos.

Com o serviço verdadeiramente massificado, o contrato de transporte converte-se em um dos negócios jurídicos mais celebrados na atualidade, de forma a reclamar adequada regulamentação jurídica e a consequente conciliação dos interesses empresariais e consumeristas. A matéria inicialmente se manifestava dispersa em inúmeros textos legislativos, o que proporcionou o advento de uma fecunda jurisprudência.

Diversamente do documento anterior, o Código Civil (BRASIL, 2002), em atendimento ao *caput* do artigo 178 da Constituição Federal, inovou ao tipificar o contrato de transporte nos artigos 730 a 756. Inseriu inúmeras disposições gerais, seguidas do transporte de pessoas e do transporte de coisas. Quando identificada a relação de consumo, incidem as normas de proteção ao consumidor, mediante sua qualificação como prestação de serviços e os respectivos regimes de responsabilidade civil.

Destarte, observa-se uma multiplicidade de fontes legislativas no transporte aéreo de pessoas e bagagens, em especial quando há transporte internacional: Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Convenção de Montreal, Código Brasileiro de Aeronáutica. O excesso normativo revela um campo fértil para a proliferação de contradições e antinomias, com discrepantes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. A unidade do sistema, contudo, impõe esforço exegético para a aplicação da lei aos casos concretos, e o recurso à obra pretoriana é uma necessidade permanente.

Portanto, a grande problemática da pesquisa referente ao contrato de transporte e à responsabilidade civil das empresas aéreas é identificar a legislação adequada à situação concreta, particularmente quando envolve o deslocamento internacional. Assim, questiona-se: incide a legislação consumerista – posição dominante nos tribunais pátrios, por mais de duas décadas – ou aplicam-se as normas e os tratados internacionais limitadores da indenização, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 2017?

A controversa modificação de posição pelo STF possibilita o tarifamento da indenização e, conseqüentemente, afasta o princípio da reparação integral informativo do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, no âmbito interno, denota-se a existência de divergências entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Logo, justifica-se a pesquisa, uma vez que a opção normativa reflete diretamente nos direitos dos usuários e no cenário de má-prestação de serviços, como extravio de bagagens, atraso e cancelamento de voos, prática do *overbooking*, entre outras situações que ocasionam danos patrimoniais e extrapatrimoniais aos usuários.

Com base no problema explanado, o objetivo do trabalho é a análise do contrato de transporte de pessoas e bagagens, por via aérea, sob o enfoque legislativo, doutrinário e jurisprudencial. O texto inicia pela concisa investigação histórica; aborda as antinomias relativas aos limites legais da indenização por danos materiais e morais; evoca a responsabilidade civil do transportador e encerra com alguns direitos e deveres dos usuários do transporte aéreo.

Para tanto, a investigação tem cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico lógico-dedutivo e que conta com diversos procedimentos de coleta de informações. Sobressai o exame da legislação nacional (adota como documentos principais o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica) e estrangeira (portuguesa, italiana, francesa e alemã), bem como das normas e dos tratados internacionais. Expõe os discrepantes entendimentos doutrinários presentes em obras jurídicas e artigos científicos. Enfim, analisa os julgados paradigmáticos da temática dos tribunais superiores e as decisões proferidas pelos tribunais de segundo grau.

Em suma, confronta o conhecimento teórico com as decisões judiciais, elencando conclusões parciais e não definitivamente sedimentadas, sem esgotar tal temática de tamanha envergadura.

1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

O transporte surgiu nos primórdios da civilização, decorrente da necessidade de intercâmbio de coisas. De todos os meios existentes, o transporte marítimo alcançou primeiramente o desenvolvimento, graças ao empenho dos fenícios (NADER, 2010, p. 370-371). À medida que a navegação passou a ser praticada por outros povos, eclodiram normas reguladoras como as Leis de Eshnunna (GILISSEN, 2001, p. 64), o Código de Hamurabi, o Código de Manu e a *Lex Rhodia de Iactu* (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2009, p. 342), demonstrando a preocupação das sociedades antigas com o traslado de mercadorias.

O contrato de transporte de pessoas, contudo, é considerado fenômeno recente na história², uma vez que, anteriormente, era raro quem não tivesse interesse nas cargas. Foi somente na segunda metade do século XIX que as modificações nas condições de deslocamento e as circunstâncias políticas e econômicas impulsionaram a modalidade negocial (RIPERT, 1929, p. 950). Referido século foi essencial para o aperfeiçoamento de aeronaves e o conseqüente desenvolvimento do transporte aéreo.

A idealização da máquina aérea como veículo para fins desportivos incentivou pequenos fabricantes. Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a aventura e o desporto deram lugar à utilização bélica da aviação e, ao final do conflito, empregou-se a infraestrutura existente para a exploração de serviços aéreos postais e comerciais (MORSELLO, 2007, p. 44-47).

O inegável avanço da aviação no período, porém, não configurava o transporte de massa.

2 “Quem, naqueles tempos tão afastados, precisava de transportar-se, ou tomava emprestado animais ou veículos, que eram raros, a amigos, ou os alugavam mais aquêles, do que a estes, para aquêles objetivo” (FERREIRA, 1944, p. 511).

Foi a produção de aeronaves em larga escala, advinda da Segunda Guerra Mundial e seguida da criação de novas rotas comerciais, que propiciou o uso do transporte aéreo de passageiros por mercado cativo elitizado e por homens de negócios, na década de cinquenta (MORSELLO, 2007, p. 47-48).

A expansão do turismo internacional iniciada nos anos sessenta modificou a situação: o serviço, que a princípio beneficiava um pequeno grupo de privilegiados, difundiu-se e atualmente serve milhões de consumidores. O avião possibilita locomoção rápida e verdadeiramente segura (BENJAMIN, 1998, p. 33-44). Nos dizeres de José de Aguiar Dias (2012, p. 231), um dos milagres atuais é, sem dúvida, “o surto prodigioso da aeronave aérea”.

Sob o aspecto jurídico, o desenvolvimento do transporte aéreo civil impunha investimentos vultosos e, em virtude dos altos riscos existentes à época, revelou-se fundamental a edição de normas aptas a proteger o setor aeronáutico. “Tendo em vista, ademais, a célere transposição de fronteiras internacionais, afigurava-se imprescindível editar um diploma legal uniforme em vários países” (MORSELLO, 2015, p. 113-114). Com base nos fatores descritos, em 1929, assinou-se a Convenção de Varsóvia para unificação das regras relativas ao transporte aéreo internacional, que entrou em vigor em 1933, considerado um avanço do direito privado uniforme. No mês de maio de 1999, em Montreal, um novo documento foi firmado e, em 2003, entrou em vigor a Convenção de Montreal, que liga 107 estados participantes (CACHARD, 2015, p. 19-20).

No Brasil, o transporte explorado em grande escala ensejou a realização de negócios em condições diversas das existentes (GOMES, 2009, p. 373). O contrato de transporte, que antes se confundia com a locação de serviços ou com a empreitada, hoje conta com regras próprias, diferenciando o transporte de coisas e de pessoas, segundo as particularidades das várias modalidades (VENOSA, 2012, p. 336): por via fluvial, marítima, terrestre e aérea, bem como por meio de navios, estradas de ferro, automóveis, aviões, metrô, ônibus, barcas e outros (DIAS, 2012, p. 202).

O Código Civil brasileiro disciplina o contrato de transporte no artigo 730 e seguintes, regulamentando o transporte de pessoas e de coisas. Esse documento segue a mesma ordem do Código Civil italiano, que trata do assunto no capítulo VIII, referindo-se, também, ao contrato de pessoas (artigo 1.681 e seguintes) e contrato de coisas (artigo 1.683 e seguintes)³. Portanto, a inovação trazida na legislação civil atual regula o contrato de transporte de forma específica, incluindo-o no rol dos contratos típicos, com regras próprias (prioritariamente) e que podem ser complementadas pela legislação especial (GONÇALVES, 2017, p. 292).

Quanto às fontes normativas do transporte aéreo de pessoas e bagagens, diferencia-se a modalidade internacional da doméstica. No âmbito do transporte aéreo internacional, considerado como aquele que liga dois países⁴, foram editados vários diplomas até o advento da Convenção de Montreal⁵. O transporte aéreo doméstico, prestado no interior do país, é objeto da Lei nº 7.565, de

3 Confira o *Codice Civile* (ITALIA, 2018).

4 Segundo Marco Fábio Morsello (2015, p. 118) “considera-se transporte aéreo internacional aquele que o ponto de partida inicial e o ponto de destino final sejam situados em Estados distintos ou em que um ponto de escala esteja situado em um Estado diferente do Estado onde se situa o ponto de partida e de destino.”

5 A Convenção de Varsóvia foi editada em 12 de outubro de 1929 e expressamente promulgada no Brasil, pelo

19 de dezembro de 1986, denominada Código Brasileiro de Aeronáutica (DINIZ, 2006, p. 434). Paralelamente às legislações específicas, é possível extrair princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor (quando caracterizada relação de consumo) e do Código Civil (BRASIL, 2002).

Do exposto, é possível concluir que a regulamentação interna do transporte aéreo é marcada pela convivência de um anacrônico regime legal adequado à pretérita ordem pública de direção, instituído no início do século XX, quando a indústria aeronáutica encontrava-se “na sua infância”, e de um regime recente, caracterizado pela responsabilidade civil moderna e por novos princípios contratuais (MORSELLO, 2007, p. 91), em especial pela incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva.

2 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

O contrato é uma ‘conjugação entre consensos’ (MARTINS-COSTA, 2018, p. 115). Nesse sentido, o Código Civil Francês, no artigo 1.101 dispõe que “o contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, destinado a criar, modificar, transmitir ou extinguir obrigações.”⁶

No tocante ao contrato de transporte, o artigo 730 do Código Civil de 2002 adotou definição semelhante à de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, ao estatuir que “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas” (BRASIL, 2002)⁷. O objeto principal da avença é a transladação de pessoa ou bem, embora o contrato possa abranger, como acessório, a locomoção da bagagem ou de animal e outras utilidades, como acomodação e refeições nos percursos mais demorados (ASSIS, 2005, p. 318). O negócio ocorre entre o transportador e a pessoa a ser transportada (viajante ou passageiro) ou a pessoa que entrega o objeto (remetente ou expedidor).

A natureza jurídica do contrato de transporte variou no transcorrer dos tempos: foi equiparada à locação de serviços, à empreitada,⁸ ao fretamento, ao arrendamento,⁹ ao mandato mercantil e ao depósito. Na atualidade, muitos autores consideram o transporte um contrato *sui generis*¹⁰. Após a regulamentação civil, transformou-se em negócio típico, autônomo, diferindo das outras figuras do direito contratual. Por conseguinte, o contrato de transporte é “um negócio sobre realização de uma obra especial, em que assume obrigação de resultado, ficando a cargo do

Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Recebeu alterações (e complementos) do Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955, ratificado em 16 de junho de 1964 e promulgado pelo Decreto nº 56.463, de 15 de junho de 1965; da Convenção de Guadalajara, de 1961, ratificada em 08 de fevereiro de 1967 e promulgada pelo Decreto nº 60.967, de 7 de julho de 1967 e dos Protocolos de Montreal, de 1975, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 22, de 28 de maio de 1979, com ratificação dos Protocolos nºs 1 e 2 em 27 de julho de 1979, e promulgação de todos pelo Decreto nº 2.860, de 14 de junho de 1998 (Cf. MORSELLO, 2007, p. 53-90). A Convenção de Montreal encontra-se em vigor no Brasil, por meio do Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006 (MORSELLO, 2015, p. 117).

6 No original, o artigo 1.101 do Código Civil Francês dispõe: “Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.” (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2020).

7 Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2012, p. 63), o contrato de transporte é “o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens”.

8 Roberto de Ruggiero (2005, p. 462-465) trata do contrato de transporte dentro do tópico destinado à locação de obra ou contrato de empreitada. O autor firma que “o contrato de transporte não tem uma natureza diversa das outras formas de locação de serviços”.

9 Manuel Albaladejo (1975, p. 264) trata do contrato de transporte na seção destinada ao “Arrendamiento de servicios y obras”.

10 Nesse sentido, confira: Morsello (2006, p. 386-407).

transportador os riscos do empreendimento”. Classifica-se como bilateral, consensual, oneroso, não formal e, em regra, de adesão (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 11-26).

Trata-se de contrato bilateral sinalagmático, porque cria obrigações interdependentes para ambas as partes; de forma livre (admite-se até a relação contratual de fato, estabelecida com um incapaz, desde que observado o Estatuto da Criança e do Adolescente) e de duração, porquanto não executável de maneira instantânea. É consensual (embora pese opiniões contrárias), não se exigindo o embarque do passageiro ou a entrega da mercadoria para sua formação, visto que tais atos são de execução da avença (GODOY, 2008, p. 682). Frise-se que o artigo 730 previu expressamente a onerosidade e, assim, afastou o deslocamento por mera cortesia.

A respeito da onerosidade do contrato, o legislador, no artigo 736 do Código Civil, acompanhou a doutrina alienígena (como o direito português¹¹ e o direito italiano¹²) e o entendimento da jurisprudência consolidada na Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça¹³. Excluiu do campo de abrangência o denominado transporte gratuito, feito por amizade ou cortesia. Na hipótese, advindo um dano, a responsabilidade será extracontratual e o transportador só responderá quando incorrer em dolo ou culpa grave (GUIMARÃES, 2007, p. 86-87), como já decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴. Aliás, José Fernando Simão (2014) destaca a função social da carona que deve ser estimulada por reduzir o número de veículos nas ruas, fato este que melhora o trânsito e o meio ambiente.¹⁵

O parágrafo único do artigo em comento, porém, evidencia que determinadas “gratuidades”, se vinculadas aos fins econômicos, não elidem a tipificação contratual¹⁶. É o caso dos bilhetes adquiridos com milhagem, em que há a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade do transportador decorrente da má prestação do serviço é objetiva¹⁷. Igualmente, não é reputado desinteressado o transporte coletivo disponibilizado ao idoso sem pagamento de passagem, “pois em verdade há custo que indica não agir o concessionário por mera cortesia.” (GODOY, 2008, p. 693).

Portanto, verifica-se que o artigo 736 do Código Civil adotou a responsabilidade

11 O Código Civil português, no artigo 504.3 prevê que “No caso de transporte gratuito, a responsabilidade abrange apenas os danos pessoais da pessoa transportada.”

12 No direito italiano, pela redação do artigo 1.681 do Estatuto Civil, admite-se a aplicação da responsabilidade do transportador também aos contratos gratuitos: “Le norme di questo articolo si osservano anche nei contratti di trasporto gratuito.” (ITALIA, 2020).

13 Segundo a Súmula nº 145 do Superior Tribunal de Justiça: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.” (MELO, 2016).

14 TJSP. Apelação Cível 9119532-78.2001.8.26.0000. Relator (a):Jayme Queiroz Lopes (SÃO PAULO, 2019).

15 No entanto, o tema não é pacífico: há autores que sustentam a responsabilidade objetiva daquele que dá carona – como Flávio Tartuce (2018, p. 1.092); outros alegam que basta culpa, em qualquer de seus graus, para a responsabilização – como é o caso do desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (2016).

16 “Observado o Enunciado 369 do CJF, no transporte aéreo, nacional e internacional, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia, é objetiva, devendo atender à integral reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais” (Enunciado 559) (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, [2006?]).

17 Apelação. Transporte aéreo. Aquisição de passagem aérea através de programa de milhagem. Bilhete não emitido por falha sistêmica, conforme constatado no momento do embarque. Má prestação dos serviços configurada. Aplicação do CDC. Responsabilidade objetiva. Danos materiais e morais. Configuração. Indenização pelos danos morais experimentados bem fixada em atendimento aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como ao caráter compensatório pelo abalo sofrido e inibitório da reiteração na má prestação de serviços. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido. TJSP. Apelação Cível 1023703-70.2019.8.26.0100. Relator (a):Flávio Cunha da Silva. (SÃO PAULO, 2020).

extracontratual ou aquiliana no transporte puramente gratuito ou benévolo, e a responsabilidade contratual, com cláusula de garantia, no transporte oneroso ou aparentemente gratuito (GONÇALVES, 2017, p. 305).

O transporte, na maioria das vezes, é um contrato de adesão, ou seja, não está presente a plena discussão das cláusulas (TARTUCE, 2019, p. 680). Ao negócio padronizado, com cláusulas pré-elaboradas pelo transportador, a interpretação será mais favorável ao aderente, nos termos do artigo 423 do Código Civil e do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸

Explanadas as considerações prévias e indispensáveis ao contrato de transporte e ao transporte de pessoas¹⁹, adentra-se na temática que é objeto do presente estudo: transporte aéreo de pessoas e de bagagens. A respeito desse subtipo, o artigo 222 do Código Brasileiro de Aeronáutica apresenta o contrato de transporte aéreo de passageiros como aquele pelo qual o transportador se obriga, mediante contraprestação pecuniária, a transportar pessoas e bagagens, por via aérea.

Para caracterizar o transporte aéreo, além da transferência de pessoas ou de coisas de um lugar para outro, impõe-se a existência do veículo de transporte apto à navegação aérea. É contrato bilateral, consensual e oneroso. Acrescenta Luiz Felipe Salomão (2016, p. 203) que o contrato é também comutativo, por adesão e visa o resultado.

Quanto ao contrato de transporte de bagagem, este consiste em acessório ao de pessoa e quando alguém compra um bilhete, terá o direito de levar consigo a bagagem e o transportador deverá deslocá-la, cabendo ao passageiro o pagamento do excesso não contratado (GONÇALVES, 2017, p. 302).

Em relação ao tipo contratual, a Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica permanecem plenamente em vigor e convivem de maneira harmoniosa com o Código Civil e com o Código de Defesa do Consumidor, salvo o conflito aparente de normas restrito à responsabilidade civil dos transportadores. Ao contrário do ordenamento pátrio, a Convenção de Montreal impõe a responsabilidade subjetiva (com presunção de culpa), limitada e com proibição expressa de inserção de cláusulas convencionais, de modo a eximir ou reduzir os limites indenizatórios nela fixados (MORSELLO, 2015, p. 115).

Frente à contradição, se a relação é admitida como de consumo, as empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo alegam o artigo 178 da Constituição Federal, objetivando a aplicação da Convenção de Montreal e do Código Brasileiro de Aeronáutica. Por sua vez, os passageiros sustentam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de norma protetiva, mais benéfica. Ademais, para inflamar a controvérsia, o artigo 732 do Código Civil estatui a sua primazia sobre o conteúdo de qualquer outra norma referente ao contrato de transporte. Doutrina e jurisprudência discrepam a respeito do tema, como demonstra o tópico subsequente.

18 “O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo” (Enunciado 171) (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, [2002?a]).

19 O teor do artigo 730 do Código Civil distingue o contrato de transporte de pessoas e o de mercadorias. O primeiro caracteriza-se “com a assunção, pela empresa exploradora, da obrigação de conduzir passageiros e bagagens, de uma localidade para outra, mediante satisfação do preço correspondente, e obediente ao respectivo itinerário.” (BITTAR, 2008. p. 131).

3 AS (APARENTES) ANTINOMIAS NA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO

No tocante aos limites indenizatórios fixados na Convenção de Montreal e no Código Brasileiro de Aeronáutica, a doutrina e os tribunais pátrios dividem-se em duas correntes diametralmente opostas.

Eros Roberto Grau (2011, p. 411-414) sustenta a total possibilidade de limitação da indenização. Para o jurista, o Código de Defesa do Consumidor é norma geral, que trata amplamente da defesa do consumidor, enquanto a Convenção de “Varsóvia” e o Código Brasileiro de Aeronáutica são normas especiais, por regularem a relação entre os agentes econômicos e seus clientes em determinado setor da economia. Logo, havendo divergência no caso concreto e considerado que a lei especial prevalece sobre a geral, serão aplicadas as normas específicas: a Convenção de “Varsóvia” e o Código Brasileiro de Aeronáutica, mesmo que sejam anteriores ao Código de Defesa do Consumidor. Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 11-26) está assente com referido entendimento.

Posicionamento contrário adota Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1998, p. 33-44), para quem os limites indenizatórios do transporte aéreo violam preceitos constitucionais, atentando contra a dignidade humana, a justiça e a solidariedade social. Enfim, o Código de Defesa do Consumidor afasta a aplicação da Convenção de “Varsóvia” e do Código Brasileiro de Aeronáutica, seja pelo caráter protetório que o torna especialíssimo, seja pela posteridade de publicação.

A responsabilidade civil do transportador aéreo já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Como explica Flávio Tartuce (2018, p. 1.077):

[...] a questão a respeito das Convenções de Varsóvia e de Montreal alterou-se no âmbito da jurisprudência superior nacional, uma vez que, em maio de 2017, o Pleno do Supremo Tribunal Federal acabou por concluir pelas suas prevalências sobre o Código de Defesa do Consumidor, lamentavelmente.

A solução se deu pelos critérios da especialidade e cronológico.²⁰ Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem seguido a solução da Corte Constitucional brasileira (TARTUCE, 2019, p. 684).

O caso concreto decidido no RE 636311/RJ dizia respeito à responsabilidade civil do transportador aéreo por extravio de bagagem, cujo texto da Convenção prevê um limite máximo de mil Direitos Especiais de Saque (DES), equivalente a R\$ 4.561,00, ao tempo do julgamento. Ao comentar o assunto, Bruno Miragem (2018, p. 549) critica a posição adotada no julgado:

A tese fixada no julgamento, contudo, refere-se, genericamente, à prevalência das ‘normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das

20 STF. RE 636.331. Relator: Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2017).

transportadoras aéreas de passageiros’, não distinguindo entre a natureza dos danos, se patrimoniais ou extrapatrimoniais (assim, por exemplo, o dano morte do consumidor em razão de acidente aéreo).

Nessa linha, em julgado recente (decisão noticiada em 19/06/2020) o STJ entendeu que:

Embora seja norma posterior ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) e constitua legislação especial em relação aos contratos de transporte aéreo internacional – com prevalência, segundo o Supremo Tribunal Federal, sobre a legislação consumerista interna –, a Convenção de Montreal não pode ser aplicada para limitar a indenização devida aos passageiros em caso de danos morais decorrentes de atraso de voo ou extravio de bagagem, tendo em vista que o tratado internacional alcança apenas as hipóteses de dano material. Com base nesse entendimento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, ao analisar ação por extravio de bagagem em voo internacional, confirmou a fixação de danos morais de R\$ 8 mil para cada passageiro, com base no CDC, e danos materiais conforme as notas fiscais dos gastos realizados pelos requerentes enquanto estiveram sem as malas, nos limites da Convenção de Montreal. No recurso ao STJ, a companhia aérea afirmou que os conflitos sobre extravio de bagagem deveriam ser resolvidos pelas regras dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Por isso, defendeu que fosse observado o parâmetro máximo da Convenção de Montreal para indenizações, cobrindo tanto os danos materiais quanto os morais (BRASIL. 2020).²¹

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a legislação consumerista para os danos morais decorrentes do extravio de bagagem e reservou a incidência da Convenção de Montreal somente para os danos materiais. Com efeito, o STJ afastou a tese fixada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, que entendeu pela prevalência da Convenção sobre o Código de Defesa do Consumidor para qualquer espécie de dano.²²

Por fim, é possível observar alguns pontos de desarmonia entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 em matéria de transportes. É certo que, ao determinar que o contrato de transportes seja necessariamente oneroso, o Código Civil abrangue inúmeras relações de transporte que são de consumo. A prevalência de um ou de outro documento legislativo,

21 Vide notícia “Para Terceira Turma, dano moral a passageiro de voo internacional não se submete à Convenção de Montreal”, de 19.06.2020. (BRASIL. 2020).

22 Vide REsp 1842066/RS: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DE MONTREAL. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA TRANSPORTADORA APENAS QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AOS DANOS MORAIS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...) 2. O STF, no julgamento do RE nº 636.331/RJ, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese jurídica: Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. 3. Referido entendimento tem aplicação apenas aos pedidos de reparação por danos materiais. 4. As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1842066/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO) (BRASIL, 2020).

igualmente, divide juristas.

Cláudia Lima Marques (2005, p. 447-448) ensina que a relação de transporte de pessoas ou passageiros, quando de consumo, deve ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, em diálogo com o Código Civil. Havendo conflito, a preferência será pela aplicação do primeiro, atendendo à proteção constitucional do consumidor. Consoante à autora, a utilização do Código Civil “contra” os consumidores implicaria enorme injustiça no sistema e um privilégio inconstitucional para os fornecedores de serviços de transporte.

Na mesma linha, a doutrina aponta a necessidade, diante de tantas fontes normativas que regulamentam a matéria, de que ocorra um diálogo entre elas, em especial entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Flávio Tartuce aponta a necessidade de um diálogo de “complementaridade, com aplicação simultânea e coordenada das duas leis” (SCHREIBER *et al.*, 2019, p. 438).

Marco Fábio Morsello (2006, p. 399-401), autor da mais completa obra sobre responsabilidade civil no transporte aéreo, sustenta que, uma vez confirmada relação de consumo, prepondera o diploma consumerista porque, além da proteção dos direitos fundamentais do consumidor, vige a maior especialidade legislativa, não tendo a norma geral posterior o condão de preponderar diante da norma especial anterior. Coaduna com a lição Renan Lotufo (2002, p. 205-214), ao ensinar que o Código Civil não revoga o Código de Defesa do Consumidor.

Posicionamento diverso é exposto por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 160), respaldado no artigo 732 do Código Civil. Para o jurista, a prevalência é do Código Civil, quando em confronto com o Código de Defesa do Consumidor, visto que o primeiro regulamenta especificamente o transporte de pessoas e o segundo, de forma geral, as relações de consumo (GONÇALVES, 2012, p. 490). Assim, “as normas do Código Civil preponderam sobre as demais que dispõem a respeito do contrato de transporte. As outras regras são subsidiárias” (GONÇALVES, 2017, p. 296). Rui Stoco (2011, p. 378) e Rui Rosado de Aguiar Júnior (2003) comungam de idêntico entendimento.

Observa-se que não há como perdurar esse último entender. Considerada a tutela constitucional do consumidor, com vistas à redução de sua situação de particular vulnerabilidade e o critério da especialidade, deverá prevalecer a legislação protetiva. É certo que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor devem ser considerados complementares na promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais, mas havendo divergência, aplicar-se-á o segundo ao caso concreto²³. Esclarece Gustavo Tepedino, Konder e Bandeira (2020, p. 409) que “sempre que o transportador for um prestador de serviço e o contratante for consumidor, segundo a definição legal, o diploma especial será aplicável”.

Vale notar que, frente às inúmeras leis ordenadoras do transporte aéreo, o intérprete deverá sujeitar-se ao influxo da força unificadora da Constituição, sem perder de vista a nova principiologia contratual, que não é diversa no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: garantir

23 Dispõe o Enunciado 369 CJF/STJ: “Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, [2002?b]).

e fomentar a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual; assegurar a dignidade humana, o solidarismo e a justiça nas relações entre as pessoas (GODOY, 2008, p. 685).

Cumprir realçar a incidência da boa-fé objetiva nos contratos de transporte, inclusive por via aérea, pois sua finalidade é proporcionar o bom andamento das relações jurídicas, além de servir de fonte para a elaboração de regras jurídicas (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 92). Assim, pode-se dizer que “a boa-fé objetiva é uma regra de conduta que consiste no dever de atuar de acordo com os modelos (*standards*) socialmente reconhecidos de legitimidade e lealdade.” (MORSELLO, 2019, p. 181).

Anderson Schreiber (2016, p. 53) explica que a boa-fé objetiva também é conhecida como boa-fé contratual, tendo sido amplamente desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs (após 1896), com base no § 242 do BGB²⁴. Ainda no direito estrangeiro, cita-se que o Código Civil francês, no artigo 1.104 dispõe que os contratos devem ser negociados, formados e executados de boa-fé, sendo tal disposição, de ordem pública²⁵.

O Código Civil brasileiro regula a boa-fé objetiva no artigo 113, no que tange à interpretação dos negócios jurídicos, e, mais especificamente, na parte contratual, no artigo 422, mencionando a necessidade dos contratantes respeitarem o princípio da boa-fé tanto na fase da conclusão como na da execução do contrato. Desta feita, trata-se de “um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade” (SANSEVERINO, 2018, p. 184).

Assim sendo, mesmo nos transportes *low cost*, segundo Marco Fábio Morsello (2019, p. 178), “não poderá descurar o núcleo duro mínimo de proteção ao usuário, substituindo, pois, *in casu*, a aplicação da boa-fé objetiva”. Sobre a aplicabilidade da boa-fé aos contratos de transporte, afirma o autor que “nesse contexto, emergem novos paradigmas para sua aplicação, aptos a dar efetividade à obrigação de proteção ao passageiro, colmatando lacunas das Convenções reguladoras do transporte aéreo civil internacional.” (MORSELLO, 2019, p. 181).

Em suma, tomando por base o arcabouço jurídico que regula o contrato de transporte aéreo de passageiros e bagagens, a maior dificuldade é identificar a normativa correta ao caso concreto: no deslocamento internacional, aplica-se a Convenção de Montreal ou o Código de Defesa do Consumidor; no transporte doméstico, o Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor.

4 OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DO TRANSPORTADOR

Compete ao transportador aéreo o dever de “apanhar” o passageiro em determinado local, conduzi-lo são e salvo ao destino e respeitar os horários de embarque e de desembarque previamente estabelecidos (STOCO, 2011, p. 337). Responderá por acidentes, atrasos e outros efeitos danosos ocorridos com o passageiro e sua bagagem (BITTAR, 2008, p. 131).

24 Vide §242 BGB: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” (BUNDESMINISTERIUM, 2020). Conforme tradução livre: “O devedor é obrigado a efetuar a execução conforme exigido a boa-fé com o devido respeito a costume”.

25 (Tradução livre). No original: “Article 1104: Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public”.

