

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 26 n. 1, mar. 2022

MESTRADO E DOUTORADO 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
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz
Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros
Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Adiloar Franco Zemuner
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Vice-Coodenador: 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. 26, N. 1 (mar 2022).
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. 26, n. 1, mar. 2022

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:

Angela Maria Dalla Torre, Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de
Souza Santos, Tatiane Avelino Cardoso

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. ALBINO GABRIEL TURBAY JUNIOR (UNIPAR-PR)	DR. MARCO ANTÔNIO BARBOSA (FMU-SP)
DR. ANTÔNIO CARLOS EFING (PUC-PR)	DRA. MARIA PRISCILA SOARES BERRO (UNIR-RO)
DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU-MG)	DRA. PRISCILA TINELLI PINHEIRO (FDV-ES)
DR. DEILTON RIBEIRO BRASIL (UIT-MG)	DR. RAFAEL SANTOS PINTO (UNISANTACRUZ-PR)
DRA. EDNA RAQUEL HOGEMANN (UNIRIO-RJ)	DR. RICARDO SOARES STERSI (UFSC-SC)
DR. ELCIO NACUR REZENDE (ESDHC-MG)	DR. SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE-PE)
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR-RR)	DR. THIAGO CAVERSAN ANTUNES (POSITIVO-PR)
DR. FÁBIO RICARDO RODRIGUES BRASILINO (RHEMA-PR)	DR. WILLIAM SANTOS FERREIRA (PUC-SP)
DR. JAIR TEIXEIRA DOS REIS (UFES-ES)	DR. WILSON ENGELMANN (UNISINOS-RS)
DR. JAYME BENVENUTO LIMA JÚNIOR (UPE-PE)	DRA. HILDA ELEONORA VALLET (UBA-ARG)
DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA (FMU-SP)	

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A IDEOLOGIA NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO	10
IDEOLOGY IN BRAZILIAN JUDICIAL DISCOURSE	
<i>Adreana Dulcina Platt e Ubaldo Cesar Balthazar e Frederico Augusto Garcia Fernandes</i>	
PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: O SUPREMO TRIBUNAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	29
FOR A NEW CONCEPTION OF DIFFUSED CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE SUPREME COURT AS A NEGATIVE LEGISLATOR AND THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION	
<i>Jeferson Dytz Marin</i>	
OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NO CASO DO BANCO INTER S/A.....	43
THE IMPACTS OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD) IN THE CASE OF BANCO INTER S/A	
<i>Miguel Carioca Neto e Ana Carla Pinheiro Freitas e Marcus Mauricius Holanda</i>	
COMENTÁRIOS AO PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA	56
COMMENTS ON EMERGENCY EMPLOYMENT AND INCOME MAINTENANCE PROGRAM	
<i>Juliana Marteli Fais Feriato e Daniel Zuin</i>	
RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE LITÍGIOS FAMILIARES PELA ABORDAGEM SISTÊMICA DAS CONSTELAÇÕES: A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ	72
CONSENSUS RESOLUTION IN FAMILY DISPUTES UTILIZING THE SYSTEMIC APPROACH OF CONSTELLATIONS: THE EXPERIENCE OF THE JUDICIAL SYSTEM IN THE STATE OF CEARÁ	
<i>Mara Livia Moreira Damasceno e Monica Carvalho Vasconcelos</i>	
EMPRESAS ESG: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DO CAPITALISMO ALÉM DA RENDA MÍNIMA.....	89
ESG COMPANIES: THE NEW PERSPECTIVE TO FACE THE CHALLENGES OF CAPITALISM BEYOND MINIMUM INCOME	
<i>Vinicius Medina Campos e Yago Alves Bertacchini e Luiz Alberto Pereira Ribeiro</i>	
INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	105
PROCEDURAL INSTRUMENTS OF DATA PROTECTION	
<i>Deny Eduardo Pereira Alves e Adalberto Simão Filho e Diógenes Faria de Carvalho</i>	
SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL SOB A ÓTICA DA METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: INEFICÁCIA PROTETIVA DA ANÁLISE JURÍDICA TRADICIONAL	126
BUSINESS SUSTAINABILITY FROM THE POINT OF VIEW OF THE METHODOLOGY OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: PROTECTIVE INEFFICACY OF TRADITIONAL LEGAL ANALYSIS	
<i>Joana D'Arc Dias Martins e Maria de Fátima Ribeiro</i>	

**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS E O IMPACTO DAS NOVAS
TECNOLOGIAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .151**
ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ALGORITHMS AND THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES
ON THE LEGAL PROCESSES OF THE INFORMATION SOCIETY

Jorge Shiguemitsu Fujita e João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA:
LIBERDADE NEGOCIAL NA ESCOLA BAIANA DE DIREITO PROCESSUAL168**
PROCEDURAL AGREEMENTS IN BRAZILIAN LEGAL DOCTRINE AFTER THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE

Homero Chiaraba

INSTRUÇÕES PARA AUTORES.....189

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 1 de seu 26º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A primeira Edição deste Volume 26 conta com dez artigos, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) A ideologia no discurso jurídico brasileiro, de Adreana Dulcina Platt, Ubaldo Cesar Balthazar e Frederico Augusto Garcia Fernandes; b) Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional, de Jeferson Marin; c) Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no caso do Banco Inter S/A, de Miguel Carioca Neto, Ana Carla Pinheiro Freitas e Marcus Mauricius Holanda; d) Comentários ao programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, de Juliana Marteli Fais Feriato e Daniel Zuin; e) Resolução consensual de litígios familiares pela abordagem sistêmica das constelações: a experiência do poder judiciário do Estado do Ceará, de Mara Livia Moreira Damasceno e Monica Carvalho Vasconcelos; f) Empresas ESG: uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima, de Vinicius Campos, Yago Bertacchini e Luiz Alberto Ribeiro; g) Instrumentos Processuais

de Proteção de Dados, de Deny Alves, Adalberto Filho e Diógenes Carvalho; h) Sustentabilidade Empresarial Sob a Ótica da Metodologia da Análise Econômica do Direito: Ineficácia Protetiva da Análise Jurídica Tradicional, de Joana D'arc Dias Martins e Maria de Fátima Ribeiro; i) Inteligência artificial, algoritmos e o impacto das novas tecnologias nos processos judiciais da sociedade da informação, de Jorge Fujita e João Marcelo Pedrosa ; j) Negócios jurídicos processuais na doutrina jurídica brasileira: liberdade negocial na escola baiana de direito processual, de Homero Chiaraba.

Nesta primeira edição do ano de 2022, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercussões do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. 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

A IDEOLOGIA NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO

IDEOLOGY IN BRAZILIAN JUDICIAL DISCOURSE

Adreana Dulcina Platt*

Ubaldo Cesar Balthazar**

Frederico Augusto Garcia Fernandes***

*Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina Professora Associada Universidade Estadual de Londrina
E-mail: adplatt@uel.br

**Doutor em Direito pela Universidade Livre de Bruxelas Professor Titular de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
E-mail: ubalth@gmail.com

***Doutor em Letras pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho Professor Associado Universidade Estadual de Londrina
E-mail: fredma@uel.br

Como citar: PLATT, Adreana Dulcina; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FERNANDES, Frederico Augusto Garcia. A ideologia no discurso jurídico brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p.10-28, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Fundamentados na definição de jurisprudência enquanto “veículo de disseminação das ilusões burguesas”, formulado por Márcio B. Naves, investigaremos o discurso dominante (burguês) voltado à proteção e manutenção de privilégios, sustentados por uma linguagem jurídica propalada na legislação nacional. Estes elementos serão reconhecidos pela análise tecida a um estudo de caso (acórdão/jurisprudência de tribunal), onde os veículos de cautelamento aos institutos de classe estão exemplarmente demarcados. Conforme apontado nas análises, um aspecto desta proteção discursiva será observada na linguagem jurídica cujo léxico se sustenta em um arcabouço distante da compreensão popular e protegido por uma normatização linguística que configura-se de forma muito particular a este universo de domínio e a reforma do instituto da propriedade, na modernidade, sem desprender-se de seus atributos clássicos.

Palavras-chave: Ideologia. Discurso de Classe. Jurisprudência. Propriedade.

Abstract: Based on the definition of law as “a vehicle for transferring bourgeois illusions”, formulated by Márcio B. Naves, this study investigates the dominant (bourgeois) aimed at protecting and preserving privileges, supported by a legal language in national legislation. These elements will be recognized by analyzing a case study (Case / law court), where vehicles that defines class institutes are exemplarily marked. One aspect of this discursive protection is observed in the legal language whose vocabulary is based on a framework of understanding far popular and protected by a linguistic normalization that sets up in a very

specific universe this domain, and the reform of the Institute of property, in modernity, without letting go of its classic attributes.

Keywords: Ideology. Class Speech. Jurisprudence. Property.

INTRODUÇÃO

“(…) as leis são fruto do poder arbitrário dos detentores do poder, que as editam em função de seus interesses”.

(AGUIAR, Roberto A. R.. *O que é Justiça? Uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1999, p. 31).

“Politics is a struggle for power in order to put certain political, economic and social ideas into practice. *In this process, language plays a crucial role, for every political action is prepared, accompanied, influenced and played by language*”¹.

(BAYRAM, Fatih. *Ideology and political discourse: a critical discourse analysis of Erdogan’s political speech*, 2010, p. 24).

A marca da tradição jurídica se encontra assentada no trânsito de um saber-fazer muito particular aos intitutos político-legislativos do Estado liberal.

Ao conferir a independência dos três poderes no Estado de Direito, Montesquieu, na obra *O Espírito das leis* (1748), defendia a necessária garantia do estado da liberdade em oposição ao estado déspota, coator e arbitrário, personificado na figura do rei.