Quanto ao âmbito espacial-temporal da responsabilidade do transportador, o artigo 17 da Convenção de Montreal e o artigo 233 do Código Brasileiro de Aeronáutica consideram não apenas os danos ocorridos a bordo da aeronave, mas igualmente os que acontecem no curso das operações de embarque e de desembarque²⁶, como quando o passageiro está na fila para a utilização de *ground handling services* (serviços com equipamentos de transporte por superfície na área dos aeroportos) ou de *fingers* (passarelas telescópicas) (MORSELLO, 2007, p. 166).

Desse modo, calcado em uma interpretação extensiva do conceito de embarque e desembarque trazido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, é possível afirmar que “a responsabilidade do transportador inicia quando o passageiro se submete às ordens e determinações de preposto da companhia aérea para proceder ao embarque, em área destinada para tanto, finalizando quando atinge o *hall* de chegada (com livre acesso ao público)” (MORSELLO, 2007, p. 169). O traslado até o aeroporto corre por conta e risco do passageiro, assim como ato ilícito que possa ocorrer nas dependências do aeroporto (ASSIS, 2005, p. 318).

O transporte é considerado obrigação de resultado (ALVIM, 1995, p. 341), sendo a responsabilidade contratual. Para a grande maioria dos doutrinadores, a responsabilidade é objetiva. Prescinde, pois, da verificação da culpa, sendo suficiente provar o transporte e o dano para caracterizar a responsabilidade por inadimplemento contratual (GONÇALVES, 2003, p. 147).

Segundo Enzo Roppo (1988, p. 287), Carlos Alberto Bittar (2008, p. 130) e Araken de Assis (2005, p. 323-327), a responsabilidade do transportador revela-se objetiva em razão do risco da atividade. Rui Stoco (2011, p. 335-337) defende a responsabilidade objetiva quando a atividade explorada está ao abrigo do artigo 37, §6º da Constituição Federal²⁷. E, não há como desconsiderar a responsabilidade independente de culpa prevista no Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de relação de consumo (GUIMARÃES, 2007, p. 135). Neste sentido, explica Flávio Tartuce (2018, p. 1.082) que o contrato de transporte é identificado por uma obrigação de resultado do transportador, em razão do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como do artigo 734 do Código Civil.

O artigo 734 expressa a obrigação do transportador de conduzir o passageiro são e salvo. É a denominada cláusula de incolumidade, ínsita à espécie (DIAS, 2012, p. 207-215): “se um passageiro contrata uma empresa para levá-lo, subentende-se que ele quer chegar por inteiro e não ‘em tiras’” (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2009, p. 346). Referido dever de proteção impossibilita a inserção de cláusula excludente de responsabilidade, sob pena de nulidade. O legislador absorveu entendimento consubstanciado na Súmula nº 161 do Supremo Tribunal Federal e a disposição acompanha, ademais, o artigo 1.681 do Código Civil italiano, que prevê: “São nulas as cláusulas

26 O artigo 233 do Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece o que é embarque e desembarque. O embarque ocorre quando o passageiro transpõe a área preambular pública e entra numa área interna de espera coletiva, reservada aos que vão viajar e aos funcionários do aeroporto e das empresas, ou em salas destinadas a cada voo. O desembarque inicia-se com a saída de bordo da aeronave e termina no ponto de interseção da área interna do aeroporto e da área aberta ao público em geral (PACHECO, 1990, p. 452-453).

27 Nos termos da Constituição Federal de 1988, os serviços de transporte aéreo são privativos da União (artigo 21, XII, c), que podem explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Assim, aplicando o artigo 37, §6º da Carta, a responsabilidade das pessoas jurídicas, na exploração do transporte aéreo que interessa ao Estado, será objetiva (STOCO, 2011, p. 335-337).

que limitam a responsabilidade do transportador por danos que ocorrem aos viajantes”²⁸.

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 734 do Código Civil faculta a exigência de declaração do valor da bagagem com o intuito de fixar o montante da indenização²⁹. Para tal finalidade, mostra-se lícito que o transportador vistorie as bagagens, nos termos do estabelecido pelo artigo 234, §2º do Código Brasileiro de Aeronáutica. Existente o consenso dos figurantes quanto ao valor declarado, valerá ele como limite máximo da indenização em caso de destruição ou de perda total da bagagem (ASSIS, 2005, p. 331).

Em que pesem opiniões contrárias, referido posicionamento do legislador pátrio é condizente com os ditames da boa-fé objetiva, uma vez que impede o enriquecimento indevido do passageiro. Não há, portanto, atentado contra o artigo 6º, VI e VIII do Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, respeita o estabelecido, pois o passageiro será integralmente indenizado pelos danos materiais, na eventualidade de perda ou extravio da bagagem. Frise-se, porém, ser o dispositivo relativo somente aos danos materiais. No que se refere aos danos morais, não é possível estabelecer sua prefixação (PEREIRA, 2009, p. 280-281).

Infelizmente, na prática, não se observa efetivo respeito à faculdade legal de o viajante declarar o valor da bagagem para efeitos de indenização. É raro o implemento, por parte das companhias aéreas, de informações concernentes à possibilidade do procedimento, oportunidade que resta ainda mais prejudicada com o advento do bilhete aéreo eletrônico (MORSELLO, 2007, p. 160). Não obstante, o Guia do Passageiro, disponibilizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) informa o consumidor a respeito do direito de declaração do valor de bagagem (INFRAERO AEROPORTOS, 2019).

Sobre isso, entende Gonçalves (2017, p. 302) que, se a empresa não obtiver a declaração do valor da bagagem por parte do transportado, não haverá limitação da indenização, de modo que a empresa transferiu para si a obrigação de definir previamente o valor da bagagem, limitando a indenização.

A responsabilidade objetiva do transportador aéreo será afastada frente a determinadas situações anômalas, como estabelece o próprio Código Civil. Os artigos 734 e 737 admitem, expressamente, como excludente a “força maior”. Sem adentrar na polêmica que envolve a distinção entre o caso fortuito e a força maior, a pesquisa doutrinária revela posicionamentos divergentes a respeito do primeiro.

Entre os estudiosos estrangeiros, Roberto de Ruggiero (2005, p. 464) comenta que o transportador pode exonerar-se da responsabilidade provando caso fortuito ou força maior. Compartilham do mesmo entendimento: Álvaro Villaça Azevedo (2004, p. 273), Flávio Tartuce (2018, p. 1.099), Fran Martins (2010, p. 234) e Arnaldo Rizzardo (2006, p. 796). A primeira excludente é negada por Araken de Assis (2005, p. 327-328) e Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 149), os quais interpretam restritivamente o artigo 734 do Código.

28 (Tradução Livre). No original, o artigo 1.681 do Código Civil italiano prevê: “Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per o sinistri che colpiscono il viaggiatore.” (ITALIA, 2020).

29 A declaração de valor encontra previsão no artigo 22, alínea 2 da Convenção de Montreal e no artigo 234, §2º do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Parece coerente o entendimento da primeira corrente, ao eximir a responsabilidade do transportador tanto no caso da força maior, como do caso fortuito. Destaca-se, contudo, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à atividade do agente) e “fortuito externo” (força maior, ou *act of God* dos ingleses). Infere-se que somente o fortuito externo exclui a responsabilidade do transportador aéreo, não o isentando problemas mecânicos no veículo ou o trágico de urubus em turbinas de aviões – fato corriqueiro no Brasil. Por outro lado, não há indenização se o retardamento na decolagem decorreu de fechamento do aeroporto em face de problemas meteorológicos (GUIMARÃES, 2007, p. 175-185).

Quanto aos riscos da atividade, Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 432) explica dever ser a força maior apurada *in concreto*, visto que o avanço e a sofisticação do aparato tecnológico das medidas de segurança torna cada vez mais relativa a caracterização da irresistibilidade. Por exemplo, as intempéries da natureza podem ser previstas e possibilitam providências preventivas do dano.

É o caso do voo AF 447 da Air France, que caiu no Oceano Atlântico em 2009, matando 228 pessoas: a tempestade tropical estava prevista, mas o comandante optou por não alterar a rota, ao contrário dos outros aviões presentes naquela zona. E, como conclui o citado autor: “Se não pode impedir o mau tempo, pode prevê-lo e evitar a viagem, ou atenuar os seus efeitos hospedando os passageiros e dando-lhes tratamento adequado”. Não se trata, pois, de responsabilizar o transportador aéreo pelo fenômeno natural, mas pela ineficácia do serviço (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 434).

No que se refere à culpa de terceiro, o artigo 735 do Código Civil não a considera excludente de responsabilidade³⁰. Assim, no caso de o acidente com o passageiro decorrer de culpa de terceiro, caberá ao transportador indenizar a vítima, tendo assegurado o respectivo direito de regresso contra o causador do dano. Na questão, o Código Civil é mais rígido com o transportador que o Código de Defesa do Consumidor, visto que o artigo 14, §3º, II do último documento elege a culpa de terceiro como excludente de responsabilidade.

Quanto ao transporte aéreo, responsabiliza-se a empresa aérea por acidente com morte de passageiros, mesmo que haja culpa de terceiros, inclusive dos agentes do Estado. A título de exemplo, cita-se o triste acidente da companhia aérea GOL, causado pelos pilotos americanos do Legacy 600, que se chocou contra a asa do Boeing 737. A companhia aérea da GOL respondeu em face das vítimas, assegurado o direito de regresso contra os terceiros causadores do dano.

Frise-se que, para a responsabilidade do empresário, a atitude do terceiro deve-se apresentar como risco natural do transporte. Se há atitude violenta e inevitável (como roubo ou sequestro), os tribunais isentam o transportador do pagamento da indenização, ao tratar o caso como equivalente à força maior (AGUIAR JÚNIOR, 2003). Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça³¹. No entanto, se houver alteração unilateral do contrato de transporte aéreo

30 O legislador acompanhou, mais uma vez, o entendimento dos tribunais, consubstanciado na Súmula nº 187 do Supremo Tribunal Federal.

31 STJ. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2006/0035182-9 (BRASIL, 2013).

para terrestre (cancelamento de voo), poderá haver o dever de indenizar os passageiros roubados³².

A culpa de terceiro reveste-se de importância, igualmente, quando estudada a indisciplina e a violência a bordo de aeronaves, fenômeno mundialmente crescente, denominado *air rage syndrome*, ou síndrome da fúria aérea. Nota-se que a inserção de pessoas em espaço fechado, com limitação de movimentos, o consumo de álcool cujos efeitos são potencializados em voo e o uso de medicação sedativa, ampliam a agressividade natural e a falta de tolerância às regras sociais. Denota-se o aumento do número de agressões físicas, ofensas verbais, ameaças de morte e atentado violento ao pudor contra a tripulação e os demais passageiros (MORSELLO, 2007, p. 293-298).

Considerando o aumento de incidentes decorrente de indisciplina, o Governo do Reino Unido tipificou a atitude como crime. Há notícias de companhias aéreas com adoção de medidas preventivas e repressivas, como a advertência inserida pela Singapore Airlines, informando que atos indisciplinados culminarão com a aterrissagem prévia de aeronave, em escala não programada e ajuizamento de ação em face do infrator destinada à reparação de danos. A Scandinavian Airlines estabelece um sistema de sanções para passageiros que gritem, bebam de forma desmesurada e não atendam às ordens da tripulação, ou perturbem os demais passageiros. Caso haja propositura de ação em face do transportador aéreo, caber-lhe-á o ônus da prova do fato de terceiros, como excludente do dever de indenizar (MORSELLO, 2007, p. 293-298).

No Brasil, o transportador não dispõe do arbítrio de enjear passageiros, por ser qualificada a atitude como prática abusiva, nos termos do artigo 39, II do Código de Defesa do Consumidor. Nada obstante, ocorrendo atos indisciplinados, o infrator poderá ser impedido de embarcar ou ser retirado da aeronave. É o que preveem os artigos 738 e 739 do Código Civil, que descrevem expressamente duas exceções à obrigação de aceitar passageiro: os casos previstos nos regulamentos e a falta de higiene ou condições de saúde do interessado³³. Se caracterizada a culpa concorrente, o montante da indenização pleiteada sofrerá redução equitativa, conforme o artigo 738, parágrafo único do Código Civil.

Ao contrário do estabelecido no Código Civil, o artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor não considera a culpa concorrente como excludente de responsabilidade ou causa de redução da indenização. Sendo o contrato de transporte uma relação de consumo, a doutrina se divide em duas correntes. A primeira defende a desconsideração do artigo 738, parágrafo único, do Código Civil e, assim, o valor da indenização coincidirá com o valor integral do dano. Corrente

32 STJ. REsp 1728068/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2018).

33 A primeira reserva estende-se às cláusulas gerais de negócio estabelecidas unilateralmente pelo transportador, desde que não sejam discriminatórias. Assim, é lícito ao transportador impedir que animais tenham acesso ao veículo, mas o deficiente visual poderá ser acompanhado do cão-guia devidamente treinado (COELHO, 2010, p. 412-413). No caso dos transportes aéreos, os atentados terroristas e os sequestros de aeronaves impõem às companhias inúmeras disposições visando à segurança do voo (VENOSA, 2012, p. 345). A segunda exceção do artigo 738 autoriza o transportador a não aceitar a condução de passageiros que exalam mau cheiro extremo (GONÇALVES, 2012, p. 497), e que estejam com moléstias contagiosas, devendo no segundo caso deslocá-los em veículos especiais ou compartimentos separados (se existirem) (RIZZARDO, 2006, p. 797). Ademais, é razoável admitir a recusa de transporte de presidiários, pelo dever de segurança e de conforto perante os demais passageiros (LOTUFO, 2002, p. 205-214). Outras situações são admitidas como a recusa de passageiro que não esteja adequadamente vestido, que esteja embriagado ou drogado, que porte arma branca ou de fogo, que traga consigo cobra venenosa (GONÇALVES, 2003, p. 148). Não há, neste caso, indicação no Código Civil se o valor da passagem deverá ser restituído, mas parece que deva fazê-lo, sob pena de locupletamento indevido. A restituição, desta maneira, deverá ser proporcional ao restante da viagem, podendo, por analogia, aplicar a multa compensatória do art. 740, §3º (FALAVIGNA, 2008, p.365-370.)

contrária alega que a culpa concorrente da vítima constitui causa de redução do montante da indenização pleiteada, em proporção ao grau de culpa comprovada nos autos (GONÇALVES, 2003, p. 148). Coerente o primeiro posicionamento que respeita a defesa constitucionalmente prevista do consumidor.

A culpa exclusiva da vítima é excludente de responsabilidade objetiva do transportador, visto que o legislador não adotou a teoria do risco integral. A ausência de previsão no Código Civil não faz falta (DIAS, 2012, p. 212), mas se a relação é de consumo, o transportador poderá alegá-la com base no artigo 14, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor.

Se a relação não é de consumo, poder-se-á fundamentar a presença da excludente no artigo 21 da Convenção de Montreal e, cabe ao transportador o ônus da prova da culpa exclusiva da vítima (MORSELLO, 2007, p. 291). É o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 149) e, na doutrina estrangeira, Philippe Le Tourneau *et al.* (2008, p. 4477).³⁴

Expressamente, o artigo 256, §1º do Código Brasileiro de Aeronáutica prevê que a pretensão à reparação desaparece se a morte ou a lesão do passageiro resultar, exclusivamente, do seu estado de saúde ou o acidente decorrer de culpa exclusiva. E, de fato, se o passageiro não atende aos avisos de fechar o cinto de segurança, decerto infringe os deveres impostos pelo art. 738 do Código Civil, e por isso, advinda alguma lesão, como em virtude de turbulências no curso da viagem, nenhuma indenização será devida (ASSIS, 2005, p. 328).

Assim, no caso de culpa da exclusiva da vítima, “não se deve levar o princípio da responsabilidade objetiva a extremos que cheguem à injustiça; no caso o dano não é indenizável” (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2009, p. 348-349), apesar da ausência de previsão expressa no Código Civil (PEREIRA, 2009, p. 281).

A obrigação do transportador em observar os horários e os itinerários, expressa ou tacitamente convencionados, encontra respaldo no artigo 737 do Código Civil. Como o viajante se baseia neles para organizar os compromissos (DINIZ, 2006, p. 443), o transportador deve observá-los (MIRANDA, 2012, p. 126), sob pena de responder por perdas e danos. A responsabilidade pelo atraso e pela mudança de itinerário contratado é crucial em transporte aéreo, no qual são múltiplos os problemas motivadores da alteração pactuada, com ou sem culpa do prestador de serviços (VENOSA, 2012, p. 345).

A respeito do atraso, duas observações são necessárias. Inicialmente, se por qualquer circunstância o horário não puder ser cumprido rigorosamente, para o passageiro exigir a indenização deverá comprovar o prejuízo (GOMES, 2009, p. 381). A segunda ressalva é que, no transporte aéreo, a lei tolera certo atraso, mas ultrapassado respectivo período, o empresário deverá providenciar o embarque dos passageiros em voo que ofereça serviço equivalente ou restituir de imediato o valor da passagem (COELHO, 2010, p. 414). Na hipótese de suspensão do voo, correm por conta do transportador as despesas com alimentação e hospedagem, acrescidas ao prejuízo da

34 Na França, André Tunc esclarece que, em 1924, a lei impôs uma responsabilidade severa e a culpa da vítima era a única causa de exclusão ou diminuição da responsabilidade do transportador aéreo (TUNC, 1989, p. 71, tradução nossa). No original: “En 1924, une loi imposait une responsabilité plus sévère encore à l’exploitant d’un avion pour les dommages causés aux personnes ou aux propriétés au sol. La faute de la victime était la seule cause possible d’exemption ou de diminution de la responsabilité de l’exploitant” (TUNC, 1989, p. 71).

indenização que couber, inclusive por danos morais (TARTUCE, 2007, p. 523).

Quanto ao itinerário, caberá ao transportador respeitá-lo, de modo a evitar o aumento das distâncias, bem como a passagem por lugares perigosos. Alterado o percurso, o viajante poderá exigir a resolução do contrato e o ressarcimento dos danos. Se o que ocorreu determinou o aumento do preço, o empresário não terá direito de cobrá-lo do passageiro. Quanto à supressão de paradas anteriormente previstas, se não observado caso fortuito ou força maior, o viajante poderá exigir o ressarcimento dos danos (MIRANDA, 2012, p. 127).

O artigo 740 do Código Civil prevê inúmeras situações em que o passageiro desiste da viagem. A regra geral é pela admissão da “rescisão” (ou rescisão unilateral), desde que em tempo suficiente para o transportador renegociar com terceiro, situação que permitirá a devolução do valor da passagem. É possível afirmar, dessa maneira, que o arrependimento tempestivo é aceito e o valor da passagem restituído. Quando intempestivo, isto é, o passageiro simplesmente não comparece no horário e local estabelecido para o embarque, tão somente terá direito ao reembolso do valor pago se provar que outra pessoa foi conduzida em seu lugar.

Ademais, o arrependimento pode acontecer no transcórre da viagem, situação em que o viajante terá direito à restituição do montante correspondente ao trecho não utilizado, se conseguir provar que o seu lugar foi ocupado por outra pessoa. Em todos os casos acima expostos, o transportador poderá reter cinco por cento do valor pago, a título de multa compensatória.

Se a relação se configurar como de consumo, aplicar-se-á o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Referido entendimento possibilita a inversão do ônus da prova. Destarte, a prova de que outra pessoa tenha sido transportada em seu lugar não competirá ao passageiro, mas ao transportador caberá a demonstração do prejuízo. Mais uma vez, confrontam-se “aparentemente” o disposto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Não há, ainda, antinomia entre a multa de cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, assegurada ao transportador no artigo 740, §3º do Código Civil, e a multa de dois por cento, fixada no artigo 52, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, enquanto a primeira reveste-se de caráter compensatório, a multa de dois por cento é empregada para hipóteses de mora do consumidor (LOTUFO, 2002, p. 205-214).

Como a passagem aérea é pessoal e intransferível, sugere-se que o passageiro verifique as regras do contrato antes do cancelamento, pois a mudança poderá gerar custos adicionais (em caso de remarcação) ou a empresa poderá reter parte do valor pago (reembolso).

Relevante, ainda, é observar o horário de apresentação estipulado pela companhia aérea, que pode ser de pelo menos uma hora de antecedência para voos nacionais e, de duas horas para voos internacionais, conforme estabelecido pela companhia aérea.

No estudo de transporte aéreo, as questões de “rescisão” são de extrema relevância, visto que o artigo 740 do Código Civil guarda relação direta com os passageiros de aeronaves que, apesar de portarem bilhete e reserva, deixam de comparecer no aeroporto para o embarque na data e na hora previstas (*no show*). Por outro lado, os transportadores aéreos costumam reservar número maior de passageiros do que comporta a aeronave (*overseating* ou *overbooking*) (MONTEIRO;

MALUF; SILVA, 2009, p. 350).

Como regra geral, nos casos de atraso, cancelamento de voo e preterição de embarque (embarque não realizado por segurança operacional, troca de aeronave, *overbooking* etc.), o usuário será acomodado em outro voo. Terá direito à assistência material, como comunicação, alimentação e acomodação. A assistência será gradual, conforme o tempo de espera.

Nos termos do artigo 741 do Código Civil, em qualquer hipótese, ainda que por caso fortuito, se a viagem for interrompida, o transportador fica obrigado a concluir o transporte convencionado em outro veículo da mesma categoria, à própria custa. Se houver concordância do passageiro, o transporte complementar poderá ser efetuado por modalidade diferente, mas sempre custeado pelo transportador (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 11-26).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerada a relevância do transporte para a sociedade atual, o Código Civil de 2002 inovou ao inserir disposições gerais e especiais a respeito do contrato de transporte de pessoas e de coisas. Para o contrato de transporte de pessoas e bagagens, por via aérea, verificou-se que é exigida a aplicação conjunta do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor (quando a relação for caracterizada como de consumo) e da legislação específica, como a Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica.

A aplicação conjunta da legislação exigirá muitas vezes do intérprete a utilização dos critérios para a solução das antinomias. Ao contrário do entendimento majoritário da doutrina, o Supremo Tribunal Federal entendeu que prevalecem as regras da Convenção de Montreal e demais acordos internacionais, no sentido de limitar o valor da indenização para a hipótese de extravio de bagagem em voos internacionais. A interpretação favoreceu as transportadoras aéreas em detrimento dos interesses consumeristas.

Apesar de tal posição, nos contratos de transporte de passageiros e bagagens por via aérea, é importante não olvidar da força unificadora da Constituição Federal e da nova principiologia contratual, que é semelhante no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Garantir a função social do contrato, privilegiar a boa-fé objetiva e assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como a justiça nas relações devem ser objetivos fundamentais para o aplicador do direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contrato de Transporte de Pessoas e o Novo Código Civil. *In*: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Carlos Renato Duvivier de Albuquerque (org.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 617-633.
- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1975. v. 2.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1995.

- ASSIS, Araken de. **Contratos nominados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 26, p. 33-44, abr./jun. 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 8, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 823101 RJ 2006/0035182-9**. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte de passageiro em coletivo. Assalto. Passageiro atingido por disparo de arma de fogo. Responsabilidade do transportador afastada. Precedentes. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador T3, 29 de junho de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23841585/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-823101-rj-2006-0035182-9-stj/inteiro-teor-23841586>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1728068/SP**. Recurso especial. Responsabilidade Civil. Transporte aéreo que seguiu via terrestre (Ônibus) em virtude de cancelamento do voo. Órgão Julgador T3. Recorrente: Passaredo Transportes Aéreos S.A. Recorrido: João Carlos Pereira. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 5 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595911051/recurso-especial-resp-1728068-sp-2017-0312873-5/inteiro-teor-595911070>. Acesso em: 23 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial- Resp. 1842066 RS 2019/0299804-4**. Recurso Manejado sob a égide do NCP. Ação indenizadora transporte aéreo internacional. Recorrente: Societe Air France. Recorrido: Humberto Neubauer Grala. Recorrido: Rosmari Filomena Franzoi Grala. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 9 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860882831/recurso-especial-resp-1842066-rs-2019-0299804-4/inteiro-teor-860882840?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 636.331**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Extravio de bagagem. Dano material. Recorrente: Societé Air France. Recorrido: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=4845>. Acesso em: 23 out. 2020.
- BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 242 Leistung nach Treu und Glauben**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html. Acesso em: 23 out. 2020.
- CACHARD, Olivier. **Le transport international aérien de passagers**. 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 27 out. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 171**. Brasília: CJF, [2002?a]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/305>. Acesso em: 22 out. 2020.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 369**. Brasília: CJF, [2002?b]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/493>. Acesso em: 22 out. 2020.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 559**. Brasília: CJF, [2006?]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/630>. Acesso em: 22 out. 2020.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.
- FALAVIGNA, Maria Clara. Contrato de transporte. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (org.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. São Paulo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. 2.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado**. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. A responsabilidade civil decorrente do transporte. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Os grandes temas de direito civil nos 15 anos do código civil: homenagem especial ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: IASP, 2017. p. 292-305.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentário ao código civil: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- GRAU, Eros Roberto. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor. *In*: WALD, Arnaldo (org.). **Direito empresarial: contratos mercantis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- INFRAERO AEROPORTOS. **Guia do passageiro**. Disponível em: <https://www4.infraero.gov.br/aerportos/aeroporto-de-sao-paulo-congonhas-deputado-freitas-nobre/sobre-o-aeroporto/guia->

do-passageiro. Acesso em: 10 out. 2019.

ITALIA. [R.D. 16 marzo 1942, n. 262]. Codice Civile 2020. Padova: Brocardi. IT, [2020]. Artigo 1681. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-iii/capoviii/sezione-ii/art1681.html#:~:text=7423%2F1999-,L'art.,vettore20nell'esecuzione%20del%20trasporto>. Acesso em: 23 out. 2020.

ITALIA. Codice civile. Libro IV, Titolo III, Capo VIII. **Altalex**, Milano, 2 ago. 2018. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2013/04/11/del-trasporto>. Acesso em: 23 out.2020. LE TOURNEAU, Philippe; BLOCH, Cyril; GIUDICELLI, André; KRAJESKI, Didier; GUETTIER, Christophe; JULIEN, Jérôme; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit de la responsabilité et des contrats**. 7. ed. Paris: Dalloz, 2008.

LOTUFO, Renan. O contrato de transporte de pessoas no novo código Civil. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 11, v. 43, p. 205-214, jul./set. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. A responsabilidade civil no transporte de cortesia (carona). **Genjurídico**, São Paulo, 14 abr. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/14/a-responsabilidade-civil-no-transporte-de-cortesia-carona>. Acesso em: 27 out. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações: 2 parte: dos contratos em geral, das várias espécies de contratos, dos atos unilaterais, da responsabilidade civil**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

MORSELLO, Marco Fábio. A boa-fé objetiva e os direitos dos passageiros no transporte aéreo. Novos paradigmas. *In*: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. (coord.). **Responsabilidade civil: novos riscos**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 177-198.

MORSELLO, Marco Fábio. O contrato de transporte caracterizado como tipo geral. Conceito. Natureza jurídica. Características. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 386-403.

MORSELLO, Marco Fábio. O sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (coord.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 111-138.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas,

2007.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

PACHECO, José da Silva. **Comentários ao código brasileiro de aeronáutica: Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 3.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code civil**. Paris: Légifrance, 1 sept 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070721.pdf&size=1,3%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/21/LEGITEXT000006070721/LEGITEXT000006070721.pdf&title=Code%20civil>. Acesso em: 23 out. 2020.

RIPERT, Georges. **Droit maritime**. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1929. v. 2.

RIZZARDO, Arnaldo **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2005. v. 3.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito privado: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. A boa-fé objetiva no direito brasileiro. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio. (coord.). **Direito civil: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 184.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1023703-70.2019.8.26.0100**. Transporte de passageiros, matéria que não se insere na competência das 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado. Apelante: TAM – Linhas Aéreas S.A. Apelado: Paulo Octávio Moura de Almeida Calhão. Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 32ª Vara Cível. Relator: Flávio Cunha da Silva, 2 de outubro de 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/898655066/apelacao-civel-ac-10237037020198260100-sp-1023703-7020198260100/inteiro-teor-898655126?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 9119532-78.2001.8.26.0000 SP 9119532-78.2001.8.26.0000**. Acidente de veículo ação de indenização por danos materiais e morais transporte gratuito prestado por uma das corrés, em que o filho dos autores veio a falecer. Apelantes: Antônio Miguel Estevão; Angelina Amâncio Estevão. Apelados: Papalégua Encomendas e Cargas Ltda. Relator: Jayme Queiroz Lopes, 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911831117/apelacao-civel-ac-91195327820018260000-sp-9119532-7820018260000?ref=serp>. Acesso em: 23 out. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio

de Janeiro: Forense, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Quem tem medo de dar carona? Mobilidade urbana e o transporte gratuito. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 1 set. 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/quem-tem-medo-de-dar-carona-mobilidade-urbana-e-o-transporte-gratuito/14373>. Acesso em: 27 out. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 3.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do transporte de pessoas no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 807, p. 11, jan. 2003.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé objetiva no direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.

Como citar: PAIANO, Daniela Braga. FURLAN, Alessandra Cristina. Aspectos polêmicos do contrato de transporte aéreo de passageiros e bagagens **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 119-142, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p119. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 27/02/2020

Aprovado em: 30/10/2020

FUNÇÃO SOCIAL DAS MICRO E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CENÁRIO ECONÔMICO BRASILEIRO

SOCIAL DUTY OF MICRO AND SMALL BUSINESSES IN
BRAZIL'S ECONOMIC SETTING

Maria Marconiete Fernandes Pereira*
Sulamita Escarião da Nóbrega**

*Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Contabilidade e Auditoria Pública pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Email: maria.fernandes@unipe.edu.br

**Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino (UMSA). Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Graduada em Geografia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Email: sulamita.nobrega@hotmail.com

Como citar: PEREIRA, Maria Marconiete Pereira. NÓBREGA, Sulamita Escarião. Função social das micro e empresas de pequeno porte no cenário econômico brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 143-157, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p143. ISSN: 2178-8189.

Resumo: As micro e pequenas empresas possuem um papel fundamental no contexto econômico do país. É, portanto, oportuno analisar a definição que lhe é atribuída, seus parâmetros e sua importância no cumprimento da função social. Com esse objetivo, serão apontados os instrumentos normativos que fundamentaram o tratamento diferenciado conferido a essas entidades, até a promulgação da LC nº 123/2006. Sob o aspecto econômico, é inegável a grande capilaridade desses empreendimentos em todo o território brasileiro. Sua relevância destaca-se, especialmente, na oferta de empregos formais e no sistema remuneratório dos trabalhadores. Em seguida, sob uma perspectiva constitucional, discorrer-se-á a respeito do significado da função social exercidas pelas micro e pequenos empreendimentos. O trabalho foi desenvolvido através de uma pesquisa exploratória, a partir da coleta de dados realizada em artigos científicos retirados em sítios da internet e livros que tratam da temática, com base no procedimento histórico e descritivo.

Palavras-chave: Função social. Microempresa. Empresa de pequeno porte.

Abstract: Micro and small businesses play a fundamental role in Brazil's economy. This study examines their concepts, parameters, and importance in fulfilling their social duties in their communities. For this purpose, this study explores the normative instruments that justified the different legal treatment

given to these entities, specifically until the promulgation of Law n° 123/2006. **From an economic standpoint, micro and small companies contribute immensely to the development of Brazil, as they provide formal jobs and stimulate consumption. However, from a constitutional perspective, the meaning of social duty is diluted in the context micro and small businesses. This paper is exploratory in nature and utilizes data collection from scientific articles that also analyze this subject from historical and descriptive methods.**

Keywords: Social duty, microenterprises, small businesses.

INTRODUÇÃO

As transformações sociais foram aceleradas em consequência da ascensão do capitalismo em um processo competitivo de mercado. As atividades empreendedoras se desenvolveram enfrentando os riscos próprios dos negócios e da concorrência fundada na livre iniciativa e na obtenção de resultados. No campo mercadológico, as micro e as empresas de pequeno porte ganharam proteção, ao receberem incentivos fiscais para a exploração econômica. A essas entidades foi atribuída a grande responsabilidade social, em consonância com a ordem econômica.

O aspecto social da atividade empresarial inspira-se em uma política econômica fundada no processo de competitividade, fomentado pelo sistema capitalista global. O modelo econômico ganhou contornos liberais, impulsionado pelas constituições promulgadas ou reformadas a partir da segunda metade do século XX. Essas constituições foram marcadas por um contexto social, buscando corrigir ou minimizar as falhas do sistema de livre mercado e reduzir a abissal desigualdade econômica. Nesse cenário de tutela de direitos e garantias, as micro e empresas de pequeno porte foram chamadas a cumprir sua função social, sem, contudo, terem que renunciar sua função principal, que é o lucro. Apesar da redefinição de seus princípios e objetivos, tais empreendimentos devem contribuir para o bem-estar da sociedade, de forma a promoverem o desenvolvimento nacional sustentável.

O objetivo geral do presente artigo é analisar o comportamento das micro e empresas de pequeno porte no que diz respeito ao cumprimento da função social, prevista na Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, procuram-se evidenciar os instrumentos normativos disciplinadores do tratamento diferenciado que lhes foi concedido pela Lei Complementar nº 123/2006. Sob o aspecto econômico, a citada lei reconhece a importância desses empreendimentos na atividade empresarial brasileira, especialmente, sua capilaridade de mercado. Com base nessa hipótese, apresenta-se o seguinte questionamento: As micro e as empresas de pequeno porte concretizam a norma constitucional que estabelece a observância da função social em sua atividade econômica, em termos de geração de empregos por regiões do país?

Busca-se responder essa questão, por meio de uma pesquisa exploratória baseada em artigos científicos e livros acerca da temática. A discussão será pautada em procedimento histórico e descritivo, estando dividida em três pontos. No primeiro, as micro e pequenas empresas são inseridas no plano teórico-normativo infraconstitucional. Nesse sentido, procura-se apresentar um quadro cronológico dos principais instrumentos legais que asseguraram tratamento diferenciado para esses empreendimentos. Não existem critérios únicos para a definição do que seja micro ou empresas de pequeno porte. Em razão disso, durante a discussão, serão apresentados dois parâmetros para o reconhecimento de cada modalidade de empresa.

Para fins deste trabalho, foi adotado o critério definido na LC nº 123/2006, que indica a receita bruta anual como requisitos de definição de cada espécie de empresa. O segundo ponto de análise baseia-se em estudo realizado pelo SEBRAE/DIEESE, abrangendo o período de 2006 a 2016, cuja publicação ocorreu em 2018. De posse desse estudo, será analisado o papel exercido

pelas micro e empresas de pequeno porte no cenário econômico do país. No terceiro ponto, discute-se a função social das duas modalidades de empresas, a partir da perspectiva constitucional, independentemente de sua dimensão ou finalidade econômica.

1 CARACTERIZAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Historicamente, a atuação dos pequenos empreendedores brasileiros remonta ao período colonial, como atividade paralela ao setor açucareiro. Nasceu em razão da necessidade de se criarem atividades secundárias para abastecimento da comunidade local, principalmente com alimentos e outros produtos de subsistência. Posteriormente, a indústria têxtil impulsionou o setor algodoeiro, proporcionando novas atividades econômicas e incentivando os pequenos produtores a fazerem novos investimentos. Os pequenos empreendedores agrícolas cresceram, concomitantemente, à exploração do ouro, abrindo novos mercados. No entanto, o desenvolvimento de micro e pequenas empresas só veio a ganhar notoriedade após a chegada da família real ao Rio de Janeiro, em 1808, ante a necessidade de oferta de novos e variados produtos. Dessa forma, a partir da primeira década do século XIX, verificou-se uma participação mais ativa desses empreendimentos no processo econômico (SOUZA; MACHADO; OLIVEIRA, 2007).

O processo produtivo assume novos contornos como resultado da reestruturação do mercado interno, fazendo com que as grandes empresas passassem a buscar novas alternativas com posterior inserção no mercado internacional. A melhoria na qualidade dos produtos ocorre, paralelamente, à abertura comercial e à competição de mercados. Nesse cenário, ganha destaque a produtividade das empresas permitindo, em consequência, a descentralização de serviços e produtos. Ganham também relevo as pequenas empresas de negócios, com a adoção da terceirização.

Como se sabe, a atividade empresarial pode ser exercida de forma individual ou coletiva. No primeiro caso é dividida nas seguintes modalidades: empresário individual (EI), microempresário individual (MEI) e empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Já a atividade empresarial coletiva é exercida através de sociedades. Para a abertura de uma empresa coletiva, faz-se necessária a junção de duas ou mais pessoas, com o propósito de exercerem uma atividade econômica, em suas mais diversas modalidades, destacando-se as seguintes: sociedade anônima, sociedade limitada, sociedade simples e sociedade em comandita simples.

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, a empresa deve possuir três fatores estruturantes: a) habitualidade no exercício de negócios que visem à produção, à circulação de bens ou à prestação de serviços; b) obtenção de lucro ou de resultado econômico-financeiro, desde que cumprida a função social; c) organização estável da atividade. Diniz (2018, p. 392) define empresa como a “atividade econômica organizada que reúne capital, trabalho, insumos e tecnologia para a produção e circulação de bens e prestação de serviços.” Para Souza (1959, p. 299), empresa “é instituição jurídica despersonalizada exercida por meio do empresário individual ou societário, ente personalizado, que a representa no mundo negocial.” Já de acordo com o art. 96 do Código Civil, o empresário é aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para

a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Dentro dessa concepção empresarial, destaca-se o advento do primeiro instrumento normativo (LEI nº 7.256/84), estabelecendo parâmetros, com base em receitas, para o enquadramento de microempresas. O referido diploma legal não adotou qualquer definição para microempresa, mas já previa a concessão de tratamento diferenciado, simplificado e privilegiado a essa categoria empresária, nos seguintes campos: administrativo, tributário, creditício, empresarial, previdenciário e trabalhista. Dez anos depois, a Lei nº 8.864/94, além de constituir essa espécie de empresa, elevou os valores da receita bruta anual. Os dois diplomas legais funcionaram como as primeiras bases do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Posteriormente, as microempresas e as empresas de pequeno porte foram beneficiadas com a Lei nº 9.317/96. Um desses benefícios foi a redução da carga tributária, desde que fossem atendidos requisitos e parâmetros no que se refere à receita bruta. Simplificou também a forma de cumprimento das obrigações acessórias, quando se tratar de tributos federais. Ademais, facultou a Estados e Municípios a concessão de benefícios na cobrança do ICMS e do ISS, respectivamente. Esse diploma legal ficou conhecido como “a Lei do Simples.”

Finalmente, em 2006, foi promulgada a Lei Complementar nº 123, dispondo sobre o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Uma das inovações foi estabelecer critérios objetivos para a classificação do que seja microempresa e empresa de pequeno porte, considerando as seguintes modalidades: sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e empresário que exerce atividade econômica, para fins de produção ou circulação de bens ou serviços. Apesar desses novos requisitos, manteve os parâmetros, devidamente corrigidos, no que diz respeito à receita bruta, conforme alteração feita pela Lei Complementar nº 155, de 2016, que assim dispõe:

Art. 3.

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (BRASIL, 2016).

Esse tratamento diferenciado, simplificado e protecionista, com suas especificidades e requisitos, faz parte de um plano institucional para impulsionar as atividades das micro e pequenas empresas e, ao mesmo tempo, promover a justiça social pela via da incidência tributária menor.

Além de estabelecer um regime tributário diferenciado, a LC nº 155/2016 garante às micro e pequenas empresas outros benefícios, tais como: a) simplificação no cumprimento das obrigações tributárias acessórias; b) tratamento diferenciado, como critério de desempate e preferência de contratação, quando da participação em procedimentos licitatórios promovidos pela administração pública; c) possibilidade de fazer-se substituir ou representar junto à Justiça do Trabalho por prepostos devidamente habilitados, mesmo que não possuam vínculo trabalhista

ou societário; d) regras diferenciadas em caso de protesto de títulos, com redução de taxas e possibilidade de pagamento da dívida com cheque; e) maior facilidade para encerramento da atividade econômica. Assim, aquelas empresas que se encontrem sem movimento há mais de três anos poderão dar baixa dos registros nos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos.

2 MICRO E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Como se observa no texto da LC nº 123/2006, o critério eleito pelo legislador, para fins de enquadramento de empresas como micro ou pequena, tomou como base a receita bruta anual. Com base em dados extraídos do anuário do trabalho dos pequenos negócios¹, serão apresentados gráficos e tabelas para ilustrar a discussão deste tópico. Nele se propõe analisar a importância desses agentes econômicos na economia brasileira.

Sobre os dados a serem analisados, o SEBRAE/DIEESE esclarece, através de nota explicativa, que os cálculos de indicadores empresariais são demonstrados, tendo-se por base o Cadastro SEBRAE de Empresas (CSE). Utilizando-se esse documento, o porte do estabelecimento foi definido em razão do número de pessoas ocupadas, dependendo do setor da atividade econômica. Para a demonstração dos estabelecimentos e dos empregos formais, adotou-se o critério de combinação entre atividade econômica, natureza jurídica e dimensão dos empreendimentos por número de empregados, conforme demonstra o quadro abaixo:

Quadro 1 - Classificação dos estabelecimentos segundo porte.

Porte	Setores	
	Indústria ⁽¹⁾	Comércio e Serviços ⁽²⁾
Microempresa	até 19 pessoas ocupadas	até 9 pessoas ocupadas
Pequena empresa	de 20 a 99 pessoas ocupadas	de 10 a 49 pessoas ocupadas
Média empresa	de 100 a 499 pessoas ocupadas	de 50 a 99 pessoas ocupadas
Grande empresa	500 pessoas ocupadas ou mais	100 pessoas ocupadas ou mais

Fonte: SEBRAE. Elaboração: DIEESE.
 Nota: (1) As mesmas delimitações de porte foram utilizadas para o setor da construção.
 (2) O setor serviços não inclui administração pública e serviço doméstico.

Além do número de pessoas ocupadas, adotou-se o critério que combina atividade econômica e natureza jurídica, conforme apresentado no Quadro 2. Portanto, nesta publicação, para se chegar ao total de estabelecimentos e empregos formais, adotou-se o critério que combina atividades econômicas, natureza

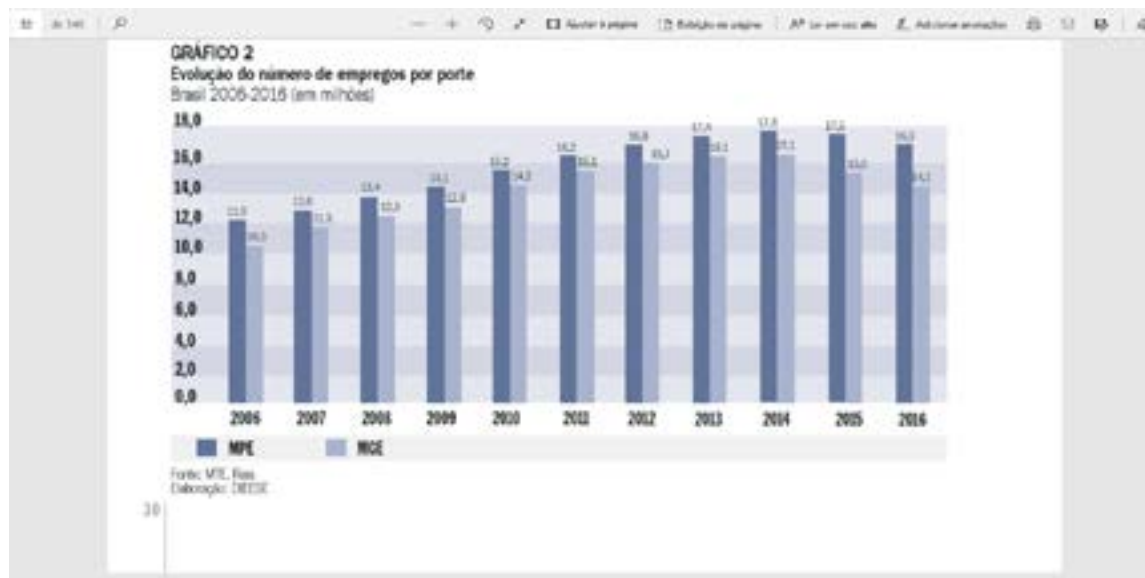
Fonte: SEBRAE (2016).

Na estrutura econômica nacional, as micro e pequenas empresas vêm exercendo relevante papel. Segundo dados divulgados pelo SEBRAE/DIEESE em 2016, havia, aproximadamente, 6,8 milhões de estabelecimentos desse porte, os quais são responsáveis por expressiva geração de empregos, estimados, à época, em torno de 16,9 milhões. Esses dados também demonstram uma significativa geração de renda, além da oferta de produtos, bens e serviços. Os postos de trabalho

1 O termo “pequenos negócios” foi adotado na publicação mencionada como equivalente a “micro e pequenas empresas” e “micro e pequenos empreendimentos”, conforme se observa nas especificações de metodologia do material utilizado.

tiveram um crescimento acentuado. Contudo, no período de 2014 a 2016, em consequência da crise econômica, registrou-se uma redução de, aproximadamente, novecentos mil postos de trabalho, conforme registra o gráfico abaixo:

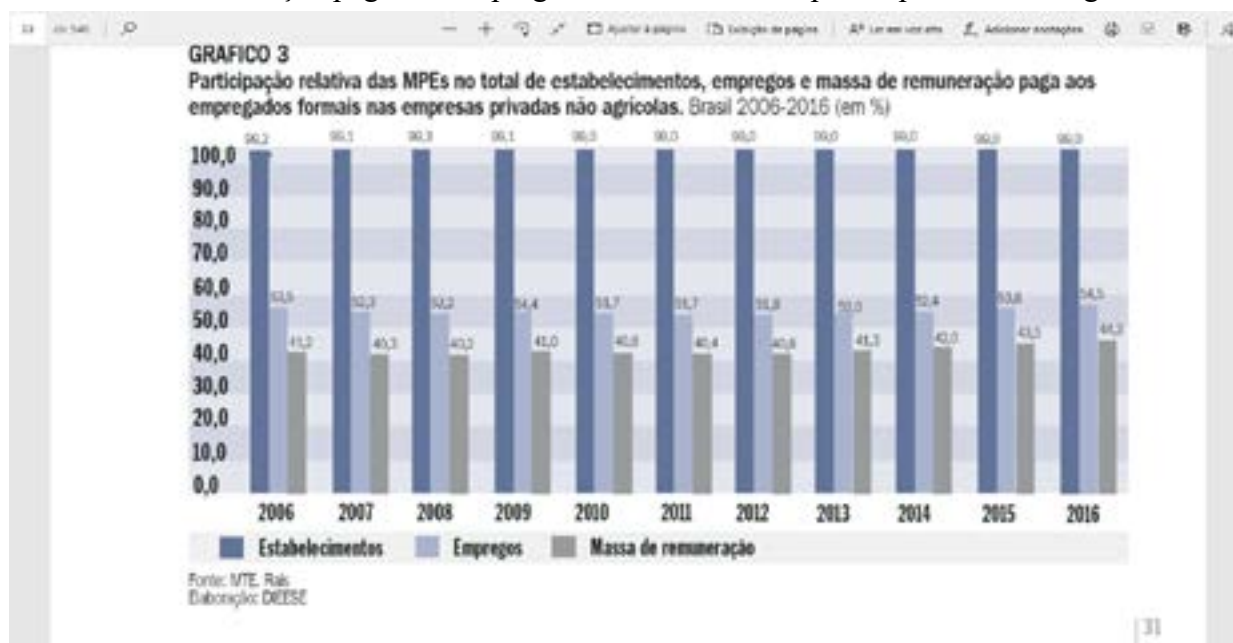
Gráfico 1- Evolução do número de empregos por porte.



Fonte: SEBRAE, 2016.

Em consonância com as balizas metodológicas definidas para a elaboração do gráfico, observa-se a participação das micro e empresas de pequeno porte nos seguintes itens: total de estabelecimentos, empregos e massa de remuneração para os empregados formais, durante a década de 2006 e 2016:

Gráfico 2 – Participação relativa das MPEs no total de estabelecimentos, empregos e massa de remuneração paga aos empregados formais nas empresas privadas não agrícolas.



Fonte: SEBRAE (2016).

Convém observar que as micro e pequenas empresas estão espalhados por todas as regiões do país, representando 99% dos empreendimentos. Desse modo, apenas 1% dos estabelecimentos enquadra-se nas modalidades de médio e grande porte. Anote-se, todavia, que se encontram fora desses números o setor agrícola. Na coluna “emprego”, o setor agrícola não foi incluído nesses números. Observa-se que as micro e empresas de pequeno porte, para cada ano analisado, foram responsáveis, em média, por 50% dos empregos formais do país e por mais de 40% do valor de salários pagos. Assim, para cada R\$ 100,00 pagos decorrentes de um contrato formal de emprego, na década de 2006/2016, cerca de R\$ 40,00 vieram das micro e pequenas empresas.

Fazendo-se um recorte na análise, o gráfico a seguir demonstra a distribuição das micro e empresas de pequeno porte, no citado período, em cada região do país. Convém esclarecer que o anuário não traz gráficos representativos, mas tabelas com números absolutos condensando dados da década em análise. Assim, a representação gráfica foi elaborada para permitir uma apreciação mais clara, baseada nos dados apresentados no anuário referentes aos anos de 2006 e 2016. Optou-se pela escolha do primeiro e do último ano da pesquisa que se possa aferir se ocorreram modificações significativas durante a década.

Gráfico 3 – Número de ME’s e EPP’s por regiões

Fonte: Dados colhidos do Anuário do Trabalho na ME’s e EPP’s (SEBRAE, 2016).

Como se observa, no que diz respeito à distribuição dos estabelecimentos, por região, não houve grandes diferenças, comparando-se 2006 e 2016. Nos dois casos, as regiões que mais possuem micro e pequenas empresas são: Sul, Sudeste, Nordeste, Centro-Oeste e Norte. Nota-se, contudo, que o Sudeste e Sul registraram um decréscimo no número de estabelecimentos, enquanto nas demais regiões houve um aumento. Nesse aspecto, a região Sul foi a mais afetada, tendo caído dois pontos percentuais em relação ao primeiro ano da pesquisa. A tabela abaixo apresenta uma comparação entre as micro e empresas de pequeno porte, de um lado, as médias e grandes empresas, de outro, tanto em números absolutos como relativos, referentes ao de 2016:

Tabela 1- Número e distribuição no país dos estabelecimentos por porte.

Número e distribuição no país dos estabelecimentos por porte – ano de 2016				
REGIÕES	Micro e pequenas empresas		Médias e grandes empresas	
	Nº absoluto	Em %	Nº absoluto	Em %
NORTE	256.487	98,8	3.137	1,2
NORDESTE	1.076.202	99,0	10.563	1,0
SUDESTE	3.446.427	99,0	36.261	1,0
SUL	1.519.161	99,3	11.207	0,7

CENTRO-OESTE	645.085	99,1	4.863	0,9
---------------------	---------	------	-------	-----

Fonte: Dados colhidos do anuário do Trabalho na ME's e EPP's (SEBRAE, 2016).

O critério utilizado para a distribuição geográfica das microempresas e empresas de pequeno porte foi o mesmo adotado para as médias e grandes empresas. Contudo, em números absolutos, pode-se observar que as micro e pequenas empresas estão espalhadas por toda o território nacional, desenvolvendo suas atividades também nas pequenas cidades. Contribuem, dessa forma, para uma melhor distribuição de renda, bem como para a redução das desigualdades socioeconômicas. Contribuem também para a fixação das pessoas nas suas comunidades. Atuam, além disso, como instrumento indutor de iniciativas individuais e coletivas. A tabela, a seguir, apresenta a distribuição das micro e pequenas empresas por atividade econômica, nas cinco regiões brasileiras:

Tabela 2 - Distribuição das micro e pequenas empresas, de acordo com a atividade econômica e por região (2006 / 2016)

Distribuição das micro e pequenas empresas, de acordo com a atividade econômica e por região (2006 / 2016)										
REGIÃO							SERVIÇO		TOTAL	
	2006	2016	2006	2016	2006	2016	2006	2016	2006	2016
Norte	9,8	8,0	4,8	6,3	60,5	53,9	24,9	31,8	100,0	100,0
Nordeste	8,9	8,4	3,9	6,1	60,8	52,4	26,3	33,0	100,0	100,0
Sudeste	9,4	8,3	3,5	6,1	48,4	38,9	38,6	46,7	100,0	100,0
Sul	12,9	12,1	3,7	7,2	50,9	42,0	32,4	38,7	100,0	100,0
Centro-Oeste	9,8	8,7	3,4	6,5	54,5	45,0	32,3	39,8	100,0	100,0

Fonte: Dados colhidos do Anuário do Trabalho na ME's e EPP's (SEBRAE, 2016).

Para a elaboração da tabela, foi adotada a mesma metodologia do gráfico anterior, quanto ao critério temporal, considerando os anos de 2006 e 2016. Constata-se que, tanto a indústria como o comércio registraram uma retração, em todas as regiões, comparando-se os anos de 2006 e 2016. Por sua vez, a construção e os serviços aumentaram consideravelmente. No que se refere à indústria e ao comércio, a região Sudeste registrou o maior índice de retração, diminuindo 1,1% na indústria e 9,5% no comércio. Com relação às atividades econômicas que apresentaram crescimento, comparando-se os anos de 2006 e 2016, a região Sul registrou um aumento de 3,5%. Já nos setores da construção civil e de serviços, registrou-se na região Sudeste, um crescimento de 8,1%.

Diante dos dados demonstrados e analisados, é inegável a contribuição das micro e empresas de pequeno porte na geração de emprego e renda. São também importantes agentes para o desenvolvimento regional. Estatisticamente, comprova-se que esse segmento econômico contribui com 27% do PIB nacional. Por isso, merece proteção, por parte do Estado, no sentido

de adotar políticas públicas diferenciadas e protetivas, em observância aos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal. Mendonça, Ruzzão, Santos e Azadinho (2017, p. 52), ao discorrer acerca da importância das micro e pequenas empresas, enfatizam: “Elas geram empregos, oportunidades e crescimento econômico para o país. São negócios pequenos, com perfis diferentes, tendo em vista o faturamento anual diferenciado, com essencial papel na economia do país”.

No mesmo sentido, Koteski (2004, p. 16-17) reconhece que esse tipo de empreendimento é “um dos principais pilares de sustentação da economia brasileira, quer pela sua enorme capacidade geradora de empregos, quer pelo infindável número de estabelecimentos desconcentrados geograficamente.” O referido autor ainda a capilaridade exercida por esse segmento econômico, assinalando: “Propicia a criação de oportunidades àqueles com maior dificuldade de inserção no mercado, como, por exemplo, o jovem que busca o primeiro emprego e as pessoas com mais de quarenta anos.”

3 FUNÇÃO SOCIAL DAS MICRO E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A ordem econômica institucionalizada pela Constituição Federal de 1988 assegura a livre iniciativa empresarial como fundamento da dinâmica capitalista, em consonância com a garantia de produção de bens ou serviços. Segundo Amaral Neto (1996, p. 229), o princípio da livre iniciativa concede aos empreendedores o direito de desenvolverem uma atividade econômica organizada e produtiva, utilizando recursos materiais e humanos. Sobre esse importante princípio constitucional, acrescenta Petter (2008, p. 184); “É substrato da realidade econômica da empresa, a qual se tem projetado em diversos ângulos da normatividade jurídica e constitui um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento.” No entanto, na visão de Sarlet (2015, p. 259), o mercado não se restringe apenas a uma atividade econômica. Mais do que isso, funciona “como valor fundamental da ordem jurídica, [...] pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado Democrático de Direito.” Vale ressaltar que a dignidade da pessoa humana está inserida nas relações privadas, em uma visão harmônica da função social.

A função social da atividade econômica foi prevista, inicialmente, na Constituição mexicana de 1917. Dois anos depois, a Magna Carta da Alemanha conhecida como Constituição de Weimar, recepcionou o princípio. No Brasil, a função social do trabalho e da atividade econômica só veio a ser reconhecida pela Constituição de 1934, embora de forma implícita. Somente depois, com a Constituição de 1967, passou a ser reconhecida como princípio da ordem econômica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à propriedade foi reconhecido como preceito fundamental, passando a ser estabelecido como princípio da ordem econômica e financeira. Com isso, foi atribuído status constitucional ao direito de propriedade, estabelecendo-se, contudo, a obrigatoriedade do atendimento à sua função social. Coube a Leon Duguit propor a relativização do caráter absoluto do direito de propriedade. Pires (2007, p.65), inspirado no tratadista francês, posiciona-se no sentido de que “a propriedade não seria um direito, mas uma

função social”. Nesse sentido, acrescenta: “Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função na razão direta do lugar em que nela ocupa.”

A ideia de Duguit influenciou a concepção do constitucionalismo moderno quanto ao reconhecimento de que essa “função tem significado de exercício de poderes para o atendimento de uma finalidade.” (PIRES, 2007, p. 66). Na ordem jurídica anterior, a propriedade era concebida como direito individual absoluto. No entanto, por inspiração nas Constituições do México e da Alemanha, o reconhecimento desse direito subjugou-se ao dever, por parte daqueles que a possuem, de sua adequada utilização, voltada para a função social. Nessa perspectiva, anota Pires (2007, p. 69):

Entendemos a propriedade como um direito e a função social como um dever. Necessário se faz frisarmos, aqui, inexistir incompatibilidade entre ambos. O primeiro deve ser vislumbrado estaticamente, onde o proprietário está legitimado a manter o que lhe pertence protegido de pretensões de outros, e o segundo deve ser examinado do ponto de vista dinâmico, onde o proprietário tem o dever de destinar o objeto de seu direito ao bem comum.

Acerca da função social, Bercovici (2005, p.147) ensina:

Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade. [...] não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. [...] A função social da propriedade impõe ao proprietário o dever de exercê-la, atuando como fonte de comportamentos positivos.

Quando o constituinte brasileiro estabeleceu como dever o cumprimento da função social da propriedade, o fez com o objetivo de reduzir a injustiça social. Por via de consequência, garante-se a dignidade da pessoa humana, concretizando-se, com isso, um dos fundamentos da República. Discorrendo sobre esse preceito constitucional Gomes (2006, p. 130) afirma: “A propriedade somente poderá ser considerada socialmente funcional quando respeitar a dignidade da pessoa humana e contribuir para o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades sociais”.

O Estado brasileiro optou por um sistema econômico de livre mercado, com base na propriedade privada dos meios de produção e sua operação, visando à lucratividade. A função social da atividade econômica dá-se a partir da equalização entre a livre iniciativa e a lucratividade, em consonância com o dever de respeitar os interesses coletivos e os direitos fundamentais dos trabalhadores e seus familiares. Ao cumprirem esse objetivo, as empresas desempenham um papel auxiliar às atribuições do Estado. Segundo Silva, Baracat e Gunther (2018, p. 412), hodiernamente, elas devem “preocupar-se com um desenvolvimento econômico sustentável e em gerar reflexos positivos à sociedade, auxiliando o Estado na busca da justiça social e dos objetivos da República”.

Na hipótese de ocorrerem abusos no gozo desse direito, a própria Constituição Federal

estabelece limitações e restrições a serem implementadas através do denominado poder de polícia do Estado. Em relação à propriedade urbana, por exemplo, quando o proprietário a utiliza para proveito de sua família ou em benefício da sociedade, nenhuma sanção pode lhe alcançar. Contudo, caso dê uma destinação inadequada à sua propriedade ou a utiliza para fins de especulação, a administração municipal pode aplicar uma tributação mais onerosa, pela via da implementação do IPTU progressivo. Tratando-se de empresa, deve atuar em benefício da coletividade, contribuindo para a criação de empregos, cumprindo as obrigações fiscais, promovendo a geração de riqueza e o desenvolvimento socioeconômico. Assim agindo, os empreendedores não têm a lucratividade como objetivo único, satisfazendo também os interesses da coletividade.