A doutrina liberal tradicional vê a norma jurídica, a lei, como expressão da vontade geral institucionalizada. É ela o fundamento do Estado de Direito: ‘Governo de leis e não de homens’. A legalidade foi a superação do estágio do poder absoluto, autoritário, enfeixado nas mãos do monarca (BARROSO, 2002, p. 9)

Isso se efetivaria por meio da organização de um estado “legal”, orientado pela autonomia entre seus entes representativos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Há de se considerar, porém, que nesse mesmo elemento libertário, progressista e provente à autodeterminação das nações, destila-se o “espírito da época”, consubstanciado em um expressivo volume de conteúdos que chancelam a oportunidade revolucionária em causa do declínio do Estado nobiliário: o nascimento do estado burguês.

O ‘moderno’ Estado (no sentido burguês) surge no momento em que o grupo ou organização de classe da autoridade inclui, em suas fronteiras, uma suficientemente ampla relação mercantil. Deste modo, as trocas da cidade de Roma com seus estrangeiros, viajantes e outros exigiam o reconhecimento de capacidade jurídica civil para pessoas não pertencentes à mesma união de grupos familiares. Isto já supunha a diferenciação entre o Direito Público e Privado (PASHUKANIS, 1924).

Podemos afirmar, primeiramente, que a formação do Estado moderno conduzido por uma ordem burguesa, necessariamente, se comprometeria em assentar a distribuição de atos reguladores pautados em um corpo legal. Estes atos blindariam os sujeitos da agenda “legiferante” e centralizadora do estado. Nesse raciocínio, a independência dos Poderes orientadores da rotina estatal (atos discricionários), em prol do “cidadão” que surge, sugeriria uma necessária dispersão do poder centralizador, além da possibilidade de reagir à ofensa.

¹ “A política é uma luta pelo poder, a fim de colocar determinada ideia política, econômica e social em prática. *Neste processo, a língua desempenha um papel crucial, pois cada ação política é preparada, acompanhada, influenciada e desempenhada pela linguagem*” (Tradução livre).

Na institucionalização de uma racionalidade estatal dividida entre os três entes independentes, acima citados, ao poder judiciário caberia a “entrega” da resposta jurisprudencial reconhecendo, pela normatividade, a proteção dos direitos individuais. Ao longo do tempo, os sujeitos outrora litigantes contra os arbítrios do rei-estado, constituirão uma natureza de ordem contratual pautada na racionalidade do capital, que urge nova consubstancialização das relações de produção e das relações sociais. O jurídico, respaldado no estado de legalidade, lê a codificação da vida social a partir dos novos árbitros que respondem pelas convenções escritas de tais relações (de produção e sociais).

O jurídico, isto é, a interpretação racional do fenômeno da autoridade, se tornou possível apenas com o desenvolvimento da troca e da economia do dinheiro. Estas formas econômicas trouxeram consigo o antagonismo que adquire a natureza de algo eterno e natural e que se torna a base de todo o ensino jurídico sobre a autoridade (PASHUKANIS, 1924).

Na mesma esteira, o segundo elemento que justificaria a formação do Estado Moderno, enquanto veículo do ideário burguês, alargando as garantias civis e o Estado de Direito lei, seria o comércio e a produção industrial.

A necessidade de um *corpus iuris* que assegurasse o estado de liberdade dos sujeitos, era o marco para a instalação do novo contrato social: mão de obra livre para ser contratada.

Os novos deveres, honra e moral da burguesia infiltravam-se nos campos e faziam dos tribunais o novo local para a sua resolução (...). Era a legislação burguesa que definia novos crimes, gerando a perplexidade dos prevaricadores. Contrariando a tradição, a lei originava descrença e insegurança. A justiça burguesa opunha-se à justiça não escrita que cimentava a vida quotidiana e secular dos campos (TORRES, 2002, p. 119, 120).

Ao longo dos séculos, todo um arcabouço teórico e linguístico foi construído para sustentar esta perspectiva. Verificamos o arrefecimento desse conceito amalgamado no imaginário moral e nas práticas sociais, por exemplo, quando comportamentos são reprimidos por se deslocarem às margens do estado de legalidade. Para Saes (2001, p. 381) o próprio modelo de capital não pode ser “reproduzido” se não houver a institucionalização da “forma-sujeito de direito”:

A forma-sujeito de direito concretiza-se portanto, em sua versão elementar, em liberdades civis, sem as quais o capitalismo não pode ser implantado. Esses direitos elementares não são ilusórios; eles representam *prerogativas reais* (...). Eles adquirem porém, na sua formação estatal, uma aparência universalista e igualitária, que é ilusória, pois sob a forma da troca de equivalentes (salário *versus* trabalho) assumida pela relação entre capitalista e trabalho assalariado jaz a desigualdade fundamental entre os despossuídos (coagidos pela necessidade material a prestar sobretrabalho) e o proprietários dos meios de produção (que contam com esses recursos materiais para subjugar as vontades dos trabalhadores) (grifo do autor).

Alertamos, no entanto, que não apenas esse aspecto pode (e deve) ser depreendido da lei:

(...) a lei se torna um motivo a partir da consciência moral, que o sujeito racional toma ao contrastar sua condição com a pureza da lei. A partir daí, a lei efetiva no ânimo um sentimento de respeito que se torna o móbil subjetivo da ação e faz que a máxima possa ser elevada à universalidade (SOUZA, 2002, p. 10).

Nesse sentido, podemos auferir ao “cumprimento da lei” a aceitação da ordem prescrita (seja pelos Códigos Normativos, seja em forma de sentença), enquanto dispositivo de sujeição, mas também enquanto dispositivo que concentra uma aceitação popular epidérmica por meio da qual, “ilusoriamente”, vêem o “justo”.

1 O DISCURSO E A IDEOLOGIA JURÍDICA

“O discurso é fundamentalmente persuasivo”.
(WARAT, Luiz A. As falácias jurídicas. *Sequência*. Florianópolis: UFSC, 1985, p. 123).

Para ilustrar o que anteriormente sustentamos, uma das importantes marcas do Direito nos usos da vida secular pode ser vista na operação de simples atos constituintes de um contrato, cuja lógica gravita na união de “vontades livres” para um determinado propósito. Assim, um pai ao comprar refrigerante na cantina da escola para seu filho constrói uma relação jurídica, cujo princípio se assenta em uma relação comercial (compra-venda) entre sujeitos livres e capazes.

Donos de mercadorias em igualdade e liberdade encontrando-se no mercado são apenas iguais e livres neste relacionamento abstrato de comprador-vendedor. No mundo real, eles são ligados por muitas relações de dependência: os vendedores e os grandes mercadores, os camponeses e o proprietário de terras, o arruinado devedor e aquele que detém o crédito, o proletário e o capitalista. Estas incontáveis relações de verdadeira dependência constituem a verdadeira base da organização estatal. No entanto, para a teoria jurídica do Estado, é como se estas relações não existissem. No mais, a vida no Estado é baseada na luta entre as distintas forças políticas, i.e., entre classes, partidos e todos os agrupamentos possíveis; aqui se mascaram os verdadeiros vetores que motivam o maquinário estatal. Para a teoria jurídica estas forças motivadoras são igualmente inexistentes (PASHUKANIS, 1924).

Esta linguagem, tão particular ao Direito, pretensamente neutra e distante como acusa Pashukanis, tem um propósito e se fundamenta em uma saber-fazer que persegue o exercício da atividade jurídica em amplo aspecto: primeiramente, pela tradição teórico-científica que fornece legitimamente instrumentos especialíssimos à construção (e manutenção) do fosso existente entre os que detém e manipulam este veículo daqueles que ignoram, completamente, os atributos dessa

racionalidade. E, em uma segunda forma, o instrumento “político-ideológico” do discurso jurídico que, trazido “à luz” do esclarecimento crítico, desnuda os motivos e os sujeitos que se beneficiam com a conformação acrítica de certos comportamentos.

Ao trafegar pelo Direito, em plano científico, é preciso atentar para duas dimensões distintas: de um lado, é preciso conhecer-lhe o instrumental teórico, os princípios, os conceitos e os mecanismos de atuação. A ignorância não é boa conselheira e induz antes ao preconceito que a participação transformadora. De outra parte, é preciso perceber o papel político-ideológico do Direito, questionar a quem ele serve e que interesses promove. Sem essa percepção crítica, o conhecimento se burocratiza e se amesquinha. Nesta linha crítica, o Direito, embora procure se apresentar de forma neutra e imparcial – tornando seu aplicador, o Estado, um árbitro dos conflitos sociais – é, na verdade, um sistema de dominação. (...) No fundo, **o Direito se presta a um e outro papéis. É a positivação dos valores da ordem e da justiça, e é instrumento dos interesses da classe dominante.** (BARROSO, 2002, p. 7, grifo nosso).

Anteriormente, sustentamos que as relações estabelecidas pelos sujeitos, entre si e junto aos diferentes institutos existentes, segundo determinado tempo e espaço social, só seriam possíveis quando já estiverem contruídos canais de comunicação socialmente padronizados e orientados em torno de certas reincidências linguísticas. Tais falas privilegiadas aproximam os sujeitos e as instituições, entre si e com os demais falantes (SEVERO, 2007, p. 12).

Nos escritos de Silva (2005, p. 78) verificamos a condição de instabilidade da linguagem, “por se tratar de uma criação da cultura humana”. Esta condição denota os largos passos abertos para o trânsito de novas constituições ideológicas, segundo o percurso político-econômico e social escolhido.

Os signos constituintes na linguagem padronizam um ramo de convenções estabelecidas, a partir de disputas político-econômicas muito conflitantes, e constituem-se em uma importante particularidade: “o signo não coincide com a coisa e o conceito”, e sim, como uma ilusão, um arbítrio de determinado contexto (no espaço e tempo). Assim, “carrega não apenas o que é, mas aquilo que não é” (SILVA, 2005, p. 79).