É preciso frisar que, com a função social da empresa, não se visa a “aniquilar liberdades e direitos dos empresários e tampouco de tornar a empresa mero instrumento para a consecução de fins sociais.” (FRAZÃO, 2018, p. 9). Segundo esclarecem, com a função social, busca-se “reinsserir a solidariedade social na atividade econômica sem desconsiderar a autonomia privada, fornecendo padrão mínimo de distribuição de riquezas e de redução das desigualdades”. Conforme assinalado, com base nas diretrizes constitucionais, a empresa não deve ser reconhecida apenas como uma atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Entretanto, o cumprimento da função social, por parte da empresa, não se resume à observância da legislação a que deve submeter-se, tampouco deve ser confundida com uma entidade vinculada à filantropia ou marketing empresarial.

Barros (2010, p. 2) apresenta traços distintivos entre responsabilidade social e filantropia empresarial. No seu entendimento, a filantropia deve ser vista como “uma forma de compartilhar as riquezas com um sentimento de responsabilidade e motivações humanitárias”. Para ele, a responsabilidade social “se afasta da ideia de filantropia e pode ser encarada como gestão socialmente responsável”. Desse modo, em maior ou menor dimensão para os padrões de mercado, a empresa tem o dever de desempenhar sua função social.

O Estado brasileiro, através de instrumentos próprios, assegura tratamento diferenciado à micro e à pequena empresa. Leis regulamentadoras das diretrizes constitucionais estabelecem medidas simplificadoras de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, além de outras. E o faz com o objetivo de ajuda-las a competir no mercado, oferecendo-lhes também possibilidades de contribuir para as desigualdades socioeconômicas. Como se sabe, devido à sua capilaridade esses empreendimentos, promovem desenvolvimento desconcentrado e equitativo nas diversas regiões do país. Como visto no tópico anterior, as micro e pequenas empresas têm uma participação expressiva na atividade empresarial do país. Para tanto, esses ajustes econômicos devem adotar medidas que contribuam para a transformação da sociedade. Elas são imprescindíveis à concretização da função social da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto, procurou-se demonstrar a relevância econômica desempenhada

pelas micro e pequenas empresas, destacando-se também a necessidade de cumprirem da sua função social. Na definição desses estabelecimentos, utilizou-se o critério legal trazido pela LC nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Entre os requisitos utilizados para essa classificação, destaca-se a receita bruta anual. De acordo com outro importante critério adotado pelo SEBRAE, as micro e empresas de pequeno porte são identificadas segundo o número de trabalhadores.

Esses dois tipos de empreendimento representam o número significativo de 6,8 milhões, distribuídos pelos diversos segmentos, tais como: indústria, construção, comércio e serviço. Possuem grande capilaridade, situando-se não apenas nos grandes centros urbanos como também nas pequenas cidades e distritos. Quando analisados conjuntamente, representam, aproximadamente, 99% das empresas nacionais. Preenchem em torno de 50% das vagas formais de empregos, sendo responsáveis por 40% da massa remuneratória. Os dados foram extraídos do Anuário do Trabalho das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (2016). Observando-se os números analisados, é inegável sua importância para o crescimento econômico do país.

No tocante ao cumprimento da função social dessa modalidade de empreendimento, buscou-se primeiramente analisar esse princípio sob a perspectiva constitucional. Conforme foi enfatizado, com o advento da Carta Política de 1988, o direito de propriedade foi erigido ao status de cláusula pétrea, integrando-se como princípio norteador da ordem econômica. Contudo, o reconhecimento da tutela jurídica da propriedade está subjugado ao dever de cumprir sua função social, de acordo também com preceito constitucional. Para tanto, cabe ao Estado estabelecer as diretrizes necessárias e os instrumentos eficazes para a concretização desse princípio. Deve, portanto, criar os meios adequados para se estabelecer a equalização entre o direito ao exercício de uma atividade econômica livre e a obrigatoriedade de respeitar os interesses coletivos e os direitos individuais, de modo a promover a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamentos, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Pelotas, v. 23, n. 92, out./dez. 1996.

BARROS, Mônica de. **Responsabilidade social: a extrafiscalidade vista sob o prisma da função social no direito tributário**. 2010. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20101103-01.pdf. Acesso em: 1 nov. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 155, de 27 de Outubro de 2016**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.256, de 27 de Novembro de 1984**. Estabelece normas integrantes do estatuto da microempresa, relativas ao tratamento, diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, crédito e de desenvolvimento empresarial. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=7256&ano=1984&ato=3c1EzaU9EeBpWTed1>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.864, de 28 de Março de 1994**. Estabelece normas para as microempresas - me, e empresas de pequeno porte - EPP, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, crédito e de desenvolvimento empresarial. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8864&ano=1994&ato=20fETTE50dJpWTF21>. Acesso em: 22 out. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.317, de 5 de Dezembro de 1996**. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte - simples e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19317.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, abr. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815>. Acesso em: 1 dez. 2019.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**. São Paulo: PUCSP, 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/funcao-social-da-empresa_5b47ef7ed1565.pdf. Acesso em: 1 fev. 2020.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. **Revista Desenvolvimento em Questão**, Unijuí, n. 7, p. 127-152, 2006.

KOTESKI, Marcos Antonio. As micro e pequenas empresas no contexto econômico brasileiro. **Revista FAE Business**, Curitiba, n. 8, maio 2004. Disponível em: <https://img.fae.edu/galeria/getImage/1/16570546884843246.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2020.

MENDONÇA, Sandro Augusto Teixeira; RUZZÃO, Ana Paula de Almeida; SANTOS, Jéssica Emily dos; AZADINHO, Liliane Zuim. O planejamento estratégico como ferramenta: um estudo sobre a eficiência das micro e pequenas empresas brasileiras. **Administração de Empresas em Revista**, Curitiba, v. 16, n. 17, p.50-68, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2195/1373>. Acesso em: 12 fev. 2020.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Função social da propriedade urbana e o plano diretor**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade (da pessoa) Humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 249-267, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/265>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SEBRAE - SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Anuário do trabalho na micro e pequena empresa – 2016**. 9. ed. São Paulo: Dieese, 2018. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016_.pdf. Acesso em: 8 fev. 2020.

SILVA, Marina Zagonel Xavier da; BARACAT, Eduardo Milléo; GUNTHER, Luiz Eduardo. Responsabilidade social e função social da empresa à luz do princípio da livre iniciativa: análise do projeto “especiais do super especial” para contratação de pessoas com deficiência, desenvolvido pela rede de supermercados festival. **Revista UniCuritiba**, Curitiba, v. 3, n. 26, p.15-21, 2018. Disponível em: http://novo.more.ufsc.br/artigo_revista/inserir_artigo_revista. Acesso em: 1 fev. 2020.

SOUZA, José Henrique; MACHADO, Lindinalva Cândida; OLIVEIRA, Cilene Aparecida Silva de. As origens da pequena empresa no Brasil. **Revista da Micro e Pequena Empresa**. Campo Limpo Paulista, v. 1, n.1, p.53-65, 2007.

SOUZA, Ruy de. **O direito das empresas-atualização do direito comercial**. Belo Horizonte, 1959. Bernardo Alvares, 2007.

Como citar: PEREIRA, Maria Marconiete Pereira. NÓBREGA, Sulamita Escarião. Função social das micro e empresas de pequeno porte no cenário econômico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 143-157, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p143. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/06/2020

Aprovado em: 01/11/2020

**AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O USO DOS RECURSOS
NATURAIS/ RECURSOS AMBIENTAIS EXISTENTES NO BRASIL
EM FACE DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA**

TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND THE USE OF NATURAL
RESOURCES/ ENVIRONMENTAL RESOURCES IN BRAZIL AND
THE SOVEREIGNTY PRINCIPLE

Celso Antonio Pacheco Fiorillo*
Renata Marques Ferreira**

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Email: celsofiorillo@uol.com.br

** Pós doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Email: renferreira@uol.com.br

Como citar: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. As empresas transnacionais e o uso dos recursos naturais/ recursos ambientais existentes no Brasil em face do princípio da soberania, Londrina, v. 24, n. 3, p. 158-173, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p158. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O uso dos recursos naturais/recursos ambientais no Brasil, além de regradados constitucionalmente pela cidadania, pela dignidade da pessoa humana, pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pelo pluralismo político, têm na soberania (Art. 1º, inciso I) fundamento balizador normativo extremamente relevante no que se refere às possibilidades de uso pelas empresas transnacionais de referidos bens ambientais particularmente em decorrência das características específicas e únicas de nosso País. Daí a necessidade de se realizar a presente pesquisa a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por estudiosos especializados atuantes no âmbito da matéria investigada, com o objetivo de demonstrar que o uso dos recursos nacionais/recursos ambientais existentes no Brasil por parte das empresas transnacionais submete-se ao princípio da soberania e, portanto, à necessária obediência à nossa Lei Maior bem como, especificamente, às superiores orientações de nosso direito ambiental constitucional.

Palavras-chave: Empresas transnacionais. Soberania. Recursos Naturais Recursos Ambientais. Direito Ambiental Constitucional.

Abstract: The use of natural resources/environmental resources in Brazil, is an extension of citizenship, the dignity of the human person, social values of work, free enterprise, and political pluralism. Nonetheless, the sovereignty principle (Art. 1,

subsection I) is a normative tool that is extremely relevant in terms of corporate transactions of environmental resources by transnational corporations, particularly because of the specific and unique characteristics of Brazil. Hence the need to carry out the present research from the hermeneutical method, with a survey of academic work elaborated by scholars working on this proposed topic, which purpose is to demonstrate that transnational corporations use of national resources/environmental resources in Brazil is subject to the principle of sovereignty and, therefore, should follow Brazilian law, specifically its constitutional environmental law.

Keywords: Transnational companies. Sovereignty. Natural Resources Environmental Resources. Constitutional Environmental Law.

INTRODUÇÃO

Indicados no plano constitucional em face do que estabelecem os Arts. 20, V, 225, § 4º e 91, § 1º, III) os recursos naturais, são definidos pelo Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais (ART, 1998, p. 354) como: “[...] qualquer material fornecido por um ambiente que é utilizado pelos homens, como os combustíveis (madeira, carvão, etc.), recursos minerais ou madeira de corte”, sendo certo que ambiente, na explicação de referido Dicionário é o “conjunto de condições que envolvem e sustentam os seres vivos na biosfera, como um todo ou parte desta, abrangendo elementos do clima, do solo, da água e de organismos”.

Daí a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, ao regulamentar o que estabelece o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, designar juridicamente como recurso ambiental a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (Art.2º, IV) ratificando a definição jurídica que já estava estabelecida, antes de nossa Lei Maior, em nossa Política Nacional do Meio Ambiente (Art.3º,V da lei 6938/81).

Assim, tanto os recursos naturais como os recursos ambientais, vinculados e delimitados que estão no âmbito constitucional ao que determina o Art. 225 de nossa Lei Maior, são bens ambientais, a saber, bens essenciais à sadia qualidade de vida da pessoa humana, estando seu uso condicionado ao que estabelecem os princípios constitucionais do direito ambiental circunscrito ao que o Supremo Tribunal Federal definiu como cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida¹.

Destarte o uso de referidos bens ambientais está subordinado, preliminarmente e desde logo, não só às especificidades do que determina o Art. 225 de nossa Lei Maior como evidentemente aos princípios fundamentais de nossa Carta Magna (Art,1º, incisos I a V) sendo certo que, utilizados para a elaboração de produtos destinados ao consumidor em nosso sistema econômico em vigor, também deverão obedecer ao que estabelece o conteúdo do Art.170 de nossa Constituição Federal.

Daí a relevância de se observar que o uso dos recursos naturais/recursos ambientais no Brasil, além de regradados constitucionalmente pela cidadania, pela dignidade da pessoa humana, pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pelo pluralismo político, têm na soberania (Art.1º, inciso I) fundamento balizador normativo extremamente relevante no que se refere às possibilidades de uso pelas empresas transnacionais particularmente em decorrência das características específicas e únicas de nosso País possuidor que é de grande extensão territorial (quinto maior do mundo) com extensa área oceânica (5,7 milhões de km², o que equivale a, aproximadamente, metade da nossa massa continental) abrangendo não só diferentes ecossistemas como a maioria das espécies da Terra sendo também rico em minérios e possuidor de um sistema

1 ADI 3470 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relatora Min. ROSA WEBER Julgamento: 29/11/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019; DI 4066 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 24/08/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

denso e complexo de rios, um dos mais extensos do mundo, com oito grandes bacias hidrográficas, que drenam para o Atlântico.

A metodologia utilizada, desenvolvida a partir de uma descrição rigorosa do enquadramento jurídico constitucional do princípio da soberania bem como do sistema normativo que baliza o uso dos recursos naturais/recursos ambientais existentes no Brasil por parte das empresas transnacionais, se baseia na análise sistemática dos princípios de direito ambiental constitucional vinculado às atividades econômicas destinadas ao desenvolvimento de nosso País, estruturado através de pesquisa realizada a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por estudiosos especializados atuantes no âmbito da matéria investigada, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal associada aos temas enfrentados e de análise jurídica atrelada ao direito ambiental constitucional assim como das normas infraconstitucionais tudo com o objetivo de adequar de forma satisfatória o enquadramento do presente estudo em face de nosso sistema jurídico em vigor. Senão vejamos.

1 O USO DOS RECURSOS NATURAIS/RECURSOS AMBIENTAIS NO BRASIL EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL: O PRINCÍPIO DA SOBERANIA E O CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

O advento da Constituição de 1988 não só proporcionou a recepção da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) em quase todos os seus aspectos, como qualificou de forma superior o regramento jurídico ambiental brasileiro estabelecendo a existência de seus princípios norteadores.

Aludidos princípios constituem pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados no Brasil e internacionalmente como fruto da necessidade de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade econômica, social e os valores culturais de cada Estado independente.

Assim o meio ambiente, entendido como conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral em face de sua gênese fixada de forma explícita em nossa na Lei Maior², é estruturado e interpretado juridicamente em decorrência dos princípios e comandos por ela estabelecidos.

Dentre de referidos princípios cabe destacar, no âmbito do presente estudo, o princípio da soberania.

Com efeito.

Em sentido restrito, na sua significação moderna, o termo soberania, conforme ensina Matteucci

² ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

[...] aparece, no final do século XVI, juntamente com o de Estado, para indicar, em toda sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política. Trata-se do conceito político-jurídico que possibilita ao Estado moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval do poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos Estados, e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo papado e pelo império: isto ocorre em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão.” (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 1179.)

Daí, em sentido lato conforme esclarece referido autor,

[...] o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato a Soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicita ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 1180).

Lembra Matteucci (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 1180) que “o jurista Bodin identifica a essência da Soberania unicamente no” poder de fazer e de anular as leis” sendo certo que:

[...] o cientista político Hobbes evidencia, ao contrário, o momento da execução, isto é, o tipo de poder coagente como sendo o único a ter condições de impor determinados comportamentos e que representaria o único meio adequado ao fim, o de se fazer obedecer. De acordo com o primeiro, o soberano tem o monopólio do direito, mediante o poder legislativo; de acordo com o segundo, o monopólio da força ou da coerção física. (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 1180)

Esclarecendo que “a identificação da Soberania com o poder legislativo é levada às suas conseqüências extremas por Rousseau, com o conceito da vontade geral; para ele, o soberano pode fazer única e exclusivamente leis gerais e abstratas, e de maneira alguma decretos individuais”. (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 1180)

Daí a conhecida lição de Kelsen (2014, p. 33-34) ao estabelecer que:

El principio de la soberanía del Estado y su doctrina, tenida al menos hasta hoy

como doutrina científica, fue fundada en la segunda mitad del siglo XVI por el francés Jean Bodin. Surge en un momento en el que gran parte de los Estados europeos, desde un punto de vista secular, formalmente todavía está asociada al Sacro Imperio Romano, y desde un punto de vista espiritual integradas en la Iglesia, de manera que el Káiser sería señor feudal y el Papa la cabeza religiosa del principado; es este un tiempo en el que se eleva sobre los Estados, al menos la idea, de la doble autoridad de un orden jurídico secular y otro espiritual. En la lucha del Rey francés por su independencia frente al Káiser y el Papa, la doctrina de que el Estado presenta su esencia a partir de la más alta comunidad jurídica, es el principal instrumento intelectual, que el astuto jurista francés pone a disposición del rey en sus ‘Six livres de la république’. Que este escrito se convirtiera en uno de los más afamados en la bibliografía de la teoría del estado y del derecho, hasta el punto de convertir velozmente el dogma de la soberanía del Estado en opinión dominante, es solo un síntoma de la quiebra de cualquier comunidad supraestatal, que en la forma de Imperium Romanum y Ecclesia Universalis había sostenido el mundo jurídico del medievo.

Trata-se, pois, como ensina Reale (1984, P. 157), de um poder originário e exclusivo do Estado “de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver, em última instancia, sobre a validade de todos os ordenamentos internos”.

Destarte, conforme adverte nossa Lei Maior ao estabelecer referido conceito como princípio fundamental, indica ser a soberania fundamento de nossa República e de nosso Estado Democrático de Direito (Art.1º, I), a saber,

[...] o art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania³ que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. (Rcl 11.243, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE de 5-10-2011)

3 “Negativa, pelo presidente da República, de entrega do extraditando ao país requerente. (...) O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu art. III, I, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando ‘a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição’. (...) Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do presidente da República em matéria de extradicação, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. O art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do presidente da República. No campo da soberania, relativamente à extradicação, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas leis, nos tratados e na própria decisão do Egrégio STF na Ext 1.085. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao STF, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945.” [Rcl 11.243, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE de 5-10-2011.]

Ou seja, trata-se de entender a soberania, como “poder de mando de última instância, numa sociedade política” (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, P. 1180) para usar a tradicional lição de Matteucci anteriormente indicada. Daí ser da competência do Conselho de Defesa Nacional (Art.91, § 1º, III), órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

Assim, e corroborando a argumentação anteriormente aduzida, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”⁴ mantendo-se, pois nos dias de hoje “ainda intacto o padrão westfaliano de relacionamento horizontal entre os Estados, enquanto modelo fundado na soberania, na supremacia da ordem jurídica interna, na aplicação do direito internacional em conformidade com os ditames da legislação local e na consideração de um povo territorialmente localizado como fonte de legitimidade, ainda que, em outras áreas, sobretudo na econômica, a heteronímia decisória tenda a avançar cada vez mais” (LEWANDOWSKI, 2004, P. 301) como lembra Lewandowski.

Por via de consequência devemos destacar que, no plano externo, a soberania traduz, a ideia de igualdade de todos os Estados na comunidade internacional, associada à independência nacional manifestando-se, principalmente, pela constituição de um sistema de normas jurídicas capaz de estabelecer as pautas fundamentais do comportamento humano dentro de um determinado espaço territorial restando bem evidenciado que uma das principais características da soberania é o reconhecimento de sua independência na ordem internacional, não dependendo pois o Estado de qualquer poder supranacional e vinculando-se tão somente pelas normas de direito internacional resultantes de tratados livremente celebrados conforme estabelece o princípio constitucional da legalidade. Daí restar bem estabelecido que a soberania é um poder, ou seja, é uma faculdade de impor aos outros um comando a que lhes fiquem a dever obediência, que se caracteriza por ser

4 EMENTA: “HABEAS-CORPUS” PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal “a quo” não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. “Habeas-corpus” não conhecido nesta parte. Precedentes. II - Mérito. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5- “Habeas-corpus” conhecido em parte e, nesta parte, indeferido.” HC 73044 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 19/03/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 20-09-1996 PP-34534 EMENT VOL-01842-02 PP-001.

absoluto, ou seja, a soberania não está sujeita à condições ou obrigações determinados de forma impositiva por outrem, não recebendo ordens ou instruções de ninguém e não sendo responsável perante nenhum outro poder.

No plano interno deve ser repetida e aplicada a lição de Reale (REALE, 1984, p. 157) no sentido de entender a soberania como um poder originário e exclusivo do Estado “de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver, em última instancia, sobre a validade de todos os ordenamentos internos” ou seja, de declarar e assegurar a necessária obediência à nossa Lei Maior bem como a todo o sistema normativo em vigor em nosso País.

Em resumo, para usar a didática lição de Hillgruber (2002, p. 8),

La soberanía nacional significa, desde el punto de vista del derecho internacional dos cosas: Primero el reconocimiento del derecho exclusivo y universal del Estado a promulgar en su territorio normas jurídicas que vinculan a sus nacionales (soberanía territorial y personal), es decir el reconocimiento del poder de tomar la última decisión sobre personas y cosas en su territorio y de decidir sobre el estatus de las personas físicas y jurídicas (soberanía interior). En segundo lugar, en las relaciones exteriores la no sumisión a otros Estados, pues a todos ellos les reconoce el derecho internacional igual autoridad: par in parem non habet imperium (la llamada soberanía exterior)

Assim o uso dos recursos naturais/recursos ambientais no Brasil, bens ambientais balizados constitucionalmente no âmbito do meio ambiente natural, está submetido aos princípios do direito ambiental constitucional, e, portanto o uso de referidos bens está também submetido ao princípio da soberania.

2 O USO DOS RECURSOS NATURAIS/RECURSOS AMBIENTAIS NO BRASIL NO ÂMBITO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS.

Conforme o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de estabelecer de forma didática:

[...] é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. (ADI 1950 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 03/11/2005 Tribunal Pleno Publicação DJ 02-06-2006).

Ligada no plano das atividades econômicas à tutela jurídica do meio ambiente natural, uso dos recursos naturais/recursos ambientais brasileiros, por força do que determina o sistema normativo constitucional em vigor, devem ser gerenciados em face de uma economia baseada “na separação entre trabalhadores juridicamente livres, que dispõem apenas da força de trabalho e a vendem em troca de salário, e capitalistas, os quais são proprietários dos meios de produção e

contratam os trabalhadores para produzir mercadorias (bens dirigidos para o mercado) visando à obtenção de lucro” conforme lição de Sandroni (1999, p. 40).

Com efeito, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, (parágrafo único do art. 170 da CF) nossa Constituição Federal destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica

Não se trata de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Leite (LEITE, 2011, p. 16) ,como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo” mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade” tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se a rigor de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade:

[...] conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p. 25) (BULGARELLI, 1995, p. 25)

Todavia, atribuindo ao termo posição juridicamente superior, a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade conceito bem mais amplo, abarcando não só as comerciais e empresariais mas também e particularmente indicando a atividade em face da defesa do meio ambiente o que significa compreender a matéria ora desenvolvida, em face do conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Com efeito. Entendida, na lição de Houaiss (2009, online) como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação” em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”) o termo atividade também pode ser perfeitamente explicado no âmbito da economia (atividade econômica) como a faculdade de empreender coisas o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Destarte, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art.1º, IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” conforme explicação de Sandroni (2005, p. 352), deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Daí a existência de princípios ambientais constitucionais como os observados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Por via de consequência ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, inclusive e particularmente com o uso de recursos naturais/recursos ambientais existentes em nosso País, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

Como material fornecido por um ambiente que é utilizado pelos homens referidos recursos os recursos naturais/meio ambiente natural tem, pois, sua gestão estabelecida em face da ordem econômica definida em nossa Constituição Federal submetendo-se evidentemente aos princípios do direito ambiental constitucional e dentre eles, evidentemente ao princípio da soberania.

3 EMPRESAS COMO NOÇÃO REFERÍVEL À ATIVIDADE ECONÔMICA E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL.

Tipo de “instituição econômica que gerada embrionariamente no bojo da Revolução Industrial, ampliou-se desmedidamente até dominar o panorama da economia atual”⁵ 6, conforme

5 Classificada em 2017 como a oitava maior economia do mundo, com um produto interno bruto (PIB) de 6,559 trilhões de reais, ou 2,080 trilhões de dólares estadunidenses nominais, de acordo com estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), a economia brasileira é também a segunda maior do continente americano, atrás apenas da economia dos Estados Unidos.

6 O BNDES apresentou trabalho que teve como objetivo apresentar um panorama atual sobre a economia brasileira, destacando a evolução recente e os principais desafios e, sobretudo, apresentando possíveis cenários de crescimento para o período de 2018 a 2023.

Referido documento indica “uma trajetória para a evolução do produto interno bruto (PIB) na forma de um exercício de consistência que considera a existência, na economia brasileira, de um hiato inicial do produto que iria se fechando progressivamente ao longo do horizonte de referência adotado, até o ano de 2023. A dinâmica do crescimento, em que pese a intensidade da queda observada do PIB no biênio 2015-2016, será afetada pela queda muito mais intensa do investimento nesse mesmo período, que, com a redução adicional observada em 2017, alcançou -27% no acumulado de quatro anos: 2014-2017. Consequentemente, o crescimento do produto potencial previsto para 2018 é de apenas 1,7%. Assim sendo, mesmo com um hiato inicial representando um grau de ociosidade de 4,5% em 2017, o maior crescimento do PIB, com uma taxa inicial prevista em 2,5% para 2018, provocaria um encolhimento gradual do hiato do produto ao longo de seis anos. Considera-se que a formação bruta de capital fixo (FBCF) teria

lição fundamental de Bulgarelli (1985, p. 2), a empresa “como noção referível à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente” passou a ter, observando-se a noção antes referida, inequívoco enquadramento em nossa Lei Maior a partir de 1988. Daí Eros Grau advertir, citando Requião (1977, p. 264-265), que

[...] os juristas tradicionalmente se valem dos ensinamentos da teoria econômica para acolher a definição da empresa como ‘organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias, mais precisamente, das exigências do mercado em geral’; o conceito de empresa firma-se na ideia de que ela é o exercício da atividade produtiva. (DI 3273 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator:Min. CARLOS BRITTO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Julgamento: 16/03/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102.)

Destarte, enquanto atividade econômica, a empresa, em nosso País, submete-se juridicamente no plano constitucional não só ao regramento normativo que estrutura as atividades como, particularmente, “como noção referível à atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente” (BULGARELLI, 1985, p. 6), à delimitação jurídica constitucional que organiza os princípios gerais da atividade econômica.

Assim, em face de nossa atual Carta Magna (Arts.1º ,IV e 170 e segs.), a empresa no Brasil, fundamentada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art.1º,IV) bem como fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Art.170 da CF), passou a ter por fim assegurar a todos existência digna (Arts.1º, III e 170 da CF), conforme os ditames da justiça social, observando obediência obrigatória, dentre os princípios gerais das atividades econômica, ao princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Art. 170,VI da CF). Além disso a empresa em nosso País, ao ter sua estrutura necessariamente ligada aos referidos princípios fundamentais de nossa Carta Magna, também está vinculada ao que determina o Art.3º de nossa Lei Maior. Destarte construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades

um crescimento de 6% em 2018 e de 7% ao ano nos cinco anos posteriores, de modo que a taxa de investimento em 2023 alcançaria 19,5% do PIB. Isso posto, considera-se um crescimento do PIB compatível com a vigência de um hiato do produto que seja, por hipótese, eliminado até 2023, o que corresponde a um crescimento do PIB a taxas gradualmente crescentes, até alcançar 3,4% em 2023. O cenário adotado contempla um crescimento médio anual, na média dos seis anos entre 2018 e 2023, de 4,3% das exportações reais nas contas nacionais, de 5,7% das importações e de 0,8% do consumo do governo, no contexto de vigência de uma forte restrição fiscal. No cenário adotado, o consumo das famílias, nos seis anos compreendidos entre 2018 e 2023, poderia ter uma expansão real média de 2,8% ao ano. Pode-se concluir que, no período considerado, os números apresentados sugerem que a economia brasileira encontra-se em condições de crescer a um ritmo da ordem de 2,5% a 3,0% sem o surgimento de maiores pressões inflacionárias”.

Vide PERSPECTIVAS DEPEC 2018 O CRESCIMENTO DA ECONOMIA BRASILEIRA 2018-2023 documento elaborado por Guilherme Tinoco e Fabio Giambiagi, respectivamente economista e economista chefe do Departamento de Pesquisa Econômica do BNDES Editado pelo Departamento de Comunicação Abril de 2018.

sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são também determinações constitucionais impostas à todas as atividades econômicas organizadas de produção e circulação de bens e serviços em nosso País como princípios fundamentais que devem ser obedecidos.

Cuida-se, portanto de entender e analisar juridicamente a empresa em nosso País, desde logo e preliminarmente, a partir de seu enquadramento constitucional, conforme advertem Fiorillo e Ferreira (2019, p. 55) constatando especificamente os fundamentos constitucionais que estabelecem seu superior contorno normativo, a saber, não só a dignidade da pessoa humana (Art.1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa(Art.1º, IV) como os demais fundamentos indicados no Art.1º ,como é o caso da soberania.

Destarte os princípios fundamentais constitucionais que se refletem em todas as normas constitucionais e evidentemente em toda a ordem econômica indicam a necessária obediência por parte das empresas à defesa do meio ambiente em face dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal.

Por via de consequência, para que possam atuar de forma lícita em nosso País usando os recursos naturais/recursos ambientes que possuímos, as empresas necessariamente estão constitucionalmente obrigadas a defender o meio ambiente em face dos balizamentos constitucionais que estruturam referido direito, dentre eles, o balizamento da soberania.

4 EMPRESAS TRANSNACIONAIS E SEU BALIZAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL EM FACE DO USO DOS RECURSOS NATURAIS/RECURSOS AMBIENTAIS EXISTENTES NO BRASIL.

Organizações que desenvolvem suas atividades econômicas em mais de dois países⁷ e entendida, na lição de Sandroni (SANDRONI, 1999, p. 235) como “estrutura empresarial básica do capitalismo dominante nos países altamente industrializados” caracterizando-se “por desenvolver uma estratégia internacional a partir de uma base nacional, sob a coordenação de uma direção centralizada”, as empresas transnacionais, conhecidas também como multinacionais, criadas em face de circunstâncias históricas bem definidas como ensina Dunning (1993, p. 3), “resultam da concentração do capital e da internacionalização da produção capitalista.”

Destarte, na lição de Pereira (PEREIRA, 1978, p. 12),

Para conceituar as empresas multinacionais poderíamos adotar uma definição histórica e formal do tipo adotado pelas Nações Unidas⁸. Segundo esse conceito, multinacionais seriam ‘todas as empresas que controlam ativos — fábricas,

⁷ “The multinational corporation is a business organization whose activities are located in more than two countries and is the organizational form that defines foreign direct investment. This form consists of a country location where the firm is incorporated and of the establishment of branches or subsidiaries in foreign countries. Multinational companies can, obviously, vary in the extent of their multinational activities in terms of the number of countries in which they operate. A large multinational corporation can operate in 100 countries, with hundreds of thousands of employees located outside its home country.” LAZARUS, A. A. Multinational Corporations. In: International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, p. 10197. Disponível em: https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/bkogut/files/Chapter_in_smelser-Baltes_2001.pdf.

⁸ Nações Unidas, Multinational Corporations in World Development. Nova York, Praeger Publishers, 1974.

minas, escritórios de venda etc. — em dois ou mais países’. Esta definição tem a vantagem de ser neutra e geral. Em compensação, nos dá uma compreensão insatisfatória do problema, na medida em que tira o caráter historicamente situado das empresas multinacionais no processo de desenvolvimento do capitalismo monopolista de Estado. Reservamos a denominação “empresas internacionais” para caracterizar todas as empresas que possuam filiais em mais de um país, e preferimos definir como multinacionais as grandes empresas oligopolísticas que se expandem em escala mundial a partir dos anos cinquenta deste século. A expressão, “multinacional”⁹ surge nessa época, quando o capitalismo mundial modifica estruturalmente seu caráter e ganha dimensão definitivamente mundial e, ainda no século passado, o processo de unificação comercial (através da divisão internacional do trabalho) e financeiro dos países capitalistas centrais e periféricos já ultrapassado, passava agora à unificação industrial do sistema através das empresas multinacionais manufatureiras.

De qualquer forma podemos nos valer da concepção de Hadari (1973, p. 742) no sentido de caracterizar as transnacionais como empresas com fins caracterizada por desenvolver atividades econômicas suficientes - incluindo vendas, distribuição, extração, fabricação, e pesquisa e desenvolvimento - fora de seu país de origem, de modo a depender financeiramente de operações em dois ou mais países e por ter suas decisões de gestão s tomadas com base em alternativas regionais ou globais.

São por via de consequência atividades econômicas obrigadas a defender o meio ambiente em nosso País, a exemplo de qualquer outra empresa, em face dos balizamentos constitucionais que estruturam referido direito, dentre eles, o balizamento da soberania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pudemos demonstrar, ao realizar operações em busca de mercados consumidores, energia, matéria-prima e mão-de-obra visando controlar ativos (e, portanto bens ambientais...), submetem-se as empresas transnacionais ao atuar em nosso País, à necessária obediência à nossa Lei Maior bem como a todo o sistema normativo em vigor dentro do que delimita no plano interno o princípio da soberania.

Por outro lado, embora sejam caracterizadas como “empresas que têm o poder de coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa” como argumenta Dicken (2000, p. 18), as empresas multinacionais não são “detentoras de um poder de decisão que não está sujeito a ninguém”. Uma vez que se submetem ao nosso sistema de normas jurídicas que é capaz de estabelecer as pautas fundamentais do comportamento humano dentro de um determinado espaço territorial que não depende de qualquer poder supranacional vinculado que está, tão somente, pelas normas de direito internacional resultantes de tratados livremente celebrados conforme estabelece o mesmo princípio da soberania¹⁰.

⁹ Conforme adverte Pereira “a expressão “empresa multinacional” parece ter sido inicialmente usada por um seu grande defensor, David E. Lilienthal, em uma conferência pronunciada em abril de 1960 no Carnegie Institute of Technology.

Assim as empresas multinacionais em nosso País, dentro do “padrão westfaliano de relacionamento horizontal entre os Estados, enquanto modelo fundado na soberania, na supremacia da ordem jurídica interna” (LEWANDOVSKI, 2004, p. 301) estão submetidas desde logo às superiores orientações estruturais constitucionais estando portanto obrigadas a orientar suas atividades econômicas considerando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil indicados no Art.3º da CF (principalmente o de garantir o desenvolvimento nacional e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) com fundamento não só nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa(Art.1º, IV) mas também fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Art.170 da CF), devendo inclusive assegurar a todos existência digna (Arts.1º, III e 170 da CF), conforme os ditames da justiça social, observando obediência obrigatória, dentre os princípios gerais das atividades econômica, ao princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Art.170, VI da CF).

Destarte, ratificando uma vez mais que nosso País não depende de qualquer poder supranacional vinculado que está, tão somente, pelas normas de direito internacional resultantes de tratados, concluímos de forma objetiva que o uso dos recursos nacionais/recursos ambientais existentes no Brasil por parte das empresas transnacionais submete-se ao princípio da soberania e, portanto, conforme demonstrado no presente trabalho, à necessária obediência à nossa Lei Maior bem como, especificamente, às superiores orientações de nosso direito ambiental constitucional.

REFERÊNCIAS

RECURSOS NATURAIS. In: ART, Henry Warren. **Dicionário de ecologia e ciência ambiental**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

BULGARELLI, W. Contratos mercantis. In: **Contratos Nominados: Doutrina e Jurisprudencia**[S.l: s.n.], 1995.

DICKEN, Peter. **Mudança global: mapeando as novas fronteiras da economia mundial**. Porto Alegre: Bookman, 2000.

DUNNING, John. **Multinational Enterprises and the Global Economy**. Massachusetts:

10 Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul. CR 8.279 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 17-6-1998, P, DJ de 10-8-2000.

Addison-Wesley Publishing Company, Reading, 1993.

ENDERS, Armelle; FERREIRA, Marieta de Moraes; FRANCO, Renato. **História em curso da antiguidade à globalização**. São Paulo: Editora do Brasil; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GHIDINI, Mario. **Lineamenti del diritto del'impresa**. Milão: Giuffrè, 1978.

HADARI, Yitzhak. The structure of the private multinational enterprise. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 71, Mar. 1973.

HILGRUBER, Christian. **Soberanía**: la defensa de um concepto jurídico. Traducción de Ariadna Rull. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra 2002. Título original Souveränität: Verteidigung eines Rechtsbegriffs, Juristenzeitung.

ATIVIDADE. In: HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **La Transformación del Concepto de Soberanía** DPU N° 58 – Jul-Ago/2014.

LEITE, Antonio Dias Leite **A Economia Brasileira - de onde viemos e onde estamos**. Rio de Janeiro:Elsevier,2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo **Globalização, Regionalização e Soberania** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser **Empresas Multinacionais e Interesses de Classe** Encontros com a Civilização Brasileira, 1978.

REALE, Miguel **Teoria do Direito e do Estado** São Paulo: Saraiva,1984.

REQUIÃO, Rubens **Curso de Direito Comercial**, 8ª edição, São Paulo : Saraiva,1977.

SANDRONI, Paulo **Novíssimo Dicionário de Economia** São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

TINOCO, Guilherme; GIAMBIAGI, Fabio **Perspectivas DEPEC 2018 O crescimento da economia brasileira 2018-2023** Departamento de Pesquisa Econômica do BNDES / Departamento de Comunicação 2018.

Como citar: FIORILLO, Censo Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. As empresas transnacionais e o uso dos recursos naturais/ recursos ambientais existentes no Brasil em face do princípio da soberania, Londrina, v. 24, n. 3, p. 158-173, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p158. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 18/08/2020

Aprovado em 15/09/2020

**ENTRE NEW PUBLIC MANAGEMENT (NPM) E POST-NPM:
GOVTECHS DE GESTÃO DE DOCUMENTOS NA PERSPECTIVA
DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

BETWEEN NEW PUBLIC MANAGEMENT (NPM) AND POST-
NPM: GOVTECHS OF DOCUMENTAL MANAGEMENT AT THE
PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO
INFORMATION

Mateus de Oliveira Fornasier*
Norberto Milton Paiva Knebel**

*Pós Doutor pela University of Westminster (WESTMINSTER). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul (UNIJUI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul (UNIJUI). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul (UNIJUI). Email: mateus.fornasier@gmail.com

** Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul (UNIJUI). Mestre em Direito pela Universidade de La Salle – Canoas (UNILASALLE). Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional (IMÉD). Graduado em Direito pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS). Email: norberto.knebel@gmail.com

Como citar: FORNASIER, Mateus de Oliveira. KNEBEL, Norberto Milton Paiva. Entre new public management (npm) e post-npm: govtechs de gestão de documentos na perspectiva do direito fundamental de acesso à informação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 174-194, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p174. ISSN: 2178-8189

Resumo: Este artigo objetiva compreender como se aplicam os parâmetros do direito fundamental de acesso à informação às *govtechs*. Nesse sentido, sua hipótese é a de que a aplicação do direito fundamental ao acesso à informação deve ter primazia nos casos da parceria entre Administração Pública e *govtech*, devendo os mecanismos de regulação serem utilizados para exercer intervenção em casos de desrespeito a tal direito. Foi utilizado o método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental para a sua elaboração. Como resultados, tem-se, primeiramente, que as *govtechs* podem ser compreendidas no cenário brasileiro na transição entre *new public management* (NPM) e *post-NPM*, negando parte das premissas de completa transferência da prestação de serviços públicos, incorporando noções de parceria com o setor público, mantendo características próprias em cada setor (embora haja um legado ainda relevante da NPM no Estado Brasileiro, tendo em vista que o gerencialismo proposto fez bases nos amplos processos de desestatização e privatizações, ao ponto que as iniciativas de *post-NPM* trabalham em um cenário ambíguo). Ademais, a ligação entre iniciativa privada e Administração Pública no âmbito das *govtechs* exige que o direito fundamental ao acesso à informação seja respeitado e promovido, sendo este o marco normativo e regulatório, bem como a promessa dessas empresas. Portanto, configura-se a aplicação do direito de acesso à informação às *govtechs* de gestão documental e, compreende-se

que os sistemas de gestão mais modernos, inclusive, contribuem para a efetividade desse direito.

Palavras-chave: Govtech. Gestão de documentos. Nova administração pública. Acesso à informação.

ABSTRACT: This paper examines the parameters of the fundamental right of access to information in govtechs. Furthermore, its hypothesis is that this right should be a top priority of the Brazilian government when there are partnerships between it and govtechs. Moreover, this research understands that regulatory mechanisms should be used to intervene in cases of violation of these rights. This study utilizes the hypothetical-deductive method with the qualitative approach and the bibliographic-documentary research technique. This research finds, firstly, that govtechs can be understood, in Brazil, from the context of a new form of transition between new public management (NPM) and post-NPM. Therefore, assumptions of complete transfers of public services are false because it does not sell but pursues partnerships with the public sector, whilst maintaining characteristics of their own sector (although there is still a significant legacy of NPM in Brazil, given that the proposed managerialism underpinned extensive privatization and privatization processes, to the extent that post-NPM initiatives work in an ambiguous scenario). Furthermore, the link between private initiative and public administration within the scope of govtechs requires that the fundamental right of access to information be respected and promoted from a normative and regulatory framework, as well be the promise of these companies. Therefore, the application of the right of access to information to document management govtechs is important, and this paper understands that most modern management systems contribute to the effectiveness of this right.

Keywords: Govtech. Document management. New Public Administration. Access to information.

INTRODUÇÃO

A mudança de paradigma frente à governança e as reformas produzidas na Administração Pública encontra uma transição — da *New Public Management (NPM)* para a *Post-New Public Management (Post-NPM)*. A ascensão de empresas privadas que auxiliam e participam da Administração Pública permeia essas duas formas; todavia, na era do Post-NPM surgem as *Govtechs* — *startups* ou empresas de pequeno ou médio porte ligadas ao ramo da tecnologia da informação que prestam serviços públicos em parceria com os governos.

A NPM corresponde ao contingente de reformas (neo)liberais promovidas nos Estados pelo mundo todo, integrando conceitos da técnica da Economia e da gestão corporativa aos atos da Administração Pública, em nome de uma pretensa racionalização das práticas no relacionadas à eficiência da máquina pública. Corresponde à integração de diversos temas, tais como a desagregação do sistema público em novas hierarquias baseadas na forma corporativa, a competitividade que instituiu o sistema de diversificação dos provedores de serviço público, e os incentivos baseados em performance.

O paradigma da NPM é consequência e representação, na Administração Pública, da ideologia neoliberal na governança, pois ao mesmo tempo em que reпреende a gestão do Estado e sua burocracia, sustenta uma superioridade racional dos meios tecnocráticos da gestão pautada pelos paradigmas da Economia. Portanto, a expressão “NPM” possui uma carga semântica de um momento específico da Economia Política nos países que instituíram reformas baseadas em tal paradigma de governança— e o Brasil está entre aqueles que aplicaram os conceitos de (des)estatização e racionalidade econômica dignos dessa reforma da gestão pública.

O contexto de *Post-NPM* sugere mudanças nesse paradigma, instituindo novos tipos de reformas, no sentido de ampliar a participação no governo e de inserir novas ciências na criação de teorias acerca da Administração Pública, para além da manutenção da aplicação da racionalidade da Economia. Parcerias público-privado assumem, assim, uma nova dimensão, em que a governança alia princípios do público e do privado, superando-se a ideia de privatização da gestão pública e da sua transformação em gestão corporativa, criando-se uma nova síntese, na qual em que se situam as recentes *govtechs*.

Outra faceta central nessa transformação é a ascensão da importância das tecnologias digitais, ou seja, na governança aliada aos meios criados pela inovação no campo das tecnologias de informação e comunicação (TICs). Importante ressaltar que essas inovações já eram exploradas na NPM — mas no paradigma da *post-NPM*, o uso das ferramentas informacionais vai para além do seu caráter instrumental, auxiliar da gestão, assumindo o significado de uma nova forma de produzir participação e governança. Nesse sentido, surgem as *govtechs* focadas em serviços públicos digitais — utilizando-se de tecnologias tais como inteligência artificial (IA) e outras, derivadas da aplicação dos conhecimentos da ciência de dados.

Neste artigo, estuda-se o caso das *govtechs* que prestam serviços à Administração Pública no campo da gestão de documentos, ou seja, empresas que proveem soluções tecnológicas para

uma melhor gestão de documentos públicos — tais como sistemas digitais de gestão de arquivos públicos. Tais empresas (e as teorias relacionadas à *post-NPM*) prometem, principalmente, a ampliação da transparência em razão da disponibilidade digital e em tempo-real, providas pela digitalização e pela interpretação dos dados pela (IA); todavia, é preciso constituir formas de regulação de tais técnicas, na medida em que os agentes não-estatais que as desenvolvem devem respeitar o direito fundamental de acesso à informação.

Justifica-se a relevância desse tema para a pesquisa jurídica quando se constata o número cada vez maior de *govtechs* sendo iniciadas pelo mundo e, especificamente, no Brasil, prestando cada vez mais serviços públicos em parceria com os Estados. O caso da gestão documental é uma das atividades proeminentes dessa forma de governança e, no atual estágio da literatura, apresenta significativa repercussão, propondo-se, assim, a necessidade de se estabelecer um debate acerca da efetivação de direitos concebidos em momento anterior a essa estrutura de gestão pública — *in casu*, o direito fundamental de acesso à informação consagrado na Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei nº 12.527/2011 e pelo Decreto nº 7.724/2012. Esse debate se torna ainda mais necessário quando se constata haver um vácuo legislativo, jurisprudencial e doutrinário sobre a aplicação desse direito às *govtech*. A demais, a regulação desse direito criou diversos mecanismos para pessoas físicas ou jurídicas buscarem informações públicas de órgãos ou entidades relativos aos três poderes da União. Portanto, quanto à parceria na prestação desse serviço público estabelecida em relação às *govtech*, é preciso desvendar como se comporta esse sistema de proteção e transparência de informação para os cidadãos.

Nesse sentido, o problema desta pesquisa pode ser expresso no seguinte questionamento: qual é a importância do direito de acesso à informação para a regulação da gestão documental realizada na parceria entre Estado e empresas privadas ligadas às novas tecnologias? A hipótese a ser testada para tal problema considera que a aplicação do direito fundamental ao acesso à informação deve ter primazia nos casos da parceria entre Administração Pública e *govtechs*, devendo os mecanismos de regulação exercerem intervenção em casos de desrespeito a tal direito. Todavia, é preciso descrever quais são esses mecanismos, bem como se eles são compatíveis a esse cenário de *govtechs* prestando o serviço público de gestão documental.

Assim sendo, o objetivo geral desta pesquisa foi compreender como se aplica o direito de acesso à informação às *govtechs*. Para a consecução de tal objetivo específico, o desenvolvimento do texto foi dividido em duas seções, cada qual correspondendo a um objetivo específico seu. Assim, a primeira seção se destinou a contextualizar o que são as *govtechs* no cenário da transformação da Administração Pública (da *NPM* à *post-NPM*). Já a segunda objetivou, especificamente, compreender o direito de acesso à informação no contexto da gestão documental pelas *govtechs*.

Metodologicamente, este artigo tem natureza exploratória, tendo sido utilizado o método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

1 AS GOVTECH NO CONTEXTO DO *NEW PUBLIC MANAGEMENT*

O termo *govtech* serve para denominar as empresas de tecnologia que servem à execução de serviços públicos, ou seja, prestam serviços para órgãos estatais cumprindo funções de competência da Administração Pública. Segundo a empresa BrazilLab (GOVTECH, 2018a), que atua como “hub de inovação” para *startups*, esse conceito é derivado de outras tendências de mercado, tais como as *FinTech* e as *EduTech*, partilhando de semelhanças no sentido de: (I) O uso de ferramentas digitais; (II) novas tecnologias relacionadas à análise e geração de dados; e (III) pessoas que já transitaram entre as esferas pública e privada, altamente engajadas em oferecer melhores serviços à população.

Segundo o relatório de Desmond e Kotecha (2017, p. 7), que promove o investimento nessas empresas, as consequências das *govtechs* são, de acordo com cada agente impactado: (I) para os cidadãos, o ganho de qualidade na prestação de serviços públicos nos campos da saúde, mobilidade, política, participação social, todas intermediadas pelas novas tecnologias; (II) para os legisladores, novas oportunidades para acelerar a produtividade e produzir empregos; (III) para os investidores, um novo potencial de empresas que participam dos múltiplos níveis da sociedade; (IV) para as *startups*, a promoção de um cenário de crescimento e estabelecimento de um novo mercado, além da oportunidade de fazer a diferença na sociedade; (V) para os líderes políticos, oportuniza avaliação dos fatos orientada por dados de forma nunca antes vista, devido às enormes dimensões do *big data* criado pela aplicação das TICs aos mais variados contextos atinentes à Administração Pública.

O relatório elaborado pela prestadora de serviços de auditoria e consultoria *Pricewaterhousecoopers* (PWC, 2016, p. 6-7) — define as *govtech* como representantes de uma nova forma de engajamento na comunidade e de recepção dos serviços por meios digitais, por parte dos cidadãos. Portanto, a cidadania seria, assim, potencializada pelas novas tecnologias e pela mobilidade da informação. As *govtech* são forjadas por empreendedores, inovadores e pequenos empresários, e a necessidade dessa transformação se dá justamente pela nova relação que as pessoas possuem com a sociedade conectada de forma informacional — como já ocorre com o comércio e os serviços bancários. A partir desse momento, portanto, os cidadãos esperam a mesma mudança no âmbito da Administração Pública.

As *govtech*, para Filer (2019, p. 5-7), constituem um ecossistema de inovação do setor privado em que consistem as *startups*, pequenos e médios empreendimentos que trabalham com produtos e serviços de tecnologia, tendo como clientes o setor público — essencialmente, o governo. As prioridades da nova indústria de *govtechs* incluem promover eficiência e maior responsabilidade no setor público, com sua interação para com os cidadãos. Dessa forma, a autora recomenda, para os órgãos regulatórios e legislativos: (I) construir as fundações sociais e técnicas para as *govtechs*, garantindo a infraestrutura digital do público, como o acesso universal à internet e a cibersegurança; (II) incorporar responsabilidade em todo o ecossistema, ao promover operações conjuntas de responsabilização, particularmente quanto a segurança dos dados dos cidadãos;

(III) abordar as barreiras das licitações, facilitando tais processos para que pequenos negócios inovadores vendam seus serviços aos governos; (IV) garantir recursos a longo prazo, mediante a compreensão de que os ganhos relacionados à aplicação de alguns mecanismos devem ser pensados a longo prazo; (V) engajar a Academia científica no ciclo de inovação, promovendo parcerias multidisciplinares entre governo, setor privado e universidades; (VI) desenvolver caminhos para o desenvolvimento tecnológico e solução de problemas, construindo interesse na solução de casos via tecnologia; (VII) construir linguagens comuns dentro do setor público, garantindo que este consiga debater sobre a interseção entre público e tecnologia; (VIII) desenvolver e utilizar redes regionais e internacionais, engajando a comunidade e fomentando o diálogo intergovernamental.

Esse cenário de empresas de tecnologia instruindo a gestão pública é a nova fase ou momento de um paradigma de governança de herança neoliberal e dos processos de (de) estatização dos serviços públicos. A NPM surgiu como um padrão de reforma estrutural dos governos, promovendo modelos de gestão e técnicas da Administração para promover maior qualidade e eficiência que, para Bleiklie (2018, p. 1-2), nada mais é do que o denominador comum das ideias neoliberais sob o pretexto de “modernização”, demonstrando afinidade para com essas políticas ao introduzir mecanismos de mercado ao setor público, ao mesmo tempo em que promove privatizações. Essa mudança na concepção e na ação do Estado inseriu no vocabulário o termo “governança” em escala mundial (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 271).

Por trás de uma promessa de mera modernização há, portanto, um profundo projeto político, sendo a ideia de nova governança algo não neutro como promete, e tornar o setor público alinhado ao paradigma organizacional do setor privado (LYNCH; GRUMMELL, 2018, p. 203).¹ Esse fenômeno é influenciado pelas forças estruturais da globalização — tanto em suas transformações relativas às condições econômicas, em que a soberania do Estado passa cada vez mais a ser compartilhada com setores privados, quanto às transformações sociais, em que a exclusão social passou a ser arquiteta globalmente (BARRAKET; KEAST; FURNEAUX, 2016, p. 16-20).

A grande crítica feita pela NPM à antiga Administração Pública dizia respeito à chamada burocratização irracional dos serviços desta, que contrastava com os modelos de racionalidade desenvolvidos por autoridades do conhecimento científico e da escolha racional da NPM, e que, portanto, promoveriam respostas politicamente pragmáticas para os problemas da sociedade. Todavia, conforme Gregory (2017, p. 241-242), sua afirmação positivista só agravou a tendência à tecnocratização da Administração Pública, ao tentar somente encontrar “soluções de problemas”, sendo prejudicada a reflexão acerca das ambiguidades, paradoxos e incertezas da política. O processo de “racionalização” incorporou mais razões instrumentais do que racionalidade substantiva, portanto.

É nesse cenário que David Harvey (2007, p. 64-81) aponta uma distinção entre o Estado Neoliberal na teoria e o Estado Neoliberal na Prática. Na ideia ou teoria da Administração Pública neoliberal proposta, as políticas deveriam favorecer o direito de propriedade privada e as instituições do livre mercado, ao promover privatizações e desregulação das transações mercantis —

1 É a ideia de um governo “à velocidade” dos negócios, como afirma Leavitt (2002, p. 77).

tendo em vista que a competitividade iria promover maior desenvolvimento e um conjunto maior de resultados positivos a serem partilhados socialmente. Todavia, o Estado neoliberal, na prática, reuniu formas de hostilidades às políticas públicas e o favorecimento às grandes corporações e instâncias específicas que conclamaram o livre mercado, sem prover o desenvolvimento prometido.

A racionalidade neoliberal, ou o Estado neoliberal como teoria, também tem como consequência uma despolitização do debate econômico, justamente porque as políticas são consubstanciadas em razões técnicas e pretensamente neutras formuladas em prol de uma eficiência dos mercados, afastando os cidadãos da política econômica em razão do seu embasamento na premissa de que o que realmente falta é a aplicação e a efetividade de mecanismos de abertura da economia, bem como a desregulação dos agentes de mercado — até mesmo por isso muitos desses processos foram aplicados por regimes autoritários. Portanto, a ideia de uma “boa governança”² é a afirmação de uma gestão pública liberalizante e de aplicação de certas técnicas, mais próximo da econometria do que de dados empíricos de qualidade de vida (DEMMERS; JILBERTO; HOGENBOOM, 2005, p. 1-32).

A razão neoliberal instituiu um governo empresarial que despreza os agentes da base do serviço público com baixos salários, estrutura de trabalho e sem disponibilidade para prestar os serviços, ao mesmo tempo que promove campanhas midiáticas contra a gestão burocrática e tributação. A ação pública fica à mercê das metas de eficiência das corporações, criando uma distinção segundo a qual, supostamente, as empresas seriam o sinônimo de boa administração, e o Estado, o reflexo da ineficiência. Portanto, a mercantilização da instituição pública ocorreu sob a ideia de que a radicalização da ideia de concorrência iria tornar os serviços mais eficientes (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 267-271).

A concorrência vira o centro da gestão pública, forjada no dogma da livre concorrência, sendo que, no plano internacional, cada Estado deve concorrer para com os demais agentes estatais e não-estatais; também no dogma da desregulamentação interna, para que os serviços públicos sejam exercidos sob a mesma ótica. Serviços como os de telecomunicações, eletricidade, gás, ferrovias e correios deveriam, assim, ser praticados no âmbito competitivo para fortalecer a sua eficiência; todavia, na realidade, a “livre escolha” não pode ser exercida pelas famílias que não possuem capacidade financeira para tal, reservando-se um mercado para cada camada social baseada em renda (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 294-296).

No Brasil, por influência de todo esse contexto, surgiu uma forte cultura de admiração da NPM, em razão da qual um gerencialismo adentrou o setor público, incorporando a noção de empreendedorismo na Administração Pública — um reflexo direto do discurso do neoliberalismo.

2 Substituiu, estruturalmente, a noção de soberania como valor, conforme Dardot e Laval (2017, p. 271-272): “Essa categoria política de “governança”, ou, mais exatamente, de “boa governança”, tem um papel central na difusão da norma da concorrência generalizada. A “boa governança” é a que respeita as condições de gestão sob os préstimos do ajuste estrutural e, acima de tudo, a abertura aos fluxos comerciais e financeiros, de modo que se vincula intimamente a uma política de integração ao mercado mundial. Assim, toma pouco a pouco o lugar da categoria “soberania”, antiquada e desvalorizada. Um Estado não deve mais ser julgado por sua capacidade de assegurar sua soberania sobre um território, segundo a concepção ocidental clássica, mas pelo respeito que demonstra às normas jurídicas e às “boas práticas” econômicas da governança.”

As práticas dignas da gestão corporativa passaram a ser um discurso recorrente nas iniciativas políticas, executivas ou legislativas, como comprova a pesquisa de Valadares *et al.* (2017), ao analisar os discursos políticos com alta carga ideológica baseada nas premissas e dogmas neoliberais, sendo fortemente influenciados pela tendência do próprio Estado em promovê-los.

A abertura dessas portas para o neoliberalismo no Brasil foi feita, principalmente, pela reforma na Administração Pública (ou reforma gerencial) promovida nos anos 1990. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 concebe como inadiável a “reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua governança, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas” (BRASIL, 1995, p. 11). O intuito dessa reforma era de promover um ajuste fiscal e a liberalização comercial, por meio de privatizações, reduzindo o papel executor ou prestador de serviços do Estado.

Segundo um dos idealizadores dessa reforma no Brasil, o ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Bresser-Pereira (2000, p. 66), ela foi necessária devido à herança clientelista e patrimonialista da Administração Pública brasileira, sendo fundamental transitar de uma cultura burocrática para a gerencial, ou de uma cultura baseada no favorecimento clientelista e de fisiologismo para uma Administração Pública profissional. Em outras palavras, para o autor, a reforma de 1995 instaurou um debate em prol da mudança de cultura da gestão pública e o exemplo a ser seguido é o da autonomia da gestão praticada no setor privado.

Embora o mesmo Bresser-Pereira (2001, p. 246) tenha afirmado que a transformação do Estado brasileiro na reforma gerencialista não adviria da mera aplicação de modelos neoliberais, mas sim, de um plano próprio de desenvolvimento nacional, na realidade, como apresentam Misoczky, Abdala e Damboriarena (2017, p. 185), trata-se de uma falácia que pretende compreender essa reforma de modo alheio ao contexto histórico do capitalismo, e a consequência para o Estado Brasileiro foi a adoção do gerencialismo como braço operacional e ideologia do consenso neoliberal. Também é o que constatam Faria e Faria (2017, p. 146), de que as reformas produzidas no Brasil inserem-se na lógica neoliberal de desoneração do aparelho público para garantir ao Estado sua função de coordenação com a economia e sociedade segundo o ideário neoliberal.

Uma das consequências do gerencialismo na Administração Pública brasileira é a exploração e despolitização do serviço público, em que os servidores são dissociados das lutas sociais e da participação popular. A reestruturação dos serviços públicos no sentido da transferência desses para fora do Estado promoveu processos de terceirização e precarização das organizações públicas, entrando em rota de colisão com os direitos sociais afirmados na Constituição Federal de 1988 (REIS, 2019, p. 87). A promessa de maior eficiência na prestação de serviços não foi cumprida, sendo ampliada a desconfiança dos cidadãos frente ao Estado: “as convergências de lógicas econômicas, do mercado, do Estado e da sociedade civil ressaltaram o lado econômico mercadológico e resultaram pouco favoráveis ao cidadão” (MOTTA, 2013, p. 86).

A descentralização na prestação de serviços públicos promovida pelo gerencialismo da NPM, ao passo que redistribui funções e torna o Estado flexível, leve e ágil para corresponder os anseios do sistema da Economia, não redistribui poderes para os cidadãos, dificultando a capacida-

de de organizações sociais reivindicarem direitos (SILVA, 2016, p. 354). E com a mercantilização dos direitos sociais, aqueles indivíduos desprovidos de recursos financeiros para perseguirem a consecução dos seus direitos, acabam não representados — restando somente a representação por organizações sociais cada vez mais enfraquecidas, como os sindicatos, ou privatizadas (HARVEY, 2007, p. 177).