Nesse plano complexo de interesses e elementos, observamos o objetivo jurídico que constitui os comportamentos desejados pela utilização dos atributos linguísticos (signos plenos de significados) orientado e sustentado nesse propósito. Aliança-se, nessa perspectiva, o reconhecimento da existência de um conteúdo ideológico no Direito. Esse elemento constitui-se, efetivamente, por uma disponibilidade ideológica latente na linguagem; dando-lhe um sentido a partir de um interesse.

Enfim, qual o sentido da ideologia no discurso jurídico? Segundo Edelman (1980 apud TFOUNI, MONT-SERRAT, 2010, p. 2): “el discurso jurídico es una de esas formas lingüísticas que expresan la ‘ideología’, ocultando al sujeto enunciador, pero permitiendo, por eso mismo, que subsista y se conserve em su ideología dominante”². Sobre a “qualidade” dessa ideologia, ² “o discurso jurídico é uma dessas formas lingüísticas que expressam a ‘ideologia’, ocultando o sujeito falante, porém permitindo, com esse propósito, a subsistência e manutenção da ideologia dominante”.

Bayram (2010, p. 24) compreende os elementos discursantes transitando em diferentes “frentes”: “(...) may range from very favourable to very unfavourable, and may be manifested in subjective judgments about correctness, worth and aesthetic qualities of varieties, as well as the personal qualities of their speakers”³.

Há um elemento velado e revelado nos discursos. Devemos observar, portanto, o sentido dessa afirmação. Conforme afirma Fischer (2001, p. 10 e ss.) “(a) conceituação de discurso como prática social (...) sublinha a ideia de que o discurso sempre se produziria em razão de relações de poder”. Esta perspectiva é encontrada em Foucault para quem o ato discursivo é o objetivo liame entre “palavras e coisas”: “(...) gostaria de mostrar, por meio de exemplos precisos, que, analisando os próprios discursos, vemos se desfazerem os laços aparentemente tão fortes entre as palavras e as coisas, e destacar-se um conjunto de regras, próprias da prática discursiva” (FOUCAULT, 1986, apud FISCHER, 2001, p. 3).

Em todas estas enunciações, verificamos que discursos se marcam pelo propósito de serem internalizados. Esta prática no contexto, na ordem social, é explicada pelo movimento ideológico que atravessa as práticas discursivas. Esse é o elemento a ser desnudado nos discursos porquanto orientam e/ou criam tendências (sociais, políticas, econômicas e culturais). A ideologia motiva a própria ação discursiva; dá-lhe materialidade.

O sentido representativo da ideologia, a ideologia como representação, é aquele causador do efeito de enublação, obnublante, ilusório, formador de uma consciência inerte ou desenvolvida a partir do erro, da simulação do auto-engano. Como, então, superar, ir além deste ambiente ideológico representativo, há possibilidade de um exercício para a desmistificação ideológico-representativa? Na verdade, esta formação espectral da ideologia representativa, deve ser observada na resolução do impasse da “antinomia da razão crítico-ideológica”, ou seja, a ideologia não é tudo, há um lugar do qual se possa denunciá-la e tal lugar tem que permanecer vazio, não pode se desvirtuar por uma realidade determinada, pois a partir do momento em que se cede a essa tentação se volta à ideologia (CARNIO, 2009, p. 97).

No Direito, a matéria ou ramo aplicável, é objeto da ação discursiva, portanto, a ideologia do Estado, ao qual serve, está inscrito em seus interstícios. O poder da ordem social é interpretada pelo denominado “operador” do Direito, segundo os elementos reguladores desta ordem. Assim, do advogado ao juiz, há uma interpretação sobre a norma que expressa os valores de determinado contexto societário, mas que não desarticulam em absoluto as possibilidades desta interpretação. Queremos dizer com isso que não é possível no contexto jurídico interagir com interpretações absolutamente extravagantes, permitindo, assim, a revisitação do próprio ordenamento social: “Para que uma teoria ou ensinamento consista numa ideologia é preciso que haja uma estrutura conceitual filosófica somada à representação de uma visão de mundo que tenha como base valores correspondentes” (XINGJIAN, 2011, p. 1). Parafraseando Marx, podemos afirmar que é a sociedade

³ “(t)ais atitudes variam do favorável para o muito desfavorável, e pode ser manifestada em julgamentos subjetivos sobre a correção, valor estético e qualidades estéticas ou variedades, tal como as como as qualidades pessoais de seus falantes” (tradução livre).

que faz o Direito e não o Direito que faz a sociedade⁴.

Na ordem social burguesa (a partir do séc. XVIII) instituiu-se o ideário liberal enquanto elemento principiológico, cuja racionalidade dirigiria as relações sociais e de produção.

A revolução burguesa consiste, portanto, na destruição dos mecanismos de cobrança da renda feudal — nomeadamente dos privilégios jurídico-políticos das classes feudais, traduzidos, no plano da dogmática jurídica, pela ficção de um *dominium directum* ou *eminens* sobre a terra — e, ao mesmo tempo, na instauração dos mecanismos capitalistas de apropriação da mais-valia — constituição do trabalho «livre», constituição de um mercado livre dos meios de produção (terra), da força de trabalho e dos produtos. (HESPANHA, 1980, p. 3, grifo do autor).

O Estado (portanto, seus entes) se ampararia nesse princípio e de sua “boca” (a lei) se dotariam as práticas de eficácia contratual guardadas neste ideário.

(...) a relação jurídica é representada por nós como uma relação organizada e ordenada – então equacionando o Direito com a Ordem legal – em fazendo isto, esqueceu-se que a ordem legal é, meramente, a tendência e o resultado final (e, além disto, longe de ser perfeito), mas não é, nunca, o ponto de partida e o pressuposto de uma relação jurídica (PASHUKANIS, 1924).

Amáxima da liberdade objetiva será a cautela dos direitos do indivíduo. Ao sujeito se assegura o direito de contratar, de vender, de usufruir, de se desfazer, de doar, etc.; enfim, a interpretação se alarga na possibilidade elástica do conceito e segundo a totalidade do comportamento que se quer instituir.

(...) apesar de que a atividade da organização estatal ocorrer sob a forma de ordens e decretos procedentes de pessoas individuais, a teoria jurídica presume que, em primeiro lugar, o Estado, não pessoas, dão as ordens e que tais ordens são subordinadas às normas gerais do Direito, que também são expressão da vontade deste Estado (PASHUKANIS, 1924).

Na história social moderna, o ideário do indivíduo liberal é satisfeito na figura do proprietário. A propriedade, no sentido das liberdades conquistadas desde as revoluções que sangraram a Europa no século XVII e XVIII, é o bem maior a ser protegido na racionalidade e ações do Estado Moderno, assim como será a inspiração perseguida pelas nações em suas Cartas Constitucionais. Os direitos individuais se operam em caráter pético nas constituições modernas, ou seja, expressão imprescindível e cogente (COMPARATO, 1997, p. 3).

As decisões dos diferentes tribunais, instituições públicas e privadas, além do próprio imaginário popular, ratificam a incorporação deste ideal liberal nas práticas sociais. Em todos os discursos presentes nas possíveis esferas de relações, verificamos elementos já arrefecidos e apropriados que se assentam neste princípio. O próprio ato discursivo é propriedade (enquanto

⁴ No título 4. “A essência da concepção materialista da história. Ser social e consciência social”, Marx afirma: “Não é a consciência que determina a vida, é a vida que determina a consciência”.

expressão particular do sujeito) e apropriado. Essa lógica persegue as sociedades modernas, enquanto valor e expressão naturalizada no seu cotidiano.

O Rechtsstaat (Estado de Direito) é uma miragem, entretanto, uma quimera proveitosa à burguesia já que substitui a esfacelada ideologia religiosa. O Estado de Direito oculta a dominação burguesa das massas e, por isto, a ideologia do Rechtsstaat é ainda mais útil do que os credos religiosos – ele não reflete a totalidade da realidade objetiva e, ainda assim, é desta dependente. A autoridade como ‘vontade geral’, ou como ‘autoridade do direito’ se torna realizável na sociedade burguesa a medida que esta suposta autoridade advém da economia. Desta perspectiva, mesmo o regimento da polícia aparenta como que corporificando o ideário kantiano de liberdade limitada pela liberdade de outrem (PASHUKANIS, 1924).

As instituições jurídicas, não serão diferentes. A proteção à propriedade será reiteradamente protegida, porquanto ser elemento imprescindível à manutenção da ordem burguesa e capitalista. Os tribunais sentenciam (discursam) protegendo esse princípio (ideologia), ainda que colidam com práticas consideradas aceitáveis pela tradição, pelo bom senso, pois promovem precedentes que revolucinariam a atual ordem burguesa e seus privilegiados.

A interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. Norma é a interpretação do texto normativo. O significado (isto é, a norma é o resultado da tarefa interpretativa). (...). A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial. A norma de decisão é defendida a partir das normas jurídicas. Segundo Müller a interpretação e concretização se superpõem. Hoje inexistente interpretação do direito sem concretização (GRAU, 2006, p. 66 e ss.).

Warat⁵ (2013) acusa a norma jurídica por ter um caráter unicamente prescritivo, “impedindo o uso do discurso demonstrativo”. Esta característica não permite a sensibilidade da causa humana, única e encharcada de outros determinantes. As falácias do discurso jurídico, em distribuir o direito às partes litigantes, não o permite responder necessariamente pela justiça; exatamente pelas contradições que estruturam a sociedade do capital. Gostaríamos de discutir essas ideias a partir da análise ao caso concreto, como recomenda a tradição jurídica. Uma decisão retirada em última instância de apelação ao Superior Tribunal de Justiça, reiterando a decisão do juiz de primeira instância, sobre um caso que revela um valor protegido na sociedade burguesa: a propriedade. Antes, gostaríamos de discutir esse princípio no ideário burguês.

5 Os textos sem identificação (no caso, sem a data e o n. de página) de autoria do prof. Dr. Luiz Alberto Warat, utilizados neste artigo, são retirados do blog em sua homenagem e que contém parte de sua obra, por isso não identificamos ano nem página aos comentários deste autor.