O empreendedorismo como racionalidade instrumental da Administração Pública brasileira pode significar um risco à gestão dos serviços públicos, ao não se alinhar com os princípios dos direitos fundamentais constitucionais, pois segue somente a lógica do desempenho eficiente do ponto de vista da econometria. Essas facetas da gestão corporativa do gerencialismo recaem no atendimento dos interesses privados em detrimento daqueles da Administração Pública e da qualidade dos serviços prestados (VALADARES; EMMENDOERFER, 2015, p. 94). É preciso, portanto, uma transformação nos objetivos da Administração Pública, aliada aos interesses públicos e à prestação de serviços públicos, uma concepção de governança democrática legitimada pela participação, não pelos *benchmarks* corporativos (FILGUEIRAS, 2018, p. 81-84).

Há uma crise de legitimidade do gerencialismo legado da NPM, justamente pelo afastamento do cidadão das técnicas de gestão corporativa e da ciência econômica, em que não foi forjada uma cultura política democrática entre os cidadãos e as instituições estatais (que transferiram a prestação de serviços públicos ao setor privado). Mesmo a gestão pública gerencialista reconhece os limites dessa reforma, e compreende que precisa ter participação cidadã, confiança e credibilidade como pilares, e para isso é preciso se adaptar ao conceito de um governo aberto, que seja (TRIGO, 2015, p. 8): (a) mais aberto, ao permitir a transparência da gestão pública; (b) mais colaborativo, interagindo com diversos agentes (público ou privados); (c) mais efetivo, medindo a qualidade da prestação de serviços; e (d) participativo, ao incorporar a participação cidadã ao ciclo de formação das políticas públicas.

O legado da governança deixou uma marca estrutural na Administração Pública, por isso surgem novas reformas ainda baseadas nesse contexto, tentando evitar suas maiores consequências — tais como o cegamento tecnocrático dos modelos econômicos — ao introduzir qualitativamente novas ciências para dentro da gestão pública, como as novas tecnologias no âmbito da informação e dos dados serem relevantes para a tomada de decisão no âmbito das políticas públicas e da efetivação de serviços. É nesse cenário que as novas *govtechs* se encontram, em um resgate da noção de serviço público prestado pelo Estado, mas em parceria com iniciativas privadas de inovação — ou seja, não é a entrega da gestão para o setor privado, mas sim, o aproveitamento de sua melhor parte, a dinâmica de inovação.

2 *POST-NPM*, GESTÃO DOCUMENTAL E ACESSO À INFORMAÇÃO

A transição de um paradigma das reformas da NPM para a *post-NPM*, para Christensen e Laegreid (2011, p. 130-133), significa a mudança de uma governança baseada no deslocamento da gestão para o setor privado (*output*), na responsabilidade, competitividade e relações contratuais, e orientado pela noção de cliente (em que as políticas são orientadas de forma descentralizada ao

nível das ruas, alheias às grandes políticas públicas), para reformas pautadas em parcerias (*input*), ampliando as técnicas para outras ciências além da Economia, promovendo-se assim a integração entre atores estatais e privados na governança.

Os principais temas da *post*-NPM, são, conforme Dunleavy, Margetts, Bastow e Tinkler (2006, p. 480): (a) reintegração: reparação da segregação promovida pela NPM ao instaurar hierarquias corporativas, deixando ao cidadão o fardo de ter de perceber serviços públicos em pacotes a serem consumidos; (b) reforma holística baseada em necessidades: criação de formas práticas de participação política e de uma desburocratização de verdade, na relação entre órgãos públicos e cidadãos; (c) digitalização: compreensão dos ganhos de produtividade das ferramentas de tecnologia da informação, ao invés de se considerarem os canais digitais do governo como mero auxílio aos meios tradicionais de governança, sendo que tais ferramentas devem ser consideradas genuinamente transformativas.

Esse novo paradigma de reformas na Administração Pública contempla as *govtechs* ao instituir, entre outras, técnicas da informática e da ciência de dados como ciências a serem levadas em conta nas decisões de governança. Esse processo é feito pelas parcerias com empresas privadas do ramo da tecnologia, capazes de desenvolver sistemas e procedimentos adequados a essas formas. Na perspectiva de Ojo (2019, p. 285-286) a nova geração de governos é (I) hiperconectada, (II) inteligente e (III) ampliada pelo uso da IA. Tendo por objetivo tornar mais eficiente as operações relativas aos serviços de demanda dos cidadãos, cada vez mais surgem parcerias de governos com empresas ou instituições capazes de gerir inovações tecnológicas consideradas “disruptivas”, tais como *big data*, Internet das Coisas (IoT), IA, robótica, drones, realidade virtual ou aumentada e biometria.

Esse novo paradigma possui níveis inéditos de transparência e uso compartilhado e integrado de serviços ou infraestruturas, promovendo a reintegração de processos fragmentados, mantendo redes colaborativas e nutrindo parcerias público-privado dinâmicas, tendo como ponto central a centralidade da inovação tecnológica (OJO, 2019, p. 286). A morte do NPM, segundo Dunleavy *et al.* (2006, p. 478), é a emergência da era digital da governança, que como toda sucessão de regimes é, ao mesmo tempo, a continuidade de algumas prioridades das reformas anteriores e a promoção de alterações significativas — em que a digitalização do governo é a principal estrutura.

A hiperconectividade da governança pública (I) significa a associação entre pessoas, organizações e objetos promovidas pelas recentes ferramentas de interconectividade (internet, celulares, mídias sociais, internet das coisas e computação em nuvem). Essa característica é capaz de fazer a Administração Pública focar nos comportamentos e necessidades individuais, tendo em vista a contínua e ubíqua conectividade e a ampla gama de informações geradas, sendo capaz de prever necessidades individuais e coletivas por serviços públicos ao constatar rotinas e padrões. Ainda, o governo tem maior capacidade de diálogo em tempo real para com os cidadãos, compartilhando informações em tempo real (OJO, 2019, p. 288).

Já a inteligência (II) de um governo digital tem a ver com a possibilidade de antever

necessidades, com a inovação e com a eficiência na administração de recursos e operações também, ao promover maior e intensa participação social e engajamento cidadão (OJO, 2019, p. 289).

O governo ampliado pelas IAs (III), por sua vez, significa a capacidade de sistemas em compreenderem o contexto e executar ações com certo grau de autonomia cognitiva para atingir objetivos públicos. Entre essas tecnologias estão o aprendizado de máquina (*machine learning*), o reconhecimento da fala, o processamento de linguagens e a robótica. Um governo ampliado pela IA é capaz de (a) responder questões aos cidadãos, (b) preencher e buscar documentos armazenados, (c) direcionar requisições, e de (d) traduzir e escrever documentos (OJO, 2019, p. 289).

A proposta das *govtechs* é de convergir essas três características (hiperconectividade, inteligência e IA), ou seja, unindo o paradigma da pós-NPM com o da inovação tecnológica, algo que pode proporcionar (OJO, 2019, p. 291): (I) um acesso facilitado à informação e aos dados pelo governo; (II) o engajamento dos cidadãos na co-produção de soluções de problemas; (III) a promoção de serviços compartilhados e integrados em uma estrutura de pensamento; (IV) o foco na criação pública; (V) a compreensão de interesses individuais e coletivos; (VI) um cenário convidativo à inovação dentro do governo; (VII) parcerias público-privadas.

É nesse cenário que surgem as *govtechs* ligadas à gestão documental. Por exemplo, a *startup* chamada “1doc” (GED, 2019) se propõe a “antecipar a transição para o governo eletrônico transparente, para que todos estejam organizados e todas as necessidades sejam atendidas com o menor esforço e consumo possível de recursos públicos”; também a plataforma “*wegov*” aponta para a adesão do Brasil a ideia de *open government partnership* (MADRUGA, 2019) ou seja, ao governo aberto e de parcerias público-privadas — para sustentar o projeto de transparência do Senado Federal, que trabalha disponibilizando todas as informações acerca do patrimônio do Senado e atualizando-as em tempo ágil.

Um guia produzido pela “1doc” e pela “E-Gestão Pública”(2019), denominado *os 7 pilares da digitalização dos processos na gestão pública* afirma que o dever da gestão documental é cumprir com os princípios da Administração Pública ao obter melhores resultados e eficiência na prestação dos serviços ao cidadão, serviços esses que são executados por meio de gerenciamento de processos — que podem ser executados em diversas plataformas, como aquelas em sistemas em nuvem ou em sistemas como o “SaaS”.³ A tomada de decisão sobre qual sistema deve ser usado é puramente técnica e tem a ver com as funcionalidades esperadas e escolhidas.

Em casos mais complexos, em relação aos ritos e fluxos da gestão documental, surgem técnicas como as de *service design*, como os oferecidos pela empresa *Softplan* (2019), que integra ferramentas de IA para lidar e resolver autonomamente problemas de operações repetitivas. Outra experiência é da *startup* “4MTI Soluções em Tecnologia” (2019), com sua plataforma “diagnóstico público”, a qual utiliza IA, da ciência de dados e *big data* para transformar dados de todos os bancos públicos do governo em informações organizadas, sendo utilizado como uma ferramenta de transparência ativa.

3 Significa “Software as a service”, é uma tendência na gestão de projetos e são plataformas adquiridas que servem como provedores de serviço, um exemplo são os servidores de e-mails corporativos (GAZZANI; SILVA, 2018, p. 122).

Outro guia produzido pela “1doc” em parceria com a “Acervo”, chamado *Do analógico ao Digital* (GED, 2019a), expõe parte da metodologia aplicada à Gestão Eletrônica de Documentos (GED), dividindo-a em dois objetos: (I) os documentos a serem digitalizados e (II) os documentos nato-digitais. O objetivo quanto aos primeiros é incorporá-los à gestão digital (digitalização, controle de qualidade, indexação e disponibilização), facilitando a busca, economizando espaço físico e tendo maior controle sobre o acesso, permitindo acesso remoto e aumento de produtividade; já quanto aos segundos, se oportunizam plataformas de criação de novos documentos integralmente digitais em ambientes seguros — principalmente quando conectados à IoT, permitindo decisões autônomas e inteligentes dos próprios documentos.

Esse procedimento no setor público deve respeitar, além do instituído mediante a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Assinatura Eletrônica (Lei nº 12.682). Esta última Lei regula a elaboração e o arquivamento de documentos eletrônicos, sendo notável normatizar que os documentos digitalizados, quando feitos de modo apropriado, possuem o mesmo valor que os originais, além de obrigar empresas privadas e órgãos da Administração a terem processos de indexação digital dos documentos (art. 4º), a respeitarem as normas do ICP-Brasil quanto a emissão de certificados digitais, e os requisitos dispostos no “e-ARQ Brasil”, do Arquivo Nacional (CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS, 2011, p. 9) — que define o que é um documento digital e as formas possíveis de organicidade, a fim de garantir confiabilidade, autenticidade e acessibilidade.

Portanto, a gestão documental no âmbito da gestão pública do Brasil é ligada a uma série de normas técnicas e de operação, regulando os métodos adotados ao mesmo tempo que busca receber a inovação dos métodos criados em ambientes privados de inovação tecnológica. Dessa forma, seguindo a obrigação de orientar-se pelos princípios da Administração Pública, a gestão documental executada por essas empresas contratadas ou parceiras do setor público deve se incorporar no sistema normativo do direito de acesso à informação, que busca a transparência e a acessibilidade dos dados ao cidadão, bem como a segurança dos dados considerados pessoais ou sigilosos.

A Lei nº 12.527/2011 regula o direito de acesso à informação. Expõe os procedimentos para garantir o direito fundamental garantido no art. 5º, XXXIII, CF: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei [...]”; e a operacionalização do princípio do acesso dos usuários da Administração Pública a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (art. 37, §3º, II, CF) (BRASIL, 2011b). Os subordinados a essa lei, conforme seu art. 1º, I e II, são os órgãos públicos da Administração direta dos três Poderes e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

A própria Lei reafirma o conceito constitucional do direito de acesso à informação no seu art. 5º: “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.” Portanto, há um consagrado direito de acesso à informação que impõe a liberdade

de acesso às informações sobre as ações públicas do Estado e, também, que obriga a defesa e a proteção de dados sigilosos e pessoais.

A lei de acesso à informação se estabelece em três funções públicas essenciais, como objetivos gerais do sistema de acesso à informação, conforme a organização proposta por Barcellos (2015, p. 1743-1756): (I) a cultura de transparência e o controle social; (II) a publicidade da informação; e (III) os meios para o acesso à informação e a tecnologia.

A ascensão de uma cultura da transparência e de maior informação para os cidadãos está diretamente ligada ao controle social da Administração Pública (I) — ou seja, a qualidade da informação sustenta um ambiente favorável ao controle social (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 100). Essa tendência respeita uma transformação da Administração Pública, de uma cultura do segredo para uma cultura da transparência, em que o sigilo e a administração direta pelo Executivo são substituídas por um paradigma que sincroniza elementos de publicidade — sendo que um dos objetivos principais dessa mudança é o combate ao clientelismo e à corrupção (BLANCHET; AZOIA, 2017, p. 172-173).

A publicidade da informação (II) é incentivada pela Lei de Acesso à Informação ao se densificar a publicidade, sendo adotada a observância dela como preceito geral e do sigilo como exceção, ao mesmo tempo que divulga as informações de interesse público mesmo sem solicitações (art. 3º, I e II). Essa estrutura normativa faz com que Barcellos (2015, p. 1747-1748) compreenda que a lei impõe que a publicidade precisa ser ativa e não somente passiva, sendo a autoridade pública obrigada a divulgar informações relevantes de forma espontânea, enunciando informações que são relevantes ao público.

A transparência ativa (sem requerimento) é componente essencial do direito de acesso à informação,⁴ que a Lei de Acesso à Informação, no seu art. 8º, atribui aos “[...] órgãos e entidades públicas”, que devem “promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral [...]”. Todavia, em casos em que ainda seja necessário o requerimento, ainda está preservado o direito de *habeas data* consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LXXII). (BRASIL, 1988).

Esse cenário de transparência ativa e disponibilidade de informações corrobora com o avanço das tecnologias da informação na gestão pública (III). O art. 3º, III, afirma o intuito de “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”, instituindo a legalidade de plataformas de “e-governo”, em que os serviços públicos devem, quando possível, ser disponibilizados por meios digitais — o que é o caso da gestão documental. A instituição de sistemas de gestão de documentos aliados às novas tecnologias é algo esperado e objetivo para efetivação do direito de acesso à informação.

Nesse sentido, em 2016 o Governo Federal instaurou a Estratégia de Governança Digital da Administração Pública (EGD), instituindo a Política de Governança Digital no âmbito

4 Define a importância o trecho em Hoch, Rigui e Silva (2012, p. 282) “Quando o órgão informa de forma ativa, ele deve compreender que não está meramente cumprindo um dever legal, mas também contribuindo para a promoção da cidadania e do Estado Democrático de Direito, e que a satisfação deste objetivo depende (ainda que não somente disso) do modo através do qual se informa e se estabelece a comunicação com o usuário.”

da Administração Pública. Uma das finalidades definidas foi a de “assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas” (art. 1º, III), tendo como princípio a digitalização da informação como prioridade para prestar serviços públicos (art 3º, V) e a capacidade dos meios digitais estarem disponíveis a todos e de forma independente, sem o controle absoluto por nenhum órgão (art. 2º, I e art. 4º, I). Os objetivos da EGD quanto ao acesso à informação são, conforme a explicação de Moura (2016, p. 124): (a) fomentar a disponibilidade e uso de dados abertos; (b) ampliar o uso de tecnologia da informação e comunicação para promover a transparência e dar publicidade à aplicação dos recursos públicos; e (c) garantir a segurança da informação e comunicação do Estado e o sigilo das informações do cidadão.

Mediante ao marco normativo que regula o direito de acesso à informação e incentiva práticas de governança digital, as *govtechs* de gestão documental prestam um serviço que o Estado legalmente anseia. Assim, essas iniciativas corroboram com as novas necessidades da gestão pública e atendem aos requisitos de digitalização e inovação na prestação de serviços. Mas o caminho da NPM para a *post-NPM* não é de cisão completa, pois o paradigma de gestão segue como governança; todavia, a participação do setor privado não é de mera transferência do dever de prestar serviço, mas sim de parceria — sendo obrigada a efetivar a participação social e os princípios da Administração Pública.

Pelos desencontros causados pelas reformas da gestão pública não há ainda disciplina legal específica para as *govtechs*, tendo em vista sua natureza diferenciada; assim, a realidade tem sido de contratação da forma licitatória tradicional, algo que essas iniciativas compreendem como burocraticamente desnecessário. Todavia, a Constituição Federal não permite que se façam concessões para além dos princípios da Administração Pública, por isso os projetos que incentivam as *govtechs* devem passar pelo rito legislativo tradicional, tendo em vista que seria uma contradição incorporá-las à gestão pública com vistas à democratização da Administração sem respeitar os ritos atinentes à Constituição.

O movimento das *govtechs* brasileiras tem pleiteado a desburocratização do regime de contratação de seus serviços, compreendendo como entrave as limitações do processo licitatório, tendo em vista a dinâmica de inovação digna das novas tecnologias de informação. A chamada “modernização” do ecossistema dos empreendedores na área de tecnologia de governança pública sugere uma ampla reforma,⁵ principalmente no campo da agilidade e da transparência, para que o processo de compra desses serviços pelos governos seja tão imediato quanto os processos de contratação dessas empresas — é o que argumenta o *hub BrazilLab* (GOVTECH, 2018b).

Mesmo que ainda não exista esclarecimento sobre o regime de contratação das *govtech*, seja pelo regime licitatório da Lei 8.666/1993, pelo Regime Diferenciado de Contratação⁶ ou em

5 Nesse cenário, há pouco foi arquivado no Congresso Nacional o projeto de lei 6814/2017, chamado de “nova lei de licitações”, que revoga a Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e a Lei 12.462/11, promovendo flexibilidade nas formas de contratação e ampliando inexigibilidades. Também, a transformação em lei (13.874) da Medida Provisória da Liberdade Econômica, flexibilizando direitos trabalhistas e flexibilizando a necessidade de alvarás de funcionamento em alguns casos (BRASIL, 2011a).

6 Principalmente pelo que dispõe o art. 1, X, da lei 12.462/2011, ao estabelecer possível esse regime diferenciado em caso de “ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. E o objetivo estabelecido pela RDC na mesma lei em no parágrafo 1º, II e III, do art. 1º: “II - promover a troca de experiências e tecnologias

projetos que estabeleçam parcerias público-privadas (PPP), todavia, não há dúvidas que ao ofertarem prestação de serviço público, eles devem ser regidos por norma de Direito Público sob a regulação da Administração Pública direta ou indireta, justamente porque exercem atividade digna de direito fundamental e público delegada pelo Estado.⁷ Portanto, as *govtech* que prestam gestão de documentos públicos têm a obrigação de efetivar o direito de acesso à informação, utilizando de suas ferramentas de inovação tecnológica para prover melhor acesso para os cidadãos ao mesmo tempo que maior proteção para os dados sigilosos.

CONCLUSÃO

As *govtechs* são compreendidas no cenário brasileiro na transição entre os paradigmas de governança da *New Public Management (NPM)* e da *post-NPM*, negando parte das premissas de completa transferência da prestação de serviços públicos, incorporando noções de parceria com o setor público mantendo características próprias em cada setor. Há um legado ainda relevante da NPM no Estado Brasileiro, tendo em vista que o gerencialismo proposto fez bases nos amplos processos de desestatização e privatizações, a ponto de as iniciativas de *post-NPM* estarem sendo, atualmente, propostas em um cenário ambíguo.

As *govtechs* são *startups*, empresas pequenas ou de médio porte que buscam soluções pautadas na tecnologia para problemas da gestão pública, buscando oferecer esses serviços ao governo, mas respeitando as premissas da Administração Pública, como a transparência e a eficiência. Foi importante pautá-las dentro do cenário de transição da NPM para a *Post-NPM* justamente porque foi durante o advento da NPM que se instituiu o paradigma da “governança” como forma gestão pública — ou seja, essas duas teorias sobre a gestão do Estado possuem uma estrutura comum, divergindo na maneira pela qual são prestados os serviços públicos dentro de cada paradigma — da transferência completa para o setor privado para a tendência ao estabelecimento de parcerias e participação.

A NPM é a representação prática e ideológica do neoliberalismo no Estado, pois consubstancia modelos e técnicas da economia baseadas na eficiência corporativa como salvaguarda da gestão. Constitui o que autores críticos a esses processos chamam de racionalidade neoliberal — ou seja, de reforma na sociedade que atinge muitos âmbitos além do Estado, afetando as formas de vida. A crítica principal ao Estado neoliberal é a desassociação do cidadão com a política e o agravamento das desigualdades sociais.

A ideia de uma *post-NPM* é de constatação dos fracassos do NPM, mas ao mesmo tempo, sem abrir mão do paradigma privado da governança. É o desejo de uma (re)associação dos

em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e III - incentivar a inovação tecnológica.” (BRASIL, 2011).

7 Conforme define a doutrina de Di Pietro (2018, p. 181): “A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, § 6º, da Constituição).

interesses públicos com a gestão do Estado, afastados pela transferência ao setor privado promovida pelo neoliberalismo, tendo em vista incorporar a noção de consumidor com a de cidadão. Nesse cenário, a tecnologia da informação tem papel de centralidade, pois é por meio dela que serão promovidos mecanismos de comunicação entre os agentes prestadores de serviço público estatais, não-estatais e os cidadãos, tendo características de hiperconectividade, inteligência e ampliação por realidades digitais.

Enquanto a hiperconectividade é a capacidade estrutural do atual estágio da tecnologia da informação em promover acesso em tempo-real às mais amplas informações, principalmente no contexto do *big data*, a inteligência da gestão pública se dá na incorporação das metas de eficiência das ferramentas digitais, principalmente aquelas capazes de promover automação e tomada de decisão por meio de IA. Ainda, a ampliação por realidades digitais é a possibilidade de criação de novas formas de interação pública robotizadas por meio do aprendizado de máquina.

Em específico, as *govtechs* de gestão de documentos propõem formas inovadoras para Gestão Eletrônica de Documentos, serviço necessário para a Administração Pública em seus serviços e seus arquivos, principalmente pelos objetivos necessários a partir do direito fundamental de acesso à informação, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e regulado pela Lei de Acesso à Informação. Há uma obrigação de propor uma transparência ativa, promovendo ferramentas de disponibilidade e acesso sem requerimento aos documentos importantes para o interesse público e geral, ao mesmo tempo que obrigação de manter ambientes seguros para aqueles documentos sigilosos e pessoais.

A interligação entre iniciativa privada e Administração Pública no âmbito das *govtechs* exige que esse direito seja respeitado e promovido, servindo de marco normativo e regulatório e a promessa dessas empresas é do respeito aos princípios da Administração Pública, como a legalidade. Portanto, configura-se a aplicação do direito de acesso à informação às *govtechs* de gestão documental, e compreende-se que os sistemas de gestão mais modernos, inclusive, contribuem para a efetividade desse direito; entretanto, o dever do Estado é exercer regulação acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

4MTI SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA. **Diagnóstico público**. Belo Horizonte: 4MTI Soluções em Tecnologia, 2019. Disponível em: <http://diagnosticopublico.com.br/>. Acesso em: 18 maio 2020.

BARCELLOS, Ana. Acesso à Informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. **Quaestio Iuris**, /rio de janeiro, v. 8, n. 3, p. 1741-1759, 2015. Doi: 10.12957/rqi.2015.18818.

BARRAKET, Jo; KEAST, Robyn; FURNEAUX, Craig. **Social procurement and new public governance**. Londres; Nova Iorque: Routledge, 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Robrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil: o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da

Administração Pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7892/5125>. Acesso em: 18 maio 2020.

BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na Administração Pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 157-175, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897/6161>. Acesso em: 18 maio 2020.

BLEIKLIE, Ivar. New public management or neoliberalism, higher education. **Encyclopedia of international higher education systems and institutions**. Dordrecht, Netherlands: Springer, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ivar_Bleiklie/publication/323872555_New_Public_Management_or_Neoliberalism_Higher_Education/links/5aba7bd145851563660add4b/New-Public-Management-or-Neoliberalism-Higher-Education.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

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: 18 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6814, de 2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 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, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 34, v. 4, p. 55-72, jul-2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial Ao Gerencial. *In*: PINHEIRO; WILHEIM; SACHS (org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia das Letras, 2001. p. 222-259.

CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. Democracy and administrative policy: contrasting elements of New Public Management (NPM) and Post-NPM. **European Political Science Review**, Cambridge, n. 3, v. 1, p. 125-146, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS (BRASIL). **e-arq Brasil: modelo de requisitos para sistemas informatizados de gestão arquivística de documentos**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.siga.arquivonacional.gov.br/images/publicacoes/e-arq.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

DEMMERS, Jolle; JILBERTO, Alex E. Fernández; HOGENBOOM, Barbara. Good governance and democracy in a world of neoliberal regimes. *In*: DEMMERS, Jolle; JILBERTO, Alex E. Fernández; HOGENBOOM, Barbara (ed.). **Good Governance in the Era of Neoliberalism: conflict and depolitisation in Latin America, Eastern Europe, Asia Asia and Africa**. Londres; New York: Routledge, 2005. p. 1-32.

DESMOND, Justine; KOTECHA, Bhavin. **State of the UK GovTech Market: Unlocking the potencial of startups to solve public problems**. London: PUBLIC, June 2017. Disponível em: https://www.public.io/wp-content/uploads/2017/07/Public_GovTech_market.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2018.

DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen; BASTOW, Simon; TINKLER, Jane. New public management is dead: long live digital-era governance. **Journal of public administration research and theory**, v. 16, n. 3, p. 467-494, 2006.

E-GESTÃO PÚBLICA. **Os sete pilares da digitalização dos processos na gestão pública**. Florianópolis: 1DOC, 2019. Disponível em: <http://promo.1doc.net.br/ebook-os-7-pilares-da-digitalizacao-de-processos-na-gestao-publica>. Acesso em: 18 maio 2020.

FARIA, José Ricardo Vargas; FARIA, José Henrique de. A concepção de Estado e a Administração Pública no Brasil no Âmbito do Plano Diretor da Reforma do Estado. **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, 9, n. 3, p. 140-147, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5144/pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

FILER, Tanya. **Thinking about GovTech**: a brief guide for policymakers. Cambridge: Bennet Institute for Public Policy, 2019. Disponível em: https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/media/uploads/files/Thinking_about_Govtech_Jan_2019_online.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

FILGUEIRAS, Fernando. Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 71-88, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v52n1/1982-3134-rap-52-01-71.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

GAZZANI, Mauro Hemerly; SILVA, Kátia Lopes. As tendências da gestão de projetos e seus impactos na melhoria da entrega dos produtos e serviços. **Intercursos Revista Científica**, Ituiubata, v. 17, n. 2, 2018. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/intercursosrevistacientifica/article/view/3721>. Acesso em: 18 maio 2020.

GED - GERENCIAMENTO ELETRÔNICO DE DOCUMENTOS. **Do analógico ao digital: um guia do que sua organização realmente precisa**. Florianópolis: IDOC, 2019. Disponível em: <http://promo.1doc.net.br/ebook-do-analogico-ao-digital-um-guia-do-que-sua-organizacao-realmente-precisa>. Acesso em: 18 maio 2020.

GOVTECH. **Contratação de startups pela gestão pública: o cenário atual**. [S.l.]: Govtech, jun. 2018a. Disponível em: <http://www.govtech.com.br/contratacao-de-startups-pela-gestao-publica-o-cenario-atual/>. Acesso em: 18 maio 2020.

GOVTECH. **O que é Govtech?** [S.l.]: Govtech, maio 2018b. Disponível em: <https://brazillab.org.br/noticias/o-que-e-govtech#>. Acesso em: 18 maio 2020.

GREGORY, Robert. new Public management and the ghost of max Weber: exorcized or still haunting?. In: LAEGREID, Per (org.). **Transcending new public management: the transformation of public sector reforms**. Londres: Routledge, 2017. p. 233-256.

HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HOCH, Patrícia Adriani; RIGUI, Lucas Martins; SILVA, Rosane Leal da. Desafios à concretização da transparência ativa na internet, à luz da lei de acesso à informação pública: análise dos portais dos Tribunais Regionais Federais. **Revista direitos emergentes na sociedade global**, Santa Maria, v. 1, n. 2, p. 257-286, 2012.

LEAVITT, Mike. Government at the speed of business. In: ANDRISANI, Paul J.; HAKIM, Simon; SAVAS, E. S. (ed.). **The new public management: lessons from innovating governors and mayors**. Nova Iorque: Springer Science, 2002. p. 77.

LYNCH, Kathleen; GRUMMELL, Bernie. New managerialism as an organisational form of neoliberalism. In: SAWA, Frank; STAPLES, Ronald; ZAPFEL, Stefan (org.). **The Transformation of work in welfare state organizations: new public management and the institutional diffusion of ideas**. Londres: Routledge, 2018. p. 203-222.

MADRUGA, Florian. **Inovação no setor público: o caso do Senado**. Florianópolis: WeGov, set. 2019. Disponível em: <https://www.wegov.net.br/inovacao-em-transparencia-no-setor-publico-o-caso-do-senado/>. Acesso em: 18 maio 2020.

MISOCZKY, Maria Ceci; ABDALA, Paulo Ricardo Zilio; DAMBORIARENA, Luiza. A tra-

jetória ininterrupta da reforma do aparelho de Estado no Brasil: continuidades nos marcos do neoliberalismo e do gerencialismo. **Administração Pública e Gestão Social**, viçosa, v. 9, n. 3, p. 184-193, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/3515/351557760006/7>. Acesso em: 18 maio 2020.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 53, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-53-num-1-ano-2013-nid-47217/>. Acesso em: 18 maio 2020.

OJO, Adegboyega. Next generation government - Hyperconnected, smart and augmented. *In*: CAMARINHA-MATOS, Luis M.; AFSARMANESH, Hamideh; ANTONELLI, Dario (ed.). Collaborative networks and digital transformation. Working CONFERENCE ON VIRTUAL ENTERPRISES, IFIP INTERNATIONAL FEDERATION FOR INFORMATION, 20 th, 2019, Cham. **Processing** [...]. Cham: Springer 2019. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-28464-0_25. Acesso em: 18 maio 2020

PWC. **Gov.Tech**: the power to transform public services in the UK. [S.l.]: PWC, 2016. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/psrc/united-kingdom/assets/govtech-report.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

REIS, Tiago Siqueira. Expropriação do funcionalismo público: o gerencialismo como projeto. **Revista Katálysis**, Florianópolis. v. 22, n. 1, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802019000100080. Acesso em: 18 maio 2020.

SILVA, Robson Roberto da. Concepções e funções da descentralização na gestão pública democrática e no gerencialismo. **O social em questão**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 36, 2016. Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/15_OSQ_36_Silva.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

SOFTPLAN. **Inteligência artificial**. Florianópolis: Softplan, 2019. Disponível em: <https://www.softplan.com.br/tecnologia/inteligencia-artificial/>. Acesso em: 18 maio 2020.

TRIGO, Maria Fernanda. Importancia de la gestion pública para la democracia de América latina y el Caribe. *In*: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. **Reforma Gerencial 20+20**: os 20 anos da reforma Bresser e os desafios para o futuro. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16321/Reforma_Gerencial_20_20_Os_20_anos_da_reforma_Bresser_e_os_desafios_para_o_futuro.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 maio 2020.

VALADARES, Josiel Lopes; ALCÂNTARA, Valderí de Castro; VILAS BOAS, Ana Alice; EMMENDOERFER, Magnus Luiz. Os discursos do empreendedorismo na administração pública brasileira: análise crítica de uma experiência contemporânea. **Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria**, Santa Maria, v. 10, n. 6, p. 990-1008, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2734/273454951004.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

VALADARES, Josiel; EMMENDOERFER, Magnus. A incorporação do empreendedorismo no setor público: reflexões baseadas no contexto brasileiro. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 17, n. 41, p. 82-98, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/33824>. Acesso em: 18 maio 2020.

Como citar: FORNASIER, Mateus de Oliveira. KNEBEL, Norberto Milton Paiva. Entre new public management (npm) e post-npm: govtechs de gestão de documentos na perspectiva do direito fundamental de acesso à informação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 174-194, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p174. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 20/11/2019

Aprovado em: 29/06/2020

“SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR” E O CONFLITO ORIGEM-DESTINO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO BRASILEIRO

“SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR” AND THE SOURCE-DESTINATION CONFLICT IN BRAZILIAN E-COMMERCE

Daniel Vieira Marins*
Gustavo da Gama Vital de Oliveira**

*Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Email: Daniel.marins@gmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Email: ggamav@gmail.com

Como citar: MARINS, Daniel Vieira. DE OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. “South Dakota v. Wayfair” e o conflito origem-destino no comércio eletrônico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 195-210, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p195. ISSN: 2178-8189

Resumo: O caso “*South Dakota v. Wayfair*” alterou, de forma profunda, o federalismo fiscal americano, bem como a aplicação das normas de Direito Tributário nos Estados Unidos. Assim, a partir da análise da decisão da Suprema Corte americana (que decidiu que os Estados nos quais residem os consumidores de vendas realizadas pela Internet poderiam exigir impostos sobre bens e serviços nas operações interestaduais, sendo desnecessária a presença física das empresas nestas unidades da federação), é realizada uma comparação com a realidade do comércio eletrônico no Brasil, em especial no que se refere à Emenda Constitucional nº 87/2015. Além disso, são analisados atos normativos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, demonstrando que o conflito origem-destino também é uma preocupação atual da União Europeia. Por fim, conclui-se que o caso “*South Dakota v. Wayfair*” e a discussão da tributação do ICMS no destino no comércio eletrônico (Emenda Constitucional nº 87/2015) devem ser entendidos dentro do atual contexto dos desafios da tributação na economia digital.

Palavras-chave: Direito Tributário. Federalismo Fiscal. Economia digital. ICMS. Praticabilidade.

Abstract: The “*South Dakota v. Wayfair*” case profoundly altered American fiscal federalism as well as the application of US Tax Law. Thus, based on an analysis of the decision of the US Supreme Court (which ruled that the states in which the consumers of Internet sales reside could demand taxes on goods

and services in interstate operations, and that the physical presence of the companies in these units of the federation is unnecessary), a comparison is made with the reality of e-commerce in Brazil, especially with regard to Constitutional Amendment No. 87/2015. In addition, normative acts of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) are analyzed, demonstrating that origin-destination conflict is also a current concern of the European Union. Finally, it is concluded that the case "South Dakota v. Wayfair" and the discussion of taxation of ICMS on destination in electronic commerce (Constitutional Amendment No. 87/2015) should be understood within the current context of the challenges of taxation in the digital economy.

Keywords: Tax Law. Fiscal Federalism. Digital economy. ICMS. Practicability.

INTRODUÇÃO

Em junho de 2018, a Suprema Corte americana proferiu uma decisão que alterou o planejamento tributário de todas as grandes empresas de comércio eletrônico nos Estados Unidos. No caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*”, a Corte Constitucional americana decidiu que os Estados nos quais residem os consumidores de vendas realizadas pela Internet poderiam exigir impostos sobre bens e serviços nas operações interestaduais, sendo desnecessária a presença física das empresas nestas unidades da federação. Assim, foram superados os entendimentos fixados em “*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*” e em “*Quill Corp. v. North Dakota*”, que interpretavam de forma diferente a “Cláusula de Comércio” (“*Commerce Clause*”), aplicando a regra da presença física como parâmetro para a definição da competência tributária para a cobrança de tributos sobre compra e venda de produtos e serviços em operações interestaduais.

O novo posicionamento da Suprema Corte foi publicado em diversos meios de comunicação dos Estados Unidos, sendo reconhecido como um divisor de águas no comércio eletrônico no país. A partir da orientação fixada em “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*”, os consumidores das gigantes de vendas pela Internet sofrerão o impacto do aumento da carga tributária nas operações interestaduais, enquanto pequenas empresas obterão ganhos de competitividade, em razão da eliminação de verdadeira ausência de tributação sobre o consumo, existente até então, decorrente da aplicação da regra da presença física.

Mas em que consistia a regra anterior à decisão do caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*”? Quais eram os parâmetros utilizados a partir de “*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*” e de “*Quill Corp. v. North Dakota*”? Quais as razões de fato e de direito que fizeram a Suprema Corte superar o entendimento anterior?

Paralelamente, ante a extrema relevância do tema no que tange aos impactos fiscais sobre o comércio eletrônicos nos Estados Unidos, indaga-se: quais seriam os reflexos das razões de decidir no caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*” sobre a realidade brasileira? Quais foram os problemas identificados nas operações interestaduais nos Estados Unidos que também existem no Brasil? E até que ponto os questionamentos apresentados no caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*” e a orientação fixada pela Suprema Corte americana podem ser utilizados no Brasil para organizar o comércio eletrônico interestadual, preservando o federalismo fiscal, a praticabilidade e a concorrência empresarial.

No presente artigo, os autores pretendem, em primeiro lugar, traçar as linhas gerais do caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*”, abordando o histórico legal do tema, os fundamentos jurídicos utilizados pela Suprema Corte e as razões de fato e de direito que levaram o Tribunal a rever o posicionamento anterior. Em um segundo momento, é analisada a realidade do comércio eletrônico no Brasil, comparando-a com as dificuldades enfrentadas nos Estados Unidos e com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, sendo também observado até que ponto o caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc.*” pode influenciar o ordenamento jurídico pátrio, seja no que se refere às alterações legislativas, seja no que tange aos protocolos do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

1 A REGRA DA "PRESENÇA FÍSICA": DOS CASOS "NATIONAL BELLAS HESS, INC. V. DEPARTMENT OF REVENUE OF ILLINOIS" E "QUILL CORP. V. NORTH DAKOTA" ATÉ O SURGIMENTO DE "SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR, INC"

Até o julgamento de "*South Dakota v. Wayfair, Inc*", a Suprema Corte dos Estados Unidos adotava o entendimento de que, à luz da "*Commerce Clause*", um Estado não poderia exigir que um vendedor, sem uma presença física naquele Estado, recolhesse e pagasse impostos sobre a venda de bens aos seus residentes ("*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*", 1967). Este posicionamento foi questionado novamente vinte e cinco anos depois, no caso "*Quill Corp. v. North Dakota*" (1992), tendo-se, contudo, mantido a regra da presença física no Estado de domicílio do comprador.

A ideia central era a seguinte: um vendedor, cuja única conexão com os clientes no Estado fosse por uma transportadora comum ou por correio, não dispunha de contatos mínimos necessários com o Estado em que residisse o comprador, à luz da chamada "cláusula do devido processo" e da "*Commerce Clause*". Isto porque um dos requisitos para o reconhecimento da validade do imposto em operações interestaduais de bens e serviços é que a tributação tenha nexo causal, ou conexão negocial, com o Estado. E, para tanto, no caso "*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*", foi assentado pela Suprema Corte que, ao menos até que o varejista mantivesse uma presença física no Estado, o Estado não teria o poder de exigir que o varejista recolhesse um imposto estadual ou local (UNITED STATES, 2018, p. 2). À época, entendia-se como presença física a existência de lojas de varejo, procuradores ou representantes comerciais ou propriedades dentro de um Estado, de modo que, sem uma destas presenças físicas, careceria o Estado de poder tributário para exigir o imposto na operação interestadual de bens e serviços (UNITED STATES, 2018, p. 8).

Paralelamente, no caso "*Quill Corp. v. North Dakota*", apesar de ser afastada a interpretação anterior da "cláusula do devido processo", manteve-se a aplicação da "Cláusula de Comércio", sendo afirmado que o imposto deve ter um "nexo substancial" com a atividade a ser tributada – o que seria revelado pela regra da presença física (UNITED STATES, 2018, p. 2). Na realidade, a Suprema Corte se orientou com base no precedente "*Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*" (1977), quando foi definido que os Estados poderiam tributar o comércio interestadual desde que (i) o imposto se aplique a uma atividade com nexo substancial (causal) com o Estado; (ii) que o tributo seja partilhado (distribuído) de maneira justa; (iii) que o tributo não discrimine o comércio interestadual; e (iv) que o tributo seja razoavelmente relacionado com os serviços prestados pelo Estado (UNITED STATES, 2018, p. 8). Assim, no caso "*Quill Corp. v. North Dakota*", foi entendido que o "nexo substancial" ainda deveria ser a presença física, a qual evitaria encargos indevidos sobre o comércio interestadual (UNITED STATES, 2018, p. 9).

Com o passar dos anos, o parâmetro da presença física, que já era questionado à época do julgamento de "*Quill Corp. v. North Dakota*" (três magistrados da Suprema Corte votaram pela

rejeição da presença física como elo de relação entre o tributo e o “nexo substancial”), passou a ser entendido como uma forma de distorcer o mercado. Isto porque, a partir desse julgamento, foi criada uma lacuna ou brecha legal (“*loophole*”) na tributação sobre vendas “*online*”, a qual confere às empresas de fora do Estado uma vantagem fiscal (UNITED STATES, 2018, p. 9-10).

Na realidade da Dakota do Sul, a Secretaria de Fazenda afirmou que a perda de receita no Estado, pela não tributação de operações interestaduais de bens e serviços com a regra da presença física, alcança entre 48 e 58 milhões de dólares por ano, sendo que, por não possuir imposto de renda estadual, o Estado se mantém, fundamentalmente, de receitas oriundas dos “*sales and use taxes*” para financiar a prestação de serviços públicos essenciais (UNITED STATES, 2018, p. 2-3). Assim, em 2016, o Estado da Dakota do Sul editou uma lei que exigiu que os vendedores de fora do Estado pagassem o imposto sobre vendas “como se o vendedor tivesse uma presença física no Estado”. Observe-se que a lei se aplica apenas aos vendedores que, anualmente, (a) entreguem mais de cem mil dólares em bens ou serviços para consumidores que residam no Estado ou (b) realizem duzentas ou mais transações, individualmente consideradas, para a entrega de bens ou serviços no Estado (UNITED STATES, 2018, p. 3).

A fim de preservar a validade e aplicabilidade da lei, o Estado da Dakota do Sul ajuizou uma ação declaratória com “obrigação de fazer” (registro de licenças para recolher e pagar o imposto sobre vendas), tendo, como réus, três grandes empresas que atuam no comércio eletrônico: Wayfair, Inc. (líder de vendas *online* de itens e móveis para residências e com receita de 4,7 bilhões de dólares em 2017), Overstock.com, Inc. (uma das principais varejistas *online* do país, com receita de mais de 1,7 bilhão de dólares em 2017) e Newegg, Inc. (uma das principais varejistas *online* de produtos eletrônicos dos Estados Unidos). Ao receber a ação judicial, a Suprema Corte da Dakota do Sul afirmou que a nova lei não sobreviveria aos precedentes de “*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*” (1967) e “*Quill Corp. v. North Dakota*” (1992), de modo que indagou à Suprema Corte dos Estados Unidos se, diante da atual realidade econômica, ela não poderia rever os mencionados precedentes judiciais (UNITED STATES, 2018, p. 4).

Como se sabe, a Suprema Corte americana, em 21 de junho de 2018, liderada pelo *Justice Kennedy* (e seguido pelos magistrados Ginsburg, Alito, Gorsuch e Thomas), reformou o entendimento fixado nos precedentes “*National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*” e “*Quill Corp. v. North Dakota*”, afirmando que a presença física, nos moldes anteriores, não poderia mais subsistir como forma de demonstrar o nexos substancial entre a atividade a ser tributada e o Estado tributante. Assim, foi reconhecida a constitucionalidade da nova lei da Dakota do Sul, alterando-se a forma de tributação no comércio eletrônico interestadual (UNITED STATES, 2018, p. 4-5).

2 OS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DA DECISÃO PROFERIDA NO CASO “*SOUTH DAKOTA V. WAYFAIR, INC*”

A decisão da Suprema Corte que declarou superados os precedentes de “*National Bellas*

Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois” e “*Quill Corp. v. North Dakota*”, teve com razões de decidir, resumidamente, os seguintes fundamentos: (i) a regra da presença física não é uma interpretação necessária do requisito “nexo substancial” do caso “*Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*”; (ii) a interpretação do caso “*Quill Corp. v. North Dakota*” cria, e não resolve, distorções de mercado, pois, na prática, houve a criação jurisprudencial de uma espécie de “paraíso fiscal” para as empresas, as quais limitam sua presença física em um Estado, mas vendem seus bens e serviços para os consumidores de outras unidades da Federação; (iii) a interpretação do caso “*Quill Corp. v. North Dakota*” também impõe um tipo de distinção arbitrária e formalista que os precedentes modernos da “Cláusula de Comércio” da Suprema Corte rejeitam em favor de uma análise caso a caso dos propósitos e efeitos de cada lei; (iv) a regra da presença física do caso “*Quill Corp. v. North Dakota*” é evidentemente artificial, tendo em vista o dia-a-dia das práticas de *marketing* e de distribuição de produtos e serviços na economia moderna; (v) a regra da presença física, construída nos casos mencionados acima, também é uma imposição extraordinária do Poder Judiciário sobre a autoridade dos Estados para cobrar impostos e executar funções públicas essenciais; e (vi) o princípio do “*stare decisis*” não pode dar sustentação jurídica à proibição da Corte quanto ao exercício válido de um poder soberano dos Estados quando ficar claro que as decisões da “Cláusula de Comércio” do próprio Tribunal proíbem, equivocadamente, que os Estados exerçam seus legítimos poderes de soberania – em especial, tendo em vista a revolução provocada pela Internet e pela expansão do comércio eletrônico (UNITED STATES, 2018, p. 2-4).

De início, a Suprema Corte ressaltou que a presença física não é necessária para se criar um “nexo substancial”. Na orientação jurisprudencial anterior, havia a preocupação de que, sem a regra da presença física, a tributação de um Estado poderia sobrecarregar indevidamente o comércio interestadual, em virtude dos varejistas serem obrigados a recolher impostos em milhares de jurisdições diferentes. Contudo, nos dias atuais, em que a economia é orientada pela Internet e por novas tecnologias, os custos de *compliance* não são relacionados com a presença física em um Estado. Como exemplo, a Suprema Corte cita o seguinte caso: uma empresa com um vendedor em cada Estado deve recolher impostos sobre vendas em todas as jurisdições nas quais os produtos são entregues; no entanto uma empresa com 500 pessoas em uma localização central e um *site* acessível em todos os Estados não precisa recolher impostos sobre vendas idênticas em todo o país. Ou seja, à luz do caso “*Quill Corp. v. North Dakota*”, pequenas e médias empresas com presenças físicas diversas seriam igualmente ou mais sobrecarregadas por custos de *compliance* do que grandes empresas de comércio eletrônico, o que evidencia a fragilidade da regra da presença física (UNITED STATES, 2018, p. 12).

Somando-se a isso, a Suprema Corte defendeu que a “Cláusula de Comércio” não tem o propósito de liberar os envolvidos no comércio interestadual da sua parcela justa na carga tributária, muitos menos de permitir que o Poder Judiciário crie distorções de mercado. E, neste aspecto, a regra da presença física não atende a uma justa livre concorrência, pois as empresas locais ou aquelas com presença física em vários Estados terão desvantagens competitivas em relação às empresas de vendas à distância (“*remote sellers*”). Desta forma, o critério da presença

física garante um benefício competitivo (e fiscal) para certas empresas tão somente em razão da forma organizacional que elas tenham escolhido, o que entra em conflito com o restante da jurisprudência do Tribunal, a qual busca sempre prevenir a discriminação entre empresas. Por conseguinte, entendeu-se que é necessário se rejeitar a regra da presença física justamente para se assegurar que vantagens competitivas artificiais não sejam criadas pelos precedentes da Suprema Corte (UNITED STATES, 2018, p. 12-13).

A artificialidade da regra da presença física também foi duramente criticada pela Suprema Corte americana, em especial quando, atualmente, se está diante de práticas de *marketing* e de distribuição de bens e serviços realizadas em uma economia moderna, orientada pelo comércio eletrônico. Sob o prisma da crescente venda de produtos e serviços pela Internet, não faz sentido um único funcionário ou um único depósito criar um “nexo substancial” e aspectos “físicos” da difundida tecnologia moderna difundida não criarem o mesmo elo. No comércio eletrônico, pode-se dizer que a presença física é revelada pelos *sites* acessados nos computadores dos consumidores, pelos *cookies* gravados em seus *hard drives* ou pelo *download* de aplicativos fornecidos pelas empresas para uso em *smartphones*. Na realidade, tal como observado pela Suprema Corte, as dramáticas mudanças tecnológicas e sociais da nossa economia cada vez mais interconectada significam que os compradores estão mais próximos da maioria dos grandes varejistas do que antes – independentemente do quão perto ou longe esteja a loja mais próxima. Como exemplo, são destacados os envios de propaganda e os acessos instantâneos aos consumidores pela Internet, bem como o *showroom* virtual, no qual é possível se mostrar de forma mais clara e detalhada o estoque de produtos, criando-se maiores oportunidades de interação entre consumidor e vendedor do que seria possível em lojas locais. Logo, não deveria mais a Suprema Corte manter uma regra que ignora as substanciais conexões virtuais entre os varejistas do comércio eletrônico e os Estados em que se localizam seus consumidores (UNITED STATES, 2018, p. 14-15).

Outro ponto importante levantado pela Suprema Corte – especialmente no que tange ao federalismo fiscal – diz respeito à imposição extraordinária do Poder Judiciário sobre a autoridade dos Estados para cobrar impostos e executar funções públicas essenciais, ocorrida a partir da aplicação da regra da presença física fixada nos precedentes do Tribunal. Durante o caso “*South Dakota v. Wayfair, Inc*”, nada mais do que quarenta e um Estados, dois Territórios e o Distrito de Columbia pediram a rejeição da tese formulada em “*Quill Corp. v. North Dakota*”, seja em razão da regra da presença física interferir nas escolhas feitas pelos governos estaduais nas suas políticas fiscais e tributárias, seja pelo fato de a regra permitir que, de forma ilegítima e injusta, as empresas de vendas à distância (“*remote sellers*”) escapem da obrigação de pagar impostos legais. Neste aspecto, o Tribunal, ao acolher os argumentos do Estado da Dakota do Sul, observa que a Wayfair, em suas propagandas para venda de mobílias residenciais, apresenta a imagem de casas tranquilas com o atrativo de que os seus produtos são adquiridos sem a cobrança de “*sales taxes*”. Contudo, a empresa ignora, em sua oferta sutil para ajudar na evasão fiscal, que a criação de uma casa dos sonhos pressupõe governos locais e estaduais solventes. Isto porque são os impostos estaduais (i) que financiam os departamentos de polícia e os corpos de bombeiros que protegem as casas que

contêm os móveis de seus clientes e que garantem que os bens sejam entregues com segurança; (ii) que mantêm as vias públicas e os serviços municipais que permitem a comunicação e o acesso aos clientes; (iii) que apoiam as instituições bancárias locais a fim de viabilizar transações de crédito e os Tribunais para garantir a cobrança do preço de compra. Assim, ao fim e ao cabo, nota-se que a regra da presença física cria vantagens arbitrárias em favor das empresas de vendas à distância em relação aos seus competidores que recolhem os "state sales taxes", o que enfraquece a confiança da população no sistema tributário. Dessa forma, o entendimento anterior do caso "*Quill Corp. v. North Dakota*" prejudica não só o federalismo – em virtude da limitação da capacidade de os Estados buscarem prosperidade a longo prazo – como também a economia de livre mercado, pois a regra da presença física tem impedido que os participantes do mercado possam competir em igualdade de condições (UNITED STATES, 2018, p. 16-17).

Por outro lado, ao justificar a alteração da "*stare decisis*" no que tange à proibição de os Estados exercerem seus poderes de soberania no sistema federal americano, a Suprema Corte afirmou que as mudanças sistêmicas e estruturais de longo alcance na economia, provocadas pela "Era Cibernética", fizeram com que as conclusões do caso "*Quill Corp. v. North Dakota*" se tornassem erros ainda mais danosos. Isto porque, em 1992, menos de 2% (dois por cento) dos americanos tinham acesso à Internet, tendo este percentual aumentado para 89% (oitenta e nove por cento) nos dias atuais.

Paralelamente, à época do caso "*Quill Corp. v. North Dakota*", não se poderia vislumbrar que, em vinte cinco anos, o maior varejista mundial seria uma empresa de vendas à distância ("*remote sellers*"), no caso, a Amazon, que ultrapassou a Wal-Mart. Aliás, a drástica alteração da dinâmica da economia americana pode ser justificada pelos seguintes dados: (a) em 1992, as vendas por correspondência alcançavam o total de 180 bilhões de dólares, enquanto que, em 2017, apenas as vendas no varejo por meio do comércio eletrônico foram estimadas em 453,5 bilhões de dólares – sendo que, combinadas com as vendas à distância tradicionais, o total ultrapassou meio trilhão de dólares; (b) desde que o Departamento de Comércio começou a monitorar as vendas de comércio eletrônico, estas operações aumentaram dez vezes, de 0,8% (zero vírgula oito por cento) para 8,9% (oito vírgula nove por cento) do total de vendas no varejo nos Estados Unidos – sendo que, em 2017, o comércio eletrônico cresceu quatro vezes mais do que o varejo tradicional, não havendo qualquer sinal de diminuição no ritmo de crescimento; e (c) a forte expansão do comércio eletrônico aumentou o déficit de receita enfrentado pelos Estados que buscam arrecadar seus impostos sobre vendas e serviços, o que pode ser demonstrado pelo fato de, em 1992, se ter estimado que os Estados estivessem perdendo entre 694 milhões e 3 bilhões de dólares por ano em receitas de "*sales and use taxes*" como resultado da regra da presença física – estimativas que, nos dias de hoje, variam de 8 a 33 bilhões de dólares (UNITED STATES, 2018, p. 17-19).

Por fim, em favor da aplicação da legislação questionada pelas empresas de comércio eletrônico, a Suprema Corte observou que a lei da Dakota do Sul oferece aos pequenos comerciantes um grau razoável de proteção, uma vez que a lei, além de não ser retroativa, exige que a empresa recolha e pague o imposto sobre vendas e uso somente se realizar uma quantidade considerável

de negócios no Estado (venda de produtos e serviços que alcancem mais de cem mil dólares por ano ou realizem duzentas ou mais transações individuais de entregas de bens ou serviços dentro do Estado anualmente).

Ademais, a Dakota do Sul – tal como mais de vinte Estados da federação americana – é parte do “*Streamlined Sales and Use Tax Agreement*”, o qual (i) padroniza os impostos para reduzir os custos administrativos e de *compliance*; (ii) exige uma administração tributária única em nível estadual, com definições uniformes de produtos e serviços e de estruturas de alíquotas simplificadas; (iii) fornece aos vendedores o acesso ao *software* de administração de impostos de vendas pago pelo Estado; e (iv) permite que os vendedores que optem por usar esse *software* estejam imunes a passivos de auditoria (UNITED STATES, 2018, p. 22-23). Logo também são afastadas a ameaça de risco às pequenas empresas e “*start-ups*” em razão da complexidade dos sistemas tributários estaduais e a ocorrência de discriminação contra o comércio eletrônico interestadual, pois, além dos números mínimos de valor de negócios e de operações individuais realizados anualmente constantes da lei da Dakota do Sul, se verifica que o “*Streamlined Sales and Use Tax Agreement*” garante a aplicação do princípio da praticabilidade em favor dos contribuintes nas vendas à distância.

3 O CONFLITO ORIGEM X DESTINO E O ICMS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

O Brasil experimentou polêmica semelhante à descrita acima, envolvendo a tributação das vendas de mercadorias realizadas pela Internet. Isto porque a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, estabelecia que o ICMS era devido integralmente ao Estado de origem da venda quando realizada a consumidor final localizado em outro Estado (vide art. 155, §2º, VII).

Como as empresas de vendas pela Internet estão localizadas nos grandes centros econômicos do país (especialmente em São Paulo e no Rio de Janeiro), os demais Estados da federação reclamavam da injustiça da regra, pois resultava na concentração da arrecadação tributária nas unidades da Federação mais ricas.

Em reação a tal cenário, dezenove Estados aprovaram, em 2011, o Protocolo 21 do CONFAZ, assegurando ao Estado de destino da mercadoria uma parcela da arrecadação do ICMS. O fato resultou em aumento da carga tributária da operação, visto que o Estado de origem continuou a tributar a operação nos termos preconizados pela Constituição Federal. Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal considerou, no julgamento das ADI nº 4628 e nº 4713, o Protocolo 21 do CONFAZ inconstitucional, declarando o manifesto conflito entre a regra do protocolo e os termos da Constituição Federal.

O movimento dos Estados que se julgavam prejudicados com a concentração da tributação na origem acabou por culminar com a edição, em 2015, da Emenda Constitucional nº 87, que mudou radicalmente o critério até então existente, estabelecendo que o ICMS, após um período de transição, será devido ao Estado de destino da mercadoria.

Efetivamente, se a regra não fosse alterada, haveria uma concentração cada vez maior da arrecadação do ICMS nos Estados de origem das empresas que praticam o comércio eletrônico. Considerando que a maioria das sedes das principais empresas varejistas do país estão nos Estados mais ricos da federação, a regra anterior claramente não favorecia os Estados economicamente mais fracos.

Assim como nos Estados Unidos, no Brasil houve um aumento progressivo na proporção das vendas *online* e, conseqüentemente, uma diminuição muito significativa no percentual das vendas em lojas físicas. Trata-se de fenômeno que diminuiu bastante o poder de barganha dos Estados na atração de investimentos por meio da "guerra fiscal" (MARINS; OLIVEIRA, 2017, p. 250-272), que é baseada na regra da tributação na origem. Considerando que o princípio do destino, a partir da edição da Emenda Constitucional n° 87, regulará a maioria substancial das vendas (as quais, cada vez mais, serão feitas pela Internet), a diminuição da carga tributária do ICMS na origem não terá mais, como antes, o poder de atrair tantas empresas para a instalação de seus estabelecimentos em Estados com tributação favorecida.

Apesar de ser justificada a correção da nova regra da tributação no destino no comércio eletrônico, o novo critério acabou trazendo diversas dificuldades práticas para os vendedores remotos de mercadorias – tal como passará a ocorrer com os "*remote sellers*", nos Estados Unidos, após a decisão do caso "*South Dakota v. Wayfair*". Isto porque, antes da Emenda Constitucional n° 87, o vendedor estabelecido, por exemplo, em Minas Gerais, poderia efetuar vendas para os vinte e seis Estados da federação, com a obrigação de efetuar o recolhimento do imposto estadual apenas para o Estado de origem (no caso, em Minas Gerais). Com a mudança da Emenda Constitucional n° 87, o mesmo vendedor estabelecido em Minas Gerais terá o ônus excessivo de viabilizar o recolhimento do ICMS em todos os Estados de destino de suas mercadorias.

Trata-se, portanto, de uma obrigação evidentemente desproporcional, especialmente para os pequenos comerciantes, de forma que atualmente há diversos debates, inclusive em sede legislativa, sobre quais medidas podem ser adotadas para simplificar o cumprimento de tais obrigações. Nota-se aqui mais uma semelhança do problema brasileiro com a experiência estadunidense relatada anteriormente, devendo-se, no entanto, destacar que, no caso da lei da Dakota do Sul, há um grau razoável de proteção aos pequenos comerciantes – medida esta inexistente, até o momento, na Emenda Constitucional n° 87. Isto porque a lei da Dakota do Sul, além de não ser retroativa, exige que a empresa recolha e pague o imposto sobre vendas e uso apenas se houver a venda de produtos e serviços que alcancem mais de cem mil dólares por ano ou a realização de duzentas ou mais transações individuais de entregas de bens ou serviços dentro do Estado anualmente. Logo, verifica-se que, no precedente "*South Dakota v. Wayfair*", houve a preocupação com a praticabilidade da tributação, tendo em vista à forma de aplicação do princípio do destino, o qual foi sopesado com as regras da lei da Dakota do Sul e do "*Streamlined Sales and Use Tax Agreement*".