2 A PROPRIEDADE ENQUANTO PRINCÍPIO NA ORDEM BURGUESA

“A interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios; são eles que conferem coerência ao sistema”.

(GRAU, Eros R. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4 ed. São paulo: Malheiros, 2006, p. XXVII).

Por meio de leis, reportadas umas às outras para justificar o direito de propriedade das partes em litígio, a peça de sentença jurídica cria os elementos viabilizadores para a concretização daquilo que se revela um princípio, um valor, a ser protegido. Para Warat (1985) a ordem jurídica discursa persuadindo em favor de uma aprovação da instância superior”, ou seja, aquele lugar iminentemente político que sustenta a ideologia burguesa na sociedade moderna.

A marca do discurso jurídico persuasivo, necessariamente, também veicula um elemento político que retrata um “encontro de almas” seduzidas e a “aceitação” no seio da comunidade. O Direito pacifica esse discurso uma vez que, na sociedade do capital, a propriedade tem traços estruturais. Conforme sistematiza Hespanha (1980, p. 211-212, grifos do autor):

- a) **A propriedade é um direito natural**, anterior à ordem jurídica positiva, decorrente da própria natureza do homem, como ser que necessita de se projectar exteriormente nas coisas para se realizar; esta fundamentação antropológica da propriedade tem (...) sua origem na escolástica franciscana e remata-se na teoria kantiana do direito. Alguns autores vão mesmo ao ponto de colocar a propriedade como origem do direito; direito cujo objectivo não seria outro que a distinção entre «o meu e o teu». E, na verdade, o pórtico de algumas das mais características exposições do direito civil de então é constituído pela enunciação de umas quantas «regras de trânsito» gerais dos direitos (dos «meus» e dos «teus») dos indivíduos, pois nisto se realizaria a função — não constitutiva, apenas combinatória — do direito positivo.
- b) **A propriedade é um direito absoluto**, no sentido (...) de que não está sujeito a limites externos, pelo que o seu exercício não depende de condicionamentos ou autorizações externas. No momento em que foi introduzida no *Code Civil*) esta referência ao carácter absoluto da propriedade representava uma consagração da abolição dos ónus feudais sobre a terra pela legislação revolucionária; mas, em seguida, ela pôde também justificar a antipatia da época por todas as formas de limitação ou condicionamento da propriedade, quer de natureza privada (v. g., formas de comunhão e de indivisão, vínculos, autorizações para a alienação, servidões, direitos de preferência, laudêmios), quer de natureza pública (...). Propriedade absoluta é, assim, a propriedade não partilhada, aquela que não reconhece qualquer *dominium eminens* ou *directum* exterior; é a propriedade franca, obediente à regra da «liberdade natural da propriedade».
- c) **A propriedade é um direito pleno**, ou seja, contém em si todas as faculdades de acção que o seu titular pode desenvolver em relação ao bem objecto de propriedade, incluindo a sua destruição económica (consumo e alienação) ou física. Isto significa, em primeiro lugar, que o direito de propriedade não é economicamente funcional, estando disponível para exercícios antieconómicos (v. g., o não cultivo de uma terra); em segundo lugar, que é socialmente desvinculado, sendo passível de exercícios não apenas a-sociais, mas mesmo anti-sociais, pelo menos enquanto não caísse nos limites da teoria geral do abuso de direito.
- d) **A propriedade é um direito tendencialmente perpétuo**, daí decorrendo a

tendência para o desfavor das formas temporalmente limitadas de domínio (fideicomissos, enfiteuses em vidas, cláusulas de retroacção) e a promoção da propriedade perpétua.

- e) **A propriedade é (...) um direito essencialmente privado**, não devendo, portanto, coenvolver direitos de carácter público, como aconteceu na constituição fundiária e política do antigo regime (que competiam) à *jurisdictio*, e não ao *dominium*, enquanto faculdades dos proprietários - são abusivos e devem ser abolidos, como de facto o foram sendo pelas revoluções burguesas. A privatização do direito de propriedade significa ainda que através desta se dá satisfação exclusivamente a interesses estritamente privados, no sentido já anteriormente referido (*supra*, c).

Segundo Hespanha (1980, p. 221) o conceito de propriedade agrega em si o exemplo mais pleno e celebrado dos princípios iluministas, perseguidos pela burguesia desde o século XVI. Aliançado no conceito de “individualismo moderno”, a elaboração do conceito de propriedade será, significativamente, o divisor paradigmático entre a ordem feudal e a ordem moderna. Sua maior ilustração está na dissolução do normativismo vigilante a uma ordem do “absoluto”, exterior ao sujeito. Nesta ordem burguesa:

Na raiz da construção dogmática da propriedade está a definição do homem como ser livre e senhor dos seus actos (...) que necessita (...) se projectar no mundo externo das coisas para realizar essa liberdade e cumprir o seu destino cósmico. (...). Assim, **o domínio sobre as coisas** (propriedade) **aparece como um prolongamento do domínio sobre os seus próprios actos (liberdade)**; a propriedade **torna-se um instrumento indispensável da liberdade** e esta o fundamento daquela. (...). A **propriedade** não pode deixar de ser **algo de absoluto e pleno**; absoluto, **porque radicada nos próprios dados antropológicos**; pleno, **porque corresponde ao carácter indeterminado da liberdade humana**. Abandonando a ideia medieval (...), a **concepção moderna vai definir o dominium** na perspectiva do sujeito, isto é, **como tudo aquilo que um qualquer sujeito pode fazer em relação a qualquer coisa**, (...). Ele é o modelo natural da relação dos homens com os objectos; (...). **Como modelo «natural»**, a propriedade plena é **o estado para que (...) todas as outras formas de relação com as coisas representam compreensões provisórias do direito de propriedade**, findas as quais ele retoma a sua plenitude natural («elasticidade» do direito da propriedade) (HESPANHA, 1980, p. 221-222, grifos nossos).

A doutrina pátria (brasileira) encontra no instituto “propriedade” os antagonismos de duas perspectivas em conflito na sociedade: as teses liberais e sociais. O conceito moderno do princípio da individualidade e a liberdade de se tornar proprietário (no sentido de posses privadas), colide com os direitos de “igualdade”.

Apesar do primado da liberdade individual no discurso oitocentista sobre os direitos, intimamente ligada à protecção da propriedade (desigual) desses indivíduos, a igualdade (dos estatutos jurídicos, dos direitos políticos e até uma maior igualização das condições materiais) foi também um princípio orientador desse discurso. A sua concretização envolvia, porém, um processo prévio de

igualização ‘real’, o acesso equitativo de todos à propriedade, à ‘racionalidade’ e à ‘independência’ pessoal (...) (SILVA, 2009, p. 534).

Para não enfrentar a pauta e os elementos que suscita, o Direito moderno se instrumentaliza na formalidade e na materialidade. O Direito Formal é a forma para a aplicabilidade efetiva da ordem legal na rotina dos sujeitos. O Direito Material será o reconhecimento objetivo do direito dos sujeitos, desde que amparados pela lei. Assim, enquanto o aspecto material da lei opera no reconhecimento do Direito para as partes ou para os sujeitos em amplo aspecto, o aspecto formal orienta os movimentos para alcançar este direito diante das instituições judiciais, efetivamente no cotidiano. Não adianta apenas reconhecer um direito, deve-se seguir os procedimentos para conquistá-lo. Normas regulamentadoras também são exemplo desta formalidade.

Os sujeitos para reconhecerem seu direito (neste caso, de propriedade) devem vislumbrá-lo na lei, mas não só isso: devem observar quais os procedimentos tornam efetivo esse direito. Em uma sociedade dividida em classes e com interesses amplamente antagônicos, esse aspecto, por si, denuncia tais diferenças. Somente a lei determina o que se entende e o que pode ser “propriedade”, assim como quem se torna proprietário. A marca de uma sociedade dirigida pelo modelo de capital e numa ordem burguesa será reconhecida também pelos que podem ser proprietários dos demais que não tem posses. Sobre essa questão, Matias e Rocha (2006, p. 11) assertam importantes questões desse instituto (propriedade): 1) a propriedade é um conceito construído histórica e socialmente, portanto não é pode ser considerado como um direito natural - como postulava Locke desde o séc. XVII -; 2) A evolução do conceito de propriedade significou a revisão das dimensões de seu usufruto por desições vinculadas à natureza da economia capitalista, ou seja, cria-se uma “condicionalidade” ou restrições ao direito que as ciências econômicas postulam à sociedade do capital: “a eficiência e a alocação de recursos”.

Tal busca pelos fundamentos e pela dinâmica da propriedade na economia são preocupações centrais dos economistas, pois a própria teoria econômica moderna tem como fundamento a noção de propriedade privada. Sem essa noção caem por terra conceitos como mercado, compra, venda, contratos, dentre outros. (...) sob um prisma econômico, no estado da natureza, mesmo a simples posse não está livre de custos. (...). No estado de natureza, onde não existe a noção de direitos de propriedade, a abundância dos recursos é que torna os custos (...) praticamente nulos. (...). Esse é o primeiro argumento para que se criasse um consenso sobre (...) um direito com feições de propriedade (que) serviria para aperfeiçoar as relações e dotar os agentes econômicos de uma maior segurança e certeza sobre a fruição do trabalho realizado (MATIAS; ROCHA, 2006, p. 11-13).

Os autores nos permitem entender o movimento em prol de um ideário referente à “função social da propriedade” muito mais vinculado às questões que discutem o esgotamento técnico de um princípio pela empiria econômica, do que por uma luta social com ganhos⁶.

6 Não queremos com esse comentário simplesmente diminuir as conquistas atribuídas à inconformidade popular e luta social, em prol do que se entende por Bem-Comum. Mas queremos tecer a crítica sobre a natureza dessas conquistas e verificar os agentes que se beneficiam nesses espaços.

Um outro importante aspecto é digesto por essa assertiva: devemos reter que os meios de produção são indelevelmente um dos exercícios mais preponderantes para a efetivação da lógica proprietária, que persegue o discurso jurídico desde idos do século XVI (HESPANHA, 1980, p. 221).

2 O “CASO CONCRETO”

“A decisão judicial é uma peça persuasiva, que persegue a aprovação da instância superior, da doutrina, da política e da comunidade e a satisfação das exigências valorativas do direito, de suas pautas axiológicas, que só relativamente podem ser alcançadas. A relatividade dos direitos é o que determina e impõe o caráter persuasivo do discurso jurídico”.
(WARAT, Luiz A. As falácias jurídicas. Sequência. Florianópolis: UFSC, 1985, p. 123-128).

O acórdão (sentença proferida em instâncias superiores ao tribunal original) se refere ao caso apresentado por uma senhora que questiona a propriedade da casa onde morava com o falecido marido, pelos herdeiros.

Lembramos que a análise se pautará na discussão dos valores burgueses que prescindem sobre qualquer outra possibilidade de acordo, principalmente quando são decisões de instâncias superiores. Da mesma forma, podemos antecipar, mesmo com temor, a existência de uma identificação pessoal do leitor com a sentença que descreve o que é “justo” ou “direito” em conformidade à legislação (já descrita em favor de um ideário burguês) e, em favor da decisão, reiterar as bases do princípio de propriedade. É o momento de analisarmos o quanto os discursos são regidos pelos valores burgueses instalados no imaginário, nas crenças e aspirações; enfim, nas decisões privadas.

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.273.222 - SP (2011/0132921-5)
 RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
 RECORRENTE: FULANA DE TAL
 ADVOGADO: FULANO DE TAL
 RECORRIDO: SICRANO DE TAL
 ADVOGADO: SICRANO DE TAL
 EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ACLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO.

1. A análise de suposta violação a dispositivos e princípios da Lei Maior é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal.
2. A revisão, em sede de recurso especial, do julgamento realizado pelo Tribunal de origem, com base no complexo fático-probatório, encontra óbice no teor da Súmula 7 desta Corte Superior.
3. Conforme a jurisprudência desta Corte, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza e que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido no momento da abertura da sucessão.
4. Peculiaridade do caso, pois o cônjuge falecido já não era mais proprietário do imóvel residencial, mas mero usufrutuário, tendo sido extinto o usufruto pela sua morte.
5. Figurando a viúva sobrevivente como mera comodatária, correta a decisão concessiva da reintegração de posse em favor dos herdeiros do falecido.
6. Os embargos de declaração que objetivam prequestionar as matérias a serem submetidas às instâncias extraordinárias não se revestem de caráter procrastinatório, devendo ser afastada a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (súmula 98/STJ).
7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA AFASTAR A MULTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília (DF), 18 de junho de 2013 (Data do Julgamento)
 Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
 Relator”

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
 (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por FULANA DE TAL com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que restou assim ementado (fl. 412):

POSSESSÓRIA - Reintegração de posse Suspensão do processo - Inadmissibilidade - Concessão de efeito suspensivo a recurso especial tirado contra acórdão que manteve decisão interlocutória que se restringe a esta decisão - Desnecessidade, ademais, de reunião desta ação com outra dita anulatória por falta de previsão legal - Inexistência de conexão ou continência. POSSESSÓRIA - Reintegração de posse - Imóvel doado aos filhos com reserva de usufruto pelo pai - Casamento posterior do pai seguido de falecimento deste que não geram direito de habitação ao cônjuge sobrevivente - Ocupação do imóvel que se dá a título de comodato - Rescindido

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2013)

3 ANÁLISE PRELIMINAR

O primeiro elemento disposto, no presente caso, será a linguagem jurídica. Segundo

Martins e Moreno (2006, p. 72) o “juridiquês” é uma espécie de política, porquanto responde apenas à um universo de restritos manipulantes. Nesses sujeitos se arrefece o reconhecimento e a discricionariedade de operá-la (linguagem jurídica).

O emprego de palavras difíceis e rebuscadas (...) serve apenas para obscurecer ainda mais o texto, dificultando o entendimento (...). O que combatemos é o juridiquês, o uso de um vocábulo exótico ou arcaizante que constitui a verdadeira praga que assola a linguagem jurídica de hoje (idem).

Warat (1985) desconcertou durante anos o universo jurídico ao denunciar as “falácias jurídicas” e o jogo de “persuasão” que envolve a prática do Direito. Para este autor, o sistema jurídico se apresenta desta forma, pois opera em sintonia com o sistema econômico-político vigente. Na falácia do discurso jurídico, a característica preponderante será o velado, ainda que se sustente em um estado de “legalidade”. Desta forma, este princípio se constitui em falácia (jurídica), pois “(...) obstaculariza a tendência natural de todo trabalho humano de estender a esfera de sua ação” (idem), ou seja, a interpretação se alarga conforme os sujeitos que reiteram, negando a criação de outras mediações combinatórias/acordos para a solução de conflitos e em diferentes instâncias. A relevância da interpretação desse autor está no fato de julgar que as decisões jurídicas se tornam (presumidamente) compreensíveis apenas ao seletivo corpo jurídico a compreensão do ato socialmente repreensível. Ao submeter o litígio aos tribunais, a senhora questionadora demandou seu processo, enquanto recurso, em outras instâncias visando a alteração da decisão, ou seja, nova interpretação da lei. Esse fato denota que a interpretação da norma legal não é pacífica no meio jurídico. Há possibilidade de “reformas” nas sentenças e acórdãos. Essa perspectiva, por si, poderia “ofender” todo o feixe protetivo aos direitos burgueses, por reinterpretações que tornassem alargadamente “sociais” o instituto da propriedade.

Os liberais de plantão podem seguir tranquilos, pois esse modelo se articula em diferentes frentes tornando inócuas as interpretações desfavoráveis aos princípios, um vez que tornam a ordem do Capital, Liberalismo e do Estado de Direito em entes com suficiente sobrefôlego para ultrapassar crises.

Uma das interpretações que reiterativamente figura como discurso preponderantemente contraposto aos ideais liberais é o princípio da igualdade. Dworkin (apud DALL’AGNOL, 2005, p. 57) não atribui a este princípio uma completa oposição ao liberalismo, quando sustenta que “(...) a igualdade (é) o motor do liberalismo. (...) no fundo, tanto direitos individuais quanto o bem estar social estão fundados na igualdade”⁷. Com isso o autor verifica que não há suficiente contradição na justaposição desses princípios, a ponto de colidirem. Ou seja, se esperamos que pela igualdade possamos nos contrapor ao princípio de liberdade do indivíduo, em Dworkin somos desafiados a verificar a subsunção de um princípio em outro, ou seja, não haverá conflitos nem a exigência de

⁷ Conforme Dall’Agnol (2005, p. 60) Dworkin “não nega que os indivíduos têm direitos a certas liberdade, por exemplo, o direito à tomada de decisões pessoais em questões morais. Todavia esses direitos são *derivados*”. O pensamento de Dworkin, no entanto, continua apregoando os valores liberais, porquanto concebe os direitos como “trunfos políticos possuídos por indivíduos. Disso também se segue que esses fins coletivos não podem servir de justificativas para impor algum tipo de dano ou prejuízo aos indivíduos” (DALL’AGNOL, 2005, p. 63).

sopesamentos entre tais direitos uma vez que os conflitos, entre ambos, são apenas “aparentes e de superfície”. Para o jurista, a igualdade, em sua natureza conceitual significa “procurar o bem estar geral” concebendo, desta forma, “cada pessoa uma e não mais do que uma” (DALL’AGNOL, 2005, p. 59).

Nessa perspectiva, a senhora do caso apresentado para análise se frustra em sua caminhada recursal, pois os bens protegidos legalmente se constituem em interpretações sempre favoráveis à ordem imperante, uma vez que a decisão não fere a proteção do bem comum e mantém a lógica de perpetuidade, plenitude e o não partilhamento tão característicos ao esse instituto.

Entendemos, no entanto, que não é simples “ler” essa questão na decisões jurisprudenciais. Há um elemento “escondido” na sentença/decisão jurídica, que ampara a racionalidade burguesa. Na verdade este “amparo” é a própria manutenção da ordem principiológica em sustenta o estado burguês. E, como apontamos anteriormente, lutamos contra uma ideologia burguesa também instalada em nosso imaginário de aceitação, a ponto de não pensarmos (ou aceitarmos sem ampla desconfiança) outras possibilidades de arranjos ou decisões entre os sujeitos. Como afirma Warat, encolhemos a “mão” do trabalho que demandaria, negando, assim, aquela nossa condição tão humana.

Outro aspecto para análise será o discurso jurídico articulando a tensão da decisão em um “jogo aparente entre o real e o irreal” (BORGES, 2013). Haveria uma ambiguidade entre a norma legal e o mundo da vida? A ideologia burguesa se disseminou amplamente entre as esferas institucionais exatamente para reduzir o conflito, as contradições (enfim, a dialética) entre os interesses existentes na sociedade de classes, pela coesão quanto pela repressão (ALTHUSSER, 1985). Nesse sentido, o que vemos e sobre o que decidimos no mundo da vida pode se figurar em “ilusões” que não se voltam em nosso favor, mas em favor da manutenção da ordem liberal instituída (NAVES, 2001). Há uma grave dificuldade em encontrar na lei argumentos que desarticulem a natureza burguesa da racionalidade capitalista.

A cadeia de soluções/arranjos sustentada em decisões que se reconheçam contrárias aos princípios ventilados desde o séc. XVIII, com a Revolução Francesa, sofrerão suspeitas e fragilidades, pois vivemos num mundo que se orienta por uma ordem que concebe o “justo” a partir de uma racionalidade jurídica - aquiescida nos elementos velados que protegem os princípios liberais - e distribuída em meio a burocracia de Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste artigo podemos considerar no discurso jurídico o volume significativo da ideologia de Estado. A construção linguística, no âmbito da tradição jurídica postula os interesses marcadamente liberais, que devem ser defendidos, e nela pauta as normativas que organizam, reafirmam, culpabilizam e sentenciam os comportamentos sociais.

Dentre as construções linguísticas do ente jurídico - a concentração determinante à

materialização da perspectiva ideológica de Estado - temos a idealização das normas e leis que regem a vida social. A constituição do Estado de legalidade foi uma prerrogativa das revoluções liberais para disseminar seu ideário, acentuadamente, e perpetuar-se nas seguidas gerações. Nesse diapasão, encontramos pontualmente os princípios que sustentarão a nova ordem social burguesa regidos pelo estado de legalidade. Dentre eles a *propriedade* será o mais pulsante. As características da propriedade passam da lógica medieval para a modernidade agregando valores antes dispostos apenas a uma aristocracia falida. A tradição liberal cuidará desse princípio enquanto estatuto para a própria noção da liberdade propalada dentre os ideias revolucionários do séc. XVIII.

Para exemplificarmos nossas afirmativas, verificamos como os tribunais julgam os conflitos de propriedade na atualidade, a partir de um estudo de caso. Dentre as análises possíveis, postuamos a existência de uma saga jurídica em defesa deste instituto. Constatamos uma maximização de cuidado a propriedade e ao direito do proprietário em detrimento de outros valores que, ao homem médio, possivelmente se resolveria por meio de rearranjos sociais amparados em outras perspectivas, como a solidariedade ou comunitarismo, mais voltados aos processos de desprendimentos e desapegos; tão caros ao “egoísmo” apregoado pelo modelo liberal. Da mesma forma, verificamos nos discursos pretensamente contrahegemônicos, como o princípio da igualdade, o arrefecimento de ajustes que deslocam a crítica ao instituto da propriedade apenas em uma análise reformista do princípio.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- BARROSO, Luís Roberto. Direito e Paixão. **Mundo Jurídico**. Jul. 2002. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin Acesso em: 23 jan. 2014.
- BAYRAN, Fatih. Ideology and political discourse: a critical discourse analysis of Erdogan’s political speech. **ARECLS**, 2010, v.7, p. 23-40. Disponível em: https://research.ncl.ac.uk/media/sites/researchwebsites/arecls/bayram_vol7.pdf. Acesso em: 23 jan. 2014.
- BORGES, Maria Isabel. **Orientações do módulo “Linguagem e seus usos”** – Curso de Letras. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial Nº 1.273.222 - SP (2011/0132921-5)**. Recurso Especial. Direito Civil. Ação de Reintegração de Posse. Violação de Dispositivo Constitucional. Inviabilidade. Usurpação de Competência do Supremo Tribunal Federal. Revisão do Julgamento. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Direito Real De Habitação. Cônjuge Sobrevivente. Aclaratórios. Prequestionamento. Ausência De Caráter Protelatório. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=jurisprud%EAnCIA%20patrim%F4nio>. Acesso em: 26 jun. 2013.

CARNIO, Henrique G. Direito e ideologia: o direito como fenômeno ideológico. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, 2009, p. 95-107. Disponível em: http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/05_2009_2_nov_fev_95_107pp.pdf. Acesso em: 2 jul. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CJF**, Brasília, v.1, n. 3, dez. 1997, p. 92-99. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>. Acesso em: 21 jun. 2013.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 111, Jun/2005, p. 55-69. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/WPBMTZPGbXqJXR3YtwMJ77s/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 22 de jun. 2013.

FISCHER, Rosa M. B. Foucault e a análise do discurso em educação. **Cadernos de Pesquisa**, n. 114, p. 197-223, nov. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n114/a09n114.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2013.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal, p. 211-236. **Análise Social**, Lisboa, v. 16, n. 61/62, p. 211-236, 1980. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223994832M4bNF2ip1Lh21XM6.pdf>. Acesso em 27 junho 2013.

MARTINS, Túlio; MORENO, Cláudio. **Português para convencer: comunicação e persuasão em direito**. São Paulo: Ática, 2006.

MATIAS, João Luís N.; ROCHA, Afonso de Paula P. Repensando o direito de propriedade. 2006. **CONPEDI**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf. Acesso em 02 jul 2013.

NAVES, Márcio B. A “ilusão da jurisprudência”. **Lutas Sociais**, n, 7, p. 67-72, 2001. Disponível em: http://www.pucsp.br/neils/downloads/v7_artigo_marcio_naves. Acesso em 16 jun. 2013.

PASHUKANIS, Evgenys. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1924. Disponível em: <http://marxists.org/portugues/pashukanis/1924/teoria/cap05.htm>. Acesso em 21 junho 2013.

SAES, Décio A. M. de. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. **Estudos Avançados**. 2001, v. 15, n. 42, p. 379-410. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/4tXzWL8S6w3q59BHL4Pc99h/?lang=pt#ModalArticles>. Acesso em 16 de jun. 2013.

SEVERO, Cristiane G. Por uma perspectiva social dialógica da linguagem: repensando a noção de indivíduo. **Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Linguística**. Florianópolis, 2007. 255 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/89758/241708.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 jul. 2013.

SILVA, Cristina N. da. Conceitos oitocentistas de cidadania: liberalismo e igualdade

Análise Social, Lisboa, v. 44, n. 192, p. 533-563, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/aso/n192/n192a04.pdf>. Acesso em 02 jul. 2013.

SILVA, Tomaz T. da. A produção social da identidade e da diferença. IN: SILVA, Tomaz T. da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (orgs.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

SOUZA, Hélio J. S. **O problema da motivação moral em Kant**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 141 p. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 27 de jun. de 2013.

TORRES, Eduardo Cintra. Da insolência à obediência: alteração nas atitudes dos despossuídos (1900-1945). **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 38, 2002, p 117-136. Disponível em: http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?pid=S0873-65292002000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 30 jun 2013.

TFOUNI, Leda Verdiani; MONTE-SERRAT, Dionéia Motta. Letramento e discurso jurídico. **Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Diálogos Interamericanos**, n. 40, p. 97-116, 2010.

XINGJIAN, Gao. Ideologia e literatura. **Jornal Estado de São Paulo**. São Paulo, 6 ago. 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ideologia-e-literatura,754863,0.htm>. Acesso em 02 jul 2013.

WARAT, Luiz Alberto. **Casa Warat São Paulo**. Disponível em <http://casawarat.sp.blogspot.com.br/p/textos.html>. Acesso em 26 jun 2013.

WARAT, Luiz Alberto. As falácias jurídicas. **Sequência**, estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 6, n. 10, p. 123-130, 1985. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1546/showToc>. Acesso em: 26 jun 2013.

Como citar: PLATT, Adreana Dulcina; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FERNANDES, Frederico Augusto Garcia. A ideologia no discurso jurídico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p.10-28, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 17/12/2018

Aprovado em 15/10/202

**PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DO CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: O
SUPREMO TRIBUNAL COMO LEGISLADOR
NEGATIVO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

FOR A NEW CONCEPTION OF DIFFUSED
CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE SUPREME
COURT AS A NEGATIVE LEGISLATOR AND THE
LIMITS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Jeferson Dytz Marin*

Como citar: MARIN, Jeferson Dytz. Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 29-42, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p29. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo tem como foco central a tensão entre o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em casos de controle de constitucionalidade difuso e os limites da jurisdição no uso da mutação constitucional. Por meio de revisão bibliográfica e de análise de decisões da Corte Constitucional, foi possível chegar a duas conclusões fundamentais que dizem respeito, primeiro, a um novo formato de controle de constitucionalidade difuso, e por segundo, o ativismo judicial decorrente da extrapolação dos limites da jurisdição constitucional pela técnica da mutação constitucional.

Palavras-Chave: controle de constitucionalidade, controle difuso, Supremo Tribunal Federal, Legislador Negativo, Jurisdição Constitucional.

Abstract: This paper focuses on the tension between the role of the Federal Supreme Court as a negative legislator in cases of diffuse constitutionality control and the limits of jurisdiction in the use of constitutional change. With bibliographic review and analysis of decisions of Brazil's Supreme Court, this paper reached two fundamental conclusions that concern, first, a new format for controlling diffuse constitutionality, and second, the judicial activism resulting from the extrapolation of the limits of the constitutional jurisdiction with the technique of constitutional change.

Keywords: constitutionality control, difused control, Brazilian Supreme Court, Negative Legislator, Constitutional Jurisdiction.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (RS).
E-mail: jdmarin@ucs.br

INTRODUÇÃO

Lê-se nas antigas páginas da *Teoria pura do direito* que o ordenamento jurídico é constituído por normas, que estão estruturadas a partir de uma estrutura escalonada (*Stufenbau*) pré-estabelecida, como que sob a forma de uma pirâmide (KELSEN, 2009). As normas que estão na base da pirâmide possuem a qualidade da concretude e da especificidade, enquanto as normas que estão no topo da pirâmide têm a qualidade de serem genéricas e abstratas. As normas concretas, como as sentenças e atos administrativos derivam sua validade, i.e., sua força obrigatória, a partir das normas superiores que estão acima na hierarquia da pirâmide, dado que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.” (KELSEN, 2009, p. 215). As normas superiores derivam sua validade de normas ainda mais superiores, até o momento que se atinge o mais alto grau de abstração e generalidade, a própria Constituição do Estado.

Evidentemente, a questão que se põe é de onde emana a validade da própria Constituição, e a resposta de Kelsen constitui um divisor de águas no campo da filosofia jurídica, a ponto de que as obras posteriores a Kelsen serem consideradas pós-kelsenianas. A grande lição de Kelsen, na *Teoria pura do direito*, é afirma que a validade recursiva das normas chega ao último degrau na norma hipotética fundamental (*Grundnorm*). Uma norma eminentemente pensada, pressuposta pela ciência do direito, fora da esfera do direito positivo, de validade objetiva e fundamentada na própria esfera da razão transcendental, ou seja, a norma fundamental é tal como uma hipótese lógico-transcendental, condição pela qual o material empírico pode ser pensado (KELSEN, 2009, p. 221).

Essa pequena recordação da herança kelseniana nos ajuda a começar a pensar o papel da Constituição para o ordenamento jurídico, e, além disso, nos ajuda a pensar o próprio *modus operandi* do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais Constitucionais. A questão é simples, pressupondo a pirâmide normativa de hierarquia de normas, a validade de uma norma deriva de uma outra norma superior. Para tanto, uma norma inferior que esteja em desacordo com a norma superior (formalmente ou materialmente) deve ser expurgada do sistema. Esse é o princípio básico do controle de constitucionalidade que será analisado no decorrer do artigo.

A problemática que se apresenta gira em torno da decisão proferida na Reclamação 4335-5/AC, a respeito da nova perspectiva do controle difuso de constitucionalidade bem como da técnica de decisão utilizada na decisão, qual seja, a mutação constitucional e os limites da jurisdição constitucional. Portanto, o objetivo do artigo é uma análise em dois níveis, por primeiro será analisado o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo nos casos de controle de constitucionalidade, tendo em vista a nova perspectiva do controle difuso a partir da Reclamação 4335-5/AC, e por segundo, será analisada a técnica de decisão utilizada na referida reclamação, frente aos limites da jurisdição constitucional. Por outro lado, o que se apresenta sub-repticiamente nas entrelinhas do artigo é a própria tensão existente entre a própria técnica de mutação constitucional e os limites da jurisdição.

Nesse sentido, ao utilizar do método analítico, o artigo está dividido em três partes, a

primeira aborda a própria função da Corte Constitucional como legisladora negativa, em oposição ao legislador positivo, o próprio Parlamento, e o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento brasileiro. No segundo momento é analisada a mutação constitucional como técnica de decisão, a partir de suas perspectivas históricas e suas funções. As duas primeiras partes do artigo buscam estabelecer as bases teóricas para que, na terceira parte, seja analisada propriamente a decisão proferida na Reclamação 4335-5/AC. Assim, é estabelecida uma análise a respeito do conteúdo da decisão e da própria técnica de mutação constitucional, frente, respectivamente, à nova perspectiva do controle difuso de constitucionalidade e dos próprios limites da jurisdição constitucional.

1 O PAPEL DO STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Relembrando novamente o pensamento kelseniano, é em sua obra *Jurisdição constitucional* que, ao contrapor os argumentos de Carl Schmitt, desenvolve sua teoria da jurisdição constitucional em que uma Corte Constituição seria destinada à proteção da Constituição. Kelsen (2007, p. 238) irá afirmar que a busca por garantias da Constituição, i.e.:

por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito

Em outras palavras, é a busca pela máxima legalidade da função do Estado. Assim, para Kelsen, o guardião da Constituição deveria ser um órgão diferente do “governo”. Isso deriva do fato de que, como a função da Constituição é regular juridicamente o poder político, não caberia a um órgão do próprio governo que exerce esse mesmo poder política, deter também a função de guardião da Constituição (KELSEN, 2007, p. 240).

Nesse sentido, Kelsen (2007, p. 119-210) postula que a guarda da Constituição¹ seja destinada a uma Corte Constitucional, que exerça sua jurisdição nos limites do texto constitucional. A função de uma Corte Constitucional delineada por Kelsen, incumbida de exercer a guarda da Constituição por meio do controle de constitucionalidade está presente na Constituição brasileira. No artigo 102, da Constituição se lê “que Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, exercendo sua função de “legislador negativo” nos casos de controle de constitucionalidade, como destaca o Ministro Moreira Alves quando afirma que “ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo.”² Nesse sentido, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo

¹ Kelsen entra em polêmica do o jurista Carl Schmitt, em que o segundo acusa o primeiro de com a criação de uma Corte Constitucional, se estaria “politizando a justiça”, o que desembocaria em uma “aristocracia de toga” (SCHMITT, 2007, p. 33 e ss).

² Representação n. 1451-7, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 09.12.1987, DJ 15.04.1988.

Tribunal Federal atua em sentido supressivo, “no sentido de competir ao Judiciário apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais.” (BRANDÃO, 2014, p. 190).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal está limitado por sua função jurisdicional “negativa”, pois qualquer forma de criar ou de adicionar um conteúdo novo aos dispositivos constitucionais configuraria um confronto entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, onde o Supremo atuaria como legislador positivo. Conforme o Ministro Celso de Mello afirma que a ação direta de inconstitucionalidade “não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.”³ No mesmo sentido estão as decisões do Ministro Ricardo Lewandowski na decisão do Recurso Extraordinário n. 231924, em que afirma que “jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscriar.”⁴ Na mesma direção está Dias Toffoli que entende pela “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardando a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade.”⁵

A ideia de um legislador negativo, portanto, de um guardião da Constituição está muito vinculada à figura de Kelsen (DIAS, 2010, p. 91-116), e o controle de constitucionalidade igualmente pode ser pensado apenas partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é escalonado, em que as normas extraem sua validade umas das outras a partir de uma hierarquia que se esgota na Constituição. Nesse sentido, todas as leis, decretos, atos normativos, enfim, normas jurídicas em geral estão subordinadas formalmente e materialmente à Constituição. No Brasil a primeira Constituição que consagrou um sistema de controle de constitucionalidade foi a de 1891, chegando até a Constituição de 1988 nos arts. 192, I, *a*, e III, *a*, *b*, e *c*, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º). No Brasil como é de conhecimento, o sistema de controle adotado é o sistema misto, i.e., adota-se o controle difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade é um dos principais mecanismos que, provavelmente o mais importante, atuam para garantir a unidade e a coerência dos sistemas jurídicos. Seu principal objetivo é de verificar leis ou atos normativos formal ou materialmente incompatíveis com a Constituição Federal. Na hipótese de haver desconformidade com a Constituição e com a lei ou ato normativo infraconstitucional se inicia uma série de medidas e procedimentos para expurgar a lei ou ato inconstitucional e reestabelecer a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade busca identificar a lei ou ato inconstitucional, retirar sua validade e paralisar sua eficácia. Esse mecanismo é deveras importante para os sistemas em que se adota a supremacia e a rigidez⁶ da Constituição (FERRARI, 2011, p. 812 e ss), no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, pois comporta dois modos de controle, o difuso por meio incidental e o concentrado, por via direta ao Supremo Tribunal

3 ADI: 1063 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 18.06.2001, Data de Publicação: DJ 08.08.2001. 4 RE 231924, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Ac. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 21.06.2011.

5 AI: 737185 SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 27.11.2012, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-248 divulgação 18.12.2012, publicação 19.12.2012.

6 O princípio da rigidez foi consagrado com a obra de Bryce (1988, p. 14 e ss).

Federal.

O controle difuso de constitucionalidade⁷ no sistema brasileiro recebeu influências do constitucionalismo norte-americano⁸ muito em virtude de Rui Barbosa (1893), contudo, a despeito de seu percurso histórico e peculiaridades procedimentais, os efeitos da decisão constituem o assunto candente para esse trabalho. Destarte, é possível afirmar que, os efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade são limitados entre as partes do processo (*inter partes*), o destaque diz respeito ao fato de que, uma vez que o pedido de declaração de normas inconstitucional constitui pedido incidental, não é considerado o próprio pedido, desse modo, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo fica fora dos limites da coisa julgada, e conforme Barroso (2014, p. 151) “não há falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional”. Silva corrobora o entendimento de Barroso, ao afirmar que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não incorpora o dispositivo da decisão, portanto, qualquer juiz ou tribunal poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, “enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.” (SILVA, 2014, p. 56).

Quanto aos aspectos temporais, o direito brasileiro reconhece que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo restringe-se à esfera da nulidade, portanto, possui efeitos temporais retroativos (*ex tunc*). Desse modo, a sentença, que é declaratória, “fulmina a relação jurídica fundada em lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade”. (SILVA, 2014, p. 56). O Senado Federal não anula nem mesmo revoga a lei, mas, conforme o artigo 52, X da Constituição, retira seus efeitos.⁹ Para Silva (2014, 56), Streck (2004, p. 479 e ss), Cavalcanti (1966, p. 164) e Mello (1980, p. 211) essa manifestação do Senado tem efeitos prospectivos mas retroativos para Barroso (2014, p. 157).

A despeito dos efeitos da sentença no controle de constitucionalidade concentrado, o artigo 102, § 2º da Constituição, com redação da EC-45/2004, acolheu a tese de que os efeitos terão eficácia *erga omnes* e vinculantes, em relação à Administração Pública direta e indireta, e ao Poder Judiciário (FERRARI, 1999, p. 181 e ss). Assim, a sentença declaratória busca desfazer os efeitos normativos do ato ou lei, fazendo coisa julgada material. Ressalta-se que o efeito retroativo da sentença, que atinge imediatamente a lei ou ato e retira sua aplicabilidade. Como se pode notar, a diferença básica entre os efeitos das duas sentenças que julgam em controle difuso e concentrado

7 Conforme Miranda (1991, p. 310-311) “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação [...]. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.”. No mesmo sentido Ferrari (2011, p. 813): “Inconstitucional nada mais é do que a ação ou omissão que conflita, no todo ou em parte, com a Constituição.”.

8 A tradição do constitucionalismo da doutrina norte-americana atribui natureza declaratória para a sentença de inconstitucionalidade e efeitos retroativos. A doutrina europeia, inaugurada por Kelsen, atribui natureza constitutiva à sentença com efeitos prospectivos, assim, os efeitos do ato ou lei são preservados até o momento da decisão. Além disso, Kelsen adota o modelo concentrado de constitucionalidade e não o modelo norte-americano em que cada juiz pode invalidar ato ou lei que julgue inconstitucional (KELSEN, 2009, p. 306-308).

9 “O Judiciário não tem o poder de revogar as leis como se fosse um superlegislativo de legalidade; antes, verificando sua inconstitucionalidade, deixa de aplicá-las no caso concreto. A Constituição, porém, visando a preservar a unidade do sistema, deferiu ao Senado (e não ao Congresso) o poder de suspender a execução da lei ou decreto, nos limites em que se deu a declaração de inconstitucionalidade. Suspender a execução no todo ou em parte, é cassar-lhe definitivamente a eficácia. A lei não mais obriga. Deixa de ser obrigatória. Porém, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se a suspender-lhe a execução. A fórmula legal é exata, pois o legislador constituinte partiu da idéia de que as leis inconstitucionais, embora nulas, são executórias. Desta maneira, depois da declaração de inconstitucionalidade, segue-se a manifestação complementar e necessária do Senado, que lhe cassa a executoriedade”. (BUZAID, 1958, p. 8).

é sua eficácia contra todos e entre as partes, pois o efeito retroativo está presente em ambas, e como destaca Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 51) “parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença”.

Assim, a função do Senado Federal para o controle difuso de constitucionalidade é fundamental, pois, uma vez que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de uma lei, seja por meio de Recurso Extraordinário, por Mandado de Segurança, Recurso Ordinário, Reclamação Constitucional etc., cabe ao Senado suspender a eficácia da lei ou ato declarado inconstitucional, atribuindo eficácia geral *erga omnes* ao que na decisão da Corte Constitucional tinha eficácia entre as partes. A atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso de constitucionalidade, como será analisado posteriormente, exclui a competência do Senado para tornar pública a decisão do Supremo Tribunal e de retirar o efeito do ato ou norma declarado inconstitucional. Segundo Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 50) isso “significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal.”.

O controle de constitucionalidade, portanto, está intimamente vinculado às atribuições de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, não lhe sendo possível inovar no sistema jurídico, mas apenas afastar as leis ou atos normativos que julgue em desacordo com a Constituição. Cumpre ressaltar que no sistema misto de controle de constitucionalidade existem mecanismos que procuram envolver a sociedade civil no debate sobre a constitucionalidade de leis ou atos. A respeito do controle concentrado o rol de legitimados, conforme artigo 103 da Constituição Federal envolve representantes do Estado e da sociedade civil, desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal estará legitimada em virtude de ter sido proferida pela Corte Constitucional, mas também pela participação da sociedade civil na elaboração da decisão. Do mesmo modo no controle difuso existe mecanismo de participação da sociedade civil na decisão, embora indiretamente, é o caso da atribuição ao Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 52, X.

A respeito da decisão em controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal utiliza da chamada mutação constitucional como técnica de decisão, buscando avaliar a relação entre a Constituição e a realidade social. A mutação constitucional, que será objeto de análise na próxima seção, essa técnica de decisão por vezes ultrapassa os limites da jurisdição constitucional e inova no ordenamento jurídico. A mutação constitucional está intimamente relacionada, portanto, com o controle de constitucionalidade e com os limites da jurisdição.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL¹⁰

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 159), o fenômeno da mutação

¹⁰ Acerca da terminologia adotada, Miranda (1991, p. 133) utiliza o termo “vicissitude constitucional tácita”, enquanto Canotilho (1993, p. 231) utiliza “transições constitucionais”.

constitucional (*verfassungswandlung*) surgiu no debate da Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber e Gierke, aos fins do século XIX e início do século XX, entre os principais nomes vinculados ao fenômeno da mutação constitucional é do alemão Paul Laband, que desenvolveu a distinção entre “reforma constitucional” (*verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*verfassungswandlung*), outro importante teórico da mutação constitucional foi Georg Jellinek, que desenvolveu as principais linhas distintivas da problemática da mutação na obra *Reforma e mutação da constituição* (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*). Assim, foi com a Constituição bismarckiana de 1871 que surgiram os debates sobre a alteração da Constituição sem um processo formal no âmbito na esfera legislativa.

Como destaca Santos (2015, p. 82), a unificação da Alemanha com Otto von Bismark resultou na formulação, em 1866, de uma Constituição que tornou-se em 1871 a Constituição do Império Alemão. A unificação da Alemanha, até então fragmentada em diversas regiões, resultou em um anacronismo jurídico em virtude de que possibilitou a existência de elementos da ordem jurídica anterior, mesclados com elementos da nova ordem constitucional. Essa nova realidade política somada com a rigidez da Constituição propiciou a existência de um enorme anacronismo entre a ordem constitucional e a realidade social do país. A tensão daí decorrente resultou, portanto, no desenvolvimento de mecanismo que possibilitassem alterações do texto constitucional com maior plasticidade.

Laband observou que a Constituição era alterada informalmente pelas autoridades jurisdicionais, tornando-a mais condizente com a realidade social. A constatação de Laband foi de que o Estado pode alterar a Constituição sem procedimentos formais por meio da mutação constitucional, em detrimento da reforma constitucional por vias legislativas. A centralidade da mutação constitucional é de que é possível alterar o sentido e o alcance da Constituição sem que se altere seu texto. No mesmo sentido está Jellinek¹¹ quando afirma que a mutação constitucional está baseada no fato consumado, i.e., a mutação constitucional decorre da existência do fato consumado pois, a partir desse imobilismo, o texto da Constituição não corresponderia mais com as expectativas da realidade social. Contudo, a despeito de Laband e Jellinek, o aprofundamento do estudo sobre mutação constitucional foi dado pelo jurista chinês HsüDau-Lin, em 1932 na obra *A mutação constitucional* (*Die Verfassungswandlung*). Nessa obra, Dau-Lin identifica a mutação constitucional como a incongruência entre a norma constitucional e a realidade (URRUTIA, 2000, p. 126), ou seja, há uma “modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração do texto constitucional, em virtude da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO 2013, p. 159).

Em linhas gerais, portanto, a mutação constitucional é uma técnica de interpretação do texto constitucional que visa alargar seu sentido em razão da rigidez da Constituição e de seu distanciamento e relação à realidade social. A mutação constitucional é muito associada a uma técnica ou método de interpretação, embora a interpretação seja uma subcategoria da hermenêutica,

11 “Por reforma de la Constitución entiendo lamodificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo lamodificación que deja indemne su texto sincambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por laintención, o conciencia, de lamutación”. (JELLINEK, 1991, p. 7).

ao lado da integração e da aplicação do direito. Assim, a mutação busca fornecer uma alternativa para a rigidez constitucional em contraste com a realidade social, a Constituição que sofre a mutação não tem seu texto alterado por meio de emendas ou revisões, mas simplesmente por interpretação (BULOS, 1997, p. 54).

Segundo Bulos (1997, p. 61), é por meio da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, dos grupos de pressão, da construção judicial, dentre outros mecanismos que provocam a mutação constitucional, que processam-se lentamente muito embora o texto da Constituição permaneça o mesmo. Ainda segundo Bulos (1997, p. 63 e ss), existem três modalidades de mutação constitucional, a mutação por meio da interpretação; a mutação por mediante os costumes; e a mutação por obra da legislação infraconstitucional. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 161) “especialmente relevante, portanto, são as mutações constitucionais pela via da interpretação, que ocorrem sempre que se alteram o significado e o alcance do texto constitucional sem que se efetue qualquer alteração textual”.

É possível haver, a despeito da mutação constitucional, a mutação inconstitucional, i.e., que viola a literalidade do texto da Constituição por meio da interpretação judicial ou mesmo pelos costumes. Nesses casos a mutação inconstitucional prevalece em virtude da falta de controle das mudanças, ou mesmo por que o controle pode ser inviável, como destaca Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 163). No caso de mutação inconstitucional por via judicial verifica-se que os limites da mutação são os limites da própria interpretação, em virtude de que ao Poder Judiciário não lhe cabível julgar contra a Constituição. A interpretação perpetrada pela via judicial deve limitar-se ao texto constitucional sem contrariá-lo, sob pena de configurar grave violação aos direitos fundamentais. A mutação constitucional, como se verá na próxima seção, pode levar à hipótese acima destacada, a de uma interpretação contra a própria Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

3 OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NOS CASOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO DA RECLAMAÇÃO 3445-5

O caso em questão diz respeito à propositura da Reclamação 4335-5/AC, por parte da Defensoria Pública da União, em face da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos. Nas alegações a Defensoria da União destaca o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 em que a Corte Constitucional julgou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei n.º 8.072/1990, a Lei dos Crimes Hediondos. Assim, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal afastava a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo.

A partir disso, o Juiz de Execuções Penais indeferiu o pedido de progressão requerido

pela Defensoria Pública, sob o argumento de que os efeitos da decisão proferida no HC 82.959 estão cingidos apenas às partes (*inter partes*), em virtude da decisão ser fruto de controle de constitucionalidade difuso. A decisão do magistrado de Rio Branco destaca a necessidade da expedição de resolução por parte do Senado Federal, conforme expresso no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, em que suspende a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a análise proposta diz respeito à decisão dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes¹² e Eros Roberto Grau a respeito, primeiro, da desnecessidade de atuação do Senado Federal para suspender a validade do dispositivo declarado inconstitucional (art. 52, X, CF/88), o que reformula a concepção de controle difuso de constitucionalidade, e por segundo, a técnica da mutação constitucional utilizada na decisão que excede os limites da própria jurisdição da Corte Constitucional. Essa medida de excesso da jurisdição configura, conforme Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 75-83) uma espécie de poder constituinte derivado por parte da Corte Constitucional, uma contradição com a forma democrática de governo e com a divisão dos poderes.

O voto do Ministro Gilmar Mendes assentasse na concepção de que em ações coletivas, como a ação civil pública ou mesmo o mandado de segurança coletivo, em que a eficácia da decisão pode ser estendida *erga omnes*, como foi o caso do HC 82.959 e RE 197.971, faz com que “a suspensão de execução da lei pelo Senado”, conforme afirma o Ministro Gilmar Mendes, “revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.” A fundamentação