Em todo caso, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2016), concedeu medida liminar para afastar provisoriamente a submissão dos novos critérios trazidos pela Emenda Constitucional n° 87 em relação às empresas sujeitas ao

Simple Nacional.

Nota-se assim a necessidade de que os novos arranjos para a tributação da economia digital precisam ser compatíveis com o parâmetro da neutralidade tributária, que pode ser entendida a partir da exigência de que nenhum tributo pode ocasionar impedimentos de ingresso ou permanência no mercado dos agentes econômicos (SIMM; GONÇALVES, 2018, p. 46).

4 A TRIBUTAÇÃO NO DESTINO E AS PREOCUPAÇÕES COM A PRATICABILIDADE

Pode-se dizer que, apesar das peculiaridades do sistema tributário brasileiro, o entendimento do precedente “*South Dakota v. Wayfair*” traz reflexões muito importantes para a interpretação da tributação do comércio eletrônico no Brasil, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 87/2015.

Duas ideias centrais estão presentes nas duas hipóteses descritas: a tendência da tributação no destino no comércio eletrônico e a preocupação com a praticabilidade de tal opção. As duas impressões revelam, ademais, tendências verificadas na discussão mundial sobre a tributação da economia digital.

No que tange à aplicação do princípio do destino aos impostos sobre o consumo, deve-se destacar que o destino já é considerado como critério fundamental no imposto sobre o valor agregado (IVA), não só na União Europeia, mas também nos quase duzentos países que se baseiam nesse modelo de tributação (PALMA, 2015, p. 377, 380). A ideia central é que, no plano internacional, os países buscam facilitar as suas exportações, de modo que, ao aplicar o princípio do destino aos impostos sobre venda de mercadorias, se atende melhor à intenção de facilitar a circulação de mercadorias, o que é bem atendido pelo IVA, também chamado de imposto sobre valor acrescentado, que também assegura a neutralidade na tributação (PALMA, 2015, p. 384).

A indicação da possibilidade de tributação no destino em relação aos impostos que incidem em operações de circulação de bens também já se mostrou evidente no caso *Amazon.com, LLC et al. v. New York State Department of Taxation and Finance et al*, julgado em 2009 pela Corte de Apelações de Nova Iorque.

Na hipótese, a empresa buscava ver reconhecida a invalidade de lei local que exigia o recolhimento da *sales tax* nas vendas decorrentes de espaços publicitários que estavam hospedados em *sites* locais de Nova Iorque, justamente porque não vislumbrava na hipótese qualquer nexo substancial com o local de destino que pudesse autorizar a tributação. Todavia, a Corte de Nova Iorque rejeitou a alegação, pois considerou que a empresa buscava divulgar seus anúncios em páginas eletrônicas que fossem especificamente voltadas para o mercado consumidor do Estado, o que revelava um peso de significativa importância do local de consumo dos bens, tornando a tributação justificada.

Já no campo específico do comércio eletrônico, a Ação 1 do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) faz referência à tributação no destino como uma das soluções possíveis para os desafios da economia digital (BAL; GUTIÉRREZ, 2015, p. 249-280). Nessa linha, assim destaca Sérgio

André Rocha a importância da discussão para o Brasil:

A presente Ação é definitivamente de interesse para o Brasil. Cada vez mais empresas da economia digital estão fazendo negócios no País sem pagar tributos. Este problema está chamando a atenção das autoridades fiscais, que já manifestaram no passado a intenção de criar regras específicas para lidar com esse problema no futuro (ROCHA, 2017, p. 225).

Há, todavia, a preocupação de que o caminho da concentração da tributação no destino (com seus múltiplos mercados consumidores) possa impor excesso de obrigações acessórias para o contribuinte que vende sua mercadoria ou presta serviço na economia digital, que poderia estar antes sujeito apenas ao cumprimento de obrigações no país de sua residência.

André Portella destaca que, na tributação envolvendo atividades desenvolvidas em ambiente digital, a simplicidade deve ser um parâmetro a ser perseguido:

Outro parâmetro a ser observado com respeito ao controle tributário do comércio eletrônico é o da *simplicidade*. A novidade que apresentam as transações pela rede não deve ser motivo para que se promovam normas ou procedimentos que compliquem as atividades dos agentes comerciais, assim como as tarefas das autoridades tributárias. Os procedimentos tributários relacionados com a tarefa de controle devem-se realizar da forma mais simples possível, fomentando a eficácia da arrecadação e evitando a sobrecarga de deveres instrumentais sobre os contribuintes (PORTELLA, 2007, p. 120).

Nessa linha, em 2017, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE mencionou no documento “*International VAT/GST Guidelines*” a preocupação com a possibilidade de que os contribuintes não-residentes possam sofrer um encargo excessivo de regras no mercado consumidor de destino.¹ No mesmo sentido, a OCDE voltou ao tema em 2018, na publicação “*Tax challenges arising from digitalization*”, no qual foi apontada a necessidade de reflexão sobre a necessidade de regimes tributários simplificados no *Value Added Tax – VAT*, considerando a realidade da economia digital.²

Em relação aos impostos diretos sobre a renda das empresas, há também uma crescente importância do critério da tributação no destino. Em 2018, a Comissão Europeia propôs a reflexão sobre a necessidade de edição de novas regras para que os negócios da economia digital possam ser tributados nos locais onde haja uma presença digital significativa, ainda que a empresa não

1 OECD (2017), *International VAT/GST Guidelines*: “3.129. [...] these Guidelines recommend the implementation of a reverse charge mechanism to minimise the administrative burden and complexity for non-resident suppliers, where this is consistent with the overall design of the national VAT system. 3.132. [...] Where traditional registration and compliance procedures are complex, their application for non-resident suppliers of business-to-consumer services and intangibles would risk creating barriers that may lead to non-compliance or to certain suppliers declining to serve customers in jurisdictions that impose such burdens.”

2 OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*: “293. [...] Therefore, the 2015 BEPS Action 1 Report recommends that the foreign supplier be allowed to register for VAT in the market jurisdiction under a simplified registration and compliance regime.”

possua uma presença física no local de consumo.³

A economia digital desafia assim o conceito tradicional de estabelecimento permanente na tributação internacional, que sempre foi baseado na consideração de elementos de ordem física (CALIENDO, 2005, p. 582). O artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE bem revela tal entendimento, calcado na teoria da *pertença econômica* (XAVIER, 2015, p. 632). Nessa linha, Alberto Xavier alerta para o desafio que o comércio eletrônico impõe ao conceito de estabelecimento permanente:

Ora, no comércio eletrônico a “invisibilidade” decorrente da nova fisionomia dos instrumentos equiparáveis ao estabelecimento clássico constitui motivo de séria preocupação, especialmente para os estados da fonte, onde se localizam os compradores, que receiam uma perda substancial de suas receitas fiscais (XAVIER, 2015, p. 640).

Com efeito, as realidades do comércio eletrônico e da economia digital em geral revelam que o mercado consumidor não pode mais ser desprezado, sendo, ao contrário, um relevante elemento de conexão para justificar a tributação no destino. Daí o porquê de Sérgio André Rocha assentar que:

Na verdade, um dos grandes atrativos do mercado global atual é exatamente a existência de um mercado consumidor com poder aquisitivo, razão pela qual diversas empresas da “velha economia” vêm ao Brasil realizar negócios e auferir rendimentos que não seriam realizáveis em suas economias com mercados consumidores saturados (ROCHA, 2013, p. 98).

Ainda que implicitamente, a relevância da consideração da importância do mercado consumidor de produtos na economia digital certamente teve seu papel nas razões de decidir explicitadas no caso “*South Dakota v. Wayfair*”, bem como na situação envolvendo a Emenda Constitucional nº 87/2015 no Brasil.

Ocorre que, apesar de a Suprema Corte americana ter demonstrado preocupação sobre a possibilidade de a tributação no destino levar ao incremento excessivo de obrigações acessórias pelos contribuintes, verificamos que, no Brasil, preocupação semelhante acabou por não ser avaliada pelo constituinte derivado, por ocasião da EC 87/2015.

Como vimos anteriormente, na hipótese envolvendo as empresas do Simples Nacional, foi preciso que o STF fosse chamado, em sede de liminar em controle abstrato de constitucionalidade na ADI 5464, para indicar a necessidade de considerações de praticabilidade quando se cogita em mudanças tão significativas na sistemática de tributação.

Sem dúvida, para conferir maior coerência e segurança jurídica ao sistema tributário, sempre

³ *European Commission 2018 – Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*: “Article 1 Subject matter – This Directive lays down rules extending the concept of a permanent establishment, as it applies for the purposes of corporate tax in each Member State, so as to include a significant digital presence through which a business is wholly or partly carried on. This Directive also establishes certain principles for attributing profits to or in respect of a significant digital presence for corporate tax purposes.”

será ideal que as considerações de praticabilidade envolvidas na tendência pela consideração do critério do destino, como indicador de atribuição de competência tributária, sejam ponderadas e resolvidas pelo próprio legislador (no caso brasileiro, especialmente o constituinte derivado e o legislador complementar).

Com efeito, o Poder Legislativo é o ambiente próprio para que sejam sopesadas as principais externalidades decorrentes de mudanças significativas no sistema tributário, inclusive considerações de praticabilidade, possibilitando que os diversos interessados possam contribuir para os debates. O tratamento da matéria em sede legislativa enseja ainda a vantagem de termos uma solução idealizada com a perspectiva de conjunto do sistema, ao contrário do que ocorre em decisões judiciais, que levam em conta primordialmente considerações pertinentes apenas ao caso concreto.

A decisão do Poder Judiciário, em situações que envolvam mudanças no sistema tributário, deve sempre ser excepcional, ocorrendo apenas quando houver violações evidentes à Constituição Federal pelo legislador. Especialmente em relação ao ICMS, cuida-se de imperativo que deriva da própria configuração do sistema constitucional brasileiro, pois a Constituição Federal estabelece que é papel da lei complementar dispor sobre conflitos de competência tributária entre os entes federativos (art. 146, I, da CF).

CONCLUSÃO

O caso "*South Dakota v. Wayfair*" decidido pela Suprema Corte estadunidense e a discussão da tributação do ICMS no destino no comércio eletrônico (Emenda Constitucional nº 87/2015) devem ser entendidos dentro do atual contexto dos desafios da tributação na economia digital. Isto porque, por mais que as modalidades tradicionais de compra e venda de mercadorias e de prestação de serviços se mantenham presentes nas economias dos países centrais e em desenvolvimento, há expectativa no sentido de que a economia digital passe a ocupar a maior parte dos negócios celebrados entre pessoas físicas e jurídicas – o que gera novos problemas na esfera da tributação sobre o consumo.

Embora a possibilidade de a tributação no destino ter sido privilegiada tanto no caso "*South Dakota v. Wayfair*" quanto na Emenda Constitucional nº 87/2015, em ambas as situações, vislumbramos também que as preocupações com razões de ordem prática, acerca dos custos de adequação das obrigações acessórias que os contribuintes "remotos" experimentarão, se fizeram fortemente presentes nas duas situações. E, sob esta ótica, os fundamentos da decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana poderiam auxiliar os tributaristas brasileiros, bem como os nossos legisladores, na construção de um modelo normativo que não tornasse extremamente custoso (ou mesmo inviável) o comércio e a prestação de serviço interestadual, dando prioridade à praticabilidade associada ao tratamento diferenciado conferido às pequenas e médias empresas – tal como feito pela lei da Dakota do Sul.

Paralelamente, verifica-se que o caso "*South Dakota v. Wayfair*" e a situação envolvendo

a Emenda Constitucional nº 87/2015 reproduzem, em âmbito nacional, próprio de dois países que adotam a forma federativa de Estado, discussões que estão atualmente em voga na esfera tributária global. Neste aspecto, não só a União Europeia e os Estados Unidos, mas também a OCDE têm promovido diversos debates, incentivado a produção de trabalhos acadêmicos e procurado construir novos modelos de regras tributárias capazes de suprir os desafios da economia digital, o que inclui a venda remota de bens entre empresas e pessoas físicas domiciliadas em países diferentes. Assim, mais do que apenas resolver problemas tributários internos dos Estados Unidos, o julgamento de “*South Dakota v. Wayfair*” acaba por trazer novos subsídios para a compreensão (e o enfrentamento) de questões muito mais amplas concernentes à economia digital, o que evidencia uma zona de interseção entre as razões de adoção da Emenda Constitucional nº 87/2015, os motivos pelos quais a OCDE se mantém preocupada e atenta com a realidade da economia digital e a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana.

Ao fim e ao cabo, a hipótese em tela se trata de um interessante exemplo de como é importante que o estudo da Tributação Internacional seja acompanhado de uma reflexão das experiências ocorridas na tributação interna dos países – em especial daqueles estruturados sob a forma de federação, em que, por vezes, existe uma relação dúbia de cooperação e de competição, no âmbito fiscal, entes os governos subnacionais, que acaba simulando situações identificadas no plano internacional entre as nações.

REFERÊNCIAS

BAL, Aleksandra; GUTIÉRREZ, Carlos. Taxation of the digital economy. In: COTRUT, Madalina (ed.). **International tax structures in the BEPS Era: an analysis of anti-abuse measures**. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 249-280.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 87, de 16 de Abril de 2015**. Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc87.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.464 Distrito Federal**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Dias Toffoli, 12 de fevereiro de 2016, DJE nº 182. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308715440&ext=.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

CALIENDO, Paulo. **Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a Council Directive laying down rules relating to**

the corporate taxation of a significant digital presence. Bruxelas: European Union Law, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0147>. Acesso em: 8 nov. 2018.

MARINS, Daniel Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A autonomia federativa e o problema da unanimidade nos convênios do Confaz. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, p. 250-272, 2017.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **International VAT/GST Guidelines.** Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264271401-en>. Acesso em: 8 nov. 2018.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation: interim report 2018: Inclusive Framework on BEPS.** Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 8 nov. 2018.

PALMA, Clotilde Celorico. O sistema de IVA em Moçambique: adoção e características gerais. **Nomos**, Fortaleza, v. 35, n. 1, jan./jun. 2015.

PORTELLA, André. **Controle tributário do comércio eletrônico.** Belo Horizonte: Forum, 2007.

ROCHA, Sérgio André. **Política fiscal internacional brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação internacional.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SIMM, Camila Beatriz; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Reflexões acerca da substituição tributária progressiva do ICMS e o princípio da livre concorrência a partir da análise econômica do direito. **Nomos**, Fortaleza, v. 38, n. 1, jan./jun. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. **South Dakota v. Wayfair, Inc. No. 17-494.** 21 June 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Como citar: MARINS, Daniel Vieira. DE OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. "South Dakota v. Wayfair" e o conflito origem-destino no comércio eletrônico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 3, p. 195-210, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p195. ISSN: 2178-8189

RESENHAS|REVIEWS

ACSELRAD, Henri *et al.* **O que é justiça ambiental?**. Rio de Janeiro, Garamond, 2009.

**CONTRIBUIÇÕES DO MOVIMENTO POR JUSTIÇA AMBIENTAL AO DEBATE SOBRE O
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.**

Ariella Kely Besing Motter¹

Como citar: MOTTER, Ariella Kely Besing. **Contribuições do movimento por justiça ambiental ao debate sobre o desenvolvimento sustentável.** Londrina, v. 24, n.3, p. 211-213, nov. 2020. DOI 10.5433/2178-8189.2020v24n3p211. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A obra escrita por Henri Acelrad, Gustavo das Neves Bezerra e Cecília Campello do Amaral Mello, pode ser considerada como essencial para o debate sobre o tema no Brasil. Em seu conteúdo, o livro “O que é Justiça Ambiental?” expõe a formulação histórica do movimento, seus desdobramentos conceituais, bem como os mecanismos pelos quais se perpetuam injustiças ambientais. Partindo da leitura do trabalho em questão, a resenha tem por objetivo elucidar tais pontos para os leitores interessados no assunto, bem como, discorrer sobre a necessidade de englobar a discussão sobre o movimento por Justiça Ambiental ao debate do Desenvolvimento Sustentável, discorrendo sobre suas principais contribuições à temática.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável; Justiça Ambiental; Desigualdade Social; Desigualdade Ambiental.

Abstract: The work written by Henri Acelrad, Gustavo das Neves Bezerra and Cecília Campello do Amaral Mello can be considered a doctrinal precursor in the debate on the theme in Brazil. In its content, the book “What is Environmental Justice” exposes the historical formulation of the movement, its conceptual developments, as well as the mechanisms by which an environmental injustice is perpetuated. Starting from reading the work in question, the review aims to elucidate these points for readers interested in the theme, as well as to discuss the need to include the discussion on the movement for Environmental Justice to the debate on sustainable development, discussing their main contributions to the theme.

Key-Words: Environmental Development; Environmental Justice; Social Inequality; Environmental Inequality.

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: ariellabesing@gmail.com

O termo Desenvolvimento Sustentável, enunciado em 1987 através do Relatório Brundtland, pode ser conceituado como sendo aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer o usufruto das futuras ao meio ambiente equilibrado. Fato é, que tais disposições comumente são utilizadas visando enunciar que, ao se deparar com a problemática ambiental em curso, toda a humanidade, independente de origem, cor ou classe, estaria sujeita aos malefícios decorrentes da utilização inadequada dos recursos naturais pelas gerações passadas e atuais. Ainda, o discurso frequentemente se alinha à impressão de que os riscos ambientais decorrentes da degradação do patrimônio comum, supostamente atingem a todos de maneira indistinta, o que motivaria a busca pela proteção do meio ambiente por toda a coletividade.

Em que pese tais afirmações não estarem completamente equivocadas, uma vez que a degradação ambiental, traz, de fato, malefícios à toda a população, a interpretação da questão ambiental unicamente sob tal ótica mascara a constatação de que os riscos ambientais atingem de forma não equitativa os diferentes estratos sociais existentes.

Partindo de tais inquietações, e contrapondo-se ao discurso da modernização ecológica - o qual propõe o enfrentamento do impasse ecológico através da adaptação tecnológica e da eficiência na gestão de recursos escassos - surge a necessidade de análise da proteção do meio ambiente sob o crivo da Justiça Ambiental, uma vez que, os entendimentos anteriormente dispostos mostram-se pouco sensíveis às questões sociais existentes dentro da problemática ambiental.

O movimento por Justiça Ambiental tem suas raízes no conceito de “Racismo Ambiental” e, inicialmente foi formulado sob a perspectiva da busca de uma equidade geográfica. O termo surgiu diante da análise da disposição dos rejeitos tóxicos no Condado de Warren, Carolina do Norte em 1980, onde constatou-se que áreas com maior concentração de minorias raciais estavam mais propensas a sofrer com riscos e acidentes ambientais. Na ocasião, também se verificou que a falta de representação de tais comunidades nas agências responsáveis por essas decisões seria um dos elementos que permitiam a ocorrência deste cenário conflituoso em termos socioambientais. (ACSELRAD *et al*, 2009, p.17-20)

As análises em questão contribuíram para o fomento da discussão conjunta entre as pautas dos movimentos sociais e ambientalistas e, foram fundamentais para a formulação do conceito de Justiça Ambiental propriamente dito, o qual, posteriormente, consolidou-se como uma rede multicultural, multirracial, e internacional, que visa garantir o envolvimento justo de todos os grupos sociais nas decisões acerca do acesso, utilização e ocupação dos recursos naturais nos territórios, buscando que nenhuma minoria social ou política sofra parcela desproporcional de riscos ou danos ambientais decorrentes do processo de desenvolvimento. (ACSELRAD *et al*, 2009, p.23-25)

Neste contexto, a ocorrência de uma Injustiça Ambiental, por sua vez, revela “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento à minorias, povos marginalizados e vulneráveis” o que evidencia que os diferentes graus de exposição aos riscos e danos ambientais não são frutos de construções históricas, ou sequer naturais, mas sim, de múltiplos processos privados de decisão que possibilitam

a sua transferência para populações mais desprotegidas. (ACSELRAD *et al*, 2009, p.73-77)

Tal formulação conceitual coloca, inclusive, em evidência a atuação Estatal como produtora de desigualdades ambientais quando materializa uma proteção ambiental não equitativa. Este fenômeno pode ser visível tanto na instituição de uma política ambiental que distribui seus efeitos de forma assimétrica, quanto na omissão frente às forças de mercado, possibilitando riscos ambientais desproporcionais, intencionais ou não - cenário que tende a se agravar quando os processos de elaboração e aplicação de políticas ambientais ocorrem sem a democratização das decisões públicas, culminando em normas discriminatórias, elaboradas sob vieses tecnocráticos e descontextualizados. (ACSELRAD *et al*, 2009, p.73-74)

Da mesma forma o acesso desigual aos recursos ambientais também é um mecanismo de produção de Injustiça Ambiental. Aqui, a desigualdade ambiental pode se manifestar no âmbito produtivo, quando espaços privados transferem suas externalidades ao meio ambiente comum, ou quando o desenvolvimento de uma atividade econômica impede a manutenção de outras formas de apropriação não capitalistas dos bens ambientais (como é a produção tradicional e/ou artesanal, por exemplo). (ACSELRAD *et al*, 2009, p.74-75)

Não bastando, também apresenta-se no consumo desigual dos recursos ambientais, na medida em que ocorre a concentração da utilização e do usufruto do meio ambiente em uma pequena parcela da população, cujos altos padrões de consumo agravam a apropriação intensiva dos recursos naturais, enquanto grande parte da população mundial não possui acesso aos recursos ambientais necessários para a garantia de sua sadia qualidade de vida. (ACSELRAD *et al*, 2009, p.74-75)

Fato é que os mecanismos de produção de uma desigualdade ambiental encontram suas origens na existência e reprodução das desigualdades sociais. Neste sentido, o enfrentamento da crise ecológica também perpassa, necessariamente, a busca pela justiça social, sendo que a persecução da sustentabilidade através de um modelo de desenvolvimento econômico ambientalmente responsável, não deve se restringir à utilização de técnicas menos poluentes e/ou escolhas eficientes na gestão do patrimônio ambiental.

Assim sendo, o desenvolvimento sustentável compatível com os ideais da Justiça Ambiental reclama uma nova postura do Estado, o qual deve nortear-se tanto pela democratização das decisões sobre a utilização dos recursos naturais, e conseqüentemente do processo de formulação das políticas ambientais, quanto pela contenção dos mecanismos que permitem a destinação não equitativa dos danos e riscos ambientais à grupos em situação de vulnerabilidade, para que assim torne efetiva a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por todos.

RESENHAS|REVIEWS

NABAIS, C. José. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**: contributo para a Compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Editora Almedina, Coimbra, 4 ed., 2015.

DEVERES FUNDAMENTAIS

FUNDAMENTAL DUTIES

Renan Braghin¹

Como citar: BRAGHIN, Renan. **DEVERES FUNDAMENTAIS**. Londrina, v. 24, n.3, p. 214-216, nov. 2020. DOI 10.5433/2178-8189.2020v24n3p214. ISSN: 2178-8189

Resumo: Em obra dedicada a investigar o “dever fundamental de pagar impostos” na constituição portuguesa, José Casalta Nabais apresenta, na primeira parte, o regime jurídico dos deveres fundamentais que permita atribuir a eles a classificação de verdadeira categoria jurídica, parte que se atém a presente resenha, com objetivo de lançar luz sobre as principais características da “teoria geral” dos deveres fundamentais, tema pouco explorado na doutrina constitucional contemporânea.

Palavras-chave: Deveres fundamentais. Teoria geral. Valores comunitários.

Abstract: In a work dedicated to investigating the “fundamental duty to pay taxes” in the Portuguese constitution, José Casalta Nabais presents, in the first part, the legal regime of fundamental duties that allows them to be classified as a true juridical category, a part that remains the present review, in order to shed light on the main characteristics of the “general theory” of fundamental duties, a theme that has not been explored in contemporary constitutional doctrine.

Keywords: Fundamental duties. General theory. Community values.

Em obra dedicada ao dever fundamental de pagar impostos, José Casalta Nabais (2015) apresenta, na Parte I, uma rica exposição do tema dos deveres fundamentais que possui relevância não só apenas aos estudos das relações tributárias, mas para toda a ciência jurídica.

O autor inicia a obra situando os deveres fundamentais enquanto aspecto do fenômeno denominado “situações jurídicas passivas” de direito público, que decorre da própria ideia de Estado de Direito, mas que tem pouco destaque na doutrina constitucional contemporânea. Dentre as razões para esse “esquecimento”, a principal é o fato de que as constituições contemporâneas da parte ocidental do mundo foram escritas após a queda de regimes autoritários, e o direito, na acepção constitucional, preocupou-se em assegurar a liberdade e a autonomia dos cidadãos pela

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO). E-mail: contato@braghin.com.br.

defesa de direitos fundamentais, ou seja, de verdadeiras posições jurídicas ativas e que representam, neles mesmos, limites aos poderes do Estado. (Nabais, 2015, p. 15-27).

Com a advertência de que os deveres fundamentais não podem ser vistos como mera circunstância dos direitos fundamentais, tal como proposto pelas teorias liberais, tampouco como mera expressão da soberania do Estado, como preconizam as teorias funcionalizantes, o autor coloca os deveres fundamentais como categoria jurídica autônoma, uma categoria constitucional própria, representados por “*valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais*” (Nabais, 2015, p. 37-38).

Por se tratar de uma categoria jurídica, os deveres fundamentais devem apresentar uma direção material do comportamento devido, razão pela qual não se confundem com o simples dever de obedecer à constituição e às leis, que decorrem de uma “deverosidade jurídica em geral” (Nabais, 2015, p. 47). E por assim ser, os deveres fundamentais não encerram comandos morais pré-estatais, tal qual o dever de cuidado de um pai para com seu filho, mas nascem com o Estado e devem necessariamente ter na constituição um suporte. Todavia, ao contrário dos direitos fundamentais, os deveres fundamentais **não carecem de uma consagração constitucional expressa, como acontece com o dever de pagar impostos, que, destaca o autor, não é expressa na constituição portuguesa** (Nabais, 2015, p. 61-63).

Em relação ao seu conceito, Nabais descreve as características dos deveres fundamentais enquanto proposta para delimitar seu alcance. Neste aspecto, por terem a finalidade de preservar os valores comunitários, os deveres fundamentais determinam posições jurídicas passivas, que legitima, inclusive, o papel interventivo do Estado perante o particular e revelam uma situação de prevalência da comunidade diante do indivíduo. São essencialmente posições jurídicas individuais, dirigidas a pessoas humanas. Isso não significa que organizações não possam ser titulares ou destinatárias de deveres fundamentais, porque, de uma perspectiva funcional, as pessoas jurídicas têm caráter meramente instrumental e por trás delas estão os indivíduos e sua dignidade cuja efetivação passa pelo funcionamento da comunidade e observância dos deveres que ela impõe. Traduz, também, posições universais e permanentes, não sendo admissíveis discriminações com base neles, e posições duradouras, sendo irrenunciáveis tanto em matéria de lei ordinária quanto para propostas de revisões do texto constitucional. Por fim, os deveres fundamentais implicam em posições essenciais e impõem-se a cada um, e conseqüentemente ao conjunto de cidadãos, como importantíssimos para a existência, subsistência e funcionamento da comunidade organizada e para a realização de valores comunitários (Nabais, 2015, p. 64-73).

Tratando da estrutura dos deveres fundamentais e especialmente quanto à tipologia, o autor esclarece que os deveres fundamentais podem ser positivos ou negativos, notadamente consoante impliquem um comportamento comissivo ou omissivo. Portanto, implicar em obrigações de fazer (*facere*), como são a generalidade dos deveres, ou em prestações de dar (*dare*), ou, por outro lado, em deveres de abstenção (*non facere*) e de tolerância (*de pati*). Em relação à determinação constitucional de seu conteúdo, podem ser imediatamente aplicáveis ou mediatamente aplicáveis.

Na opinião do autor, contudo, essa distinção perde razão de ser na medida em que todo dever fundamental depende, em maior ou menor grau, de atuação do legislador ordinário, ainda que para estabelecer as sanções pelo seu descumprimento. Os deveres fundamentais podem ainda se apresentar com conteúdo autônomo, quando seu conteúdo está numa relação de exclusão com direitos, ou com conteúdo não autônomo, quando se apresentam em integração com direitos fundamentais. Em relação à natureza, podem exprimir deveres cívico-político ou deveres de caráter econômico, social ou cultural, e, finalmente, podem possuir conteúdo jurídico ou não jurídico (ético) (Nabais, 2015, p. 101-114).

Do ponto de vista de seus titulares, os deveres fundamentais podem ser (1) os que vinculam os cidadãos perante o estado; (2) os que obrigam os indivíduos em face da coletividade em geral; (3) que se impõem nas relações entre pessoas e pessoas; (4) para consigo próprio. Em relação aos destinatários, podem ser deveres gerais ou deveres em função do Estado, que configuram a regra, ou deveres de condições particulares, que se dirigem apenas aos integrantes de um dado estatuto pessoal e são a exceção (Nabais, 2015, p. 115).

O autor delimita o regime geral dos deveres fundamentais e os princípios constitucionais norteadores. Por se tratar de deveres que determinam a conservação da comunidade, eles se sujeitam ao princípio da universalidade. Também estão subordinados ao princípio da igualdade, que representa a não discriminação sem justificação racional, isto é, por valores jurídicos objetivos, e impõe a igualdade na repartição dos encargos públicos implicados na existência da comunidade. Também devem respeitar o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos do princípio da necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (Nabais, 2015, p. 139-146).

Com efeito, pela análise da primeira parte da obra de José Casalta Nabais pode-se concluir pela existência de deveres jurídicos constitucionais fundamentais que não representam apenas a força cogente decorrente de uma relação de poder derivada do poder de império, mas uma categoria jurídica que representa uma obrigação indispensável para a vida comum e próspera de todos em sociedade.

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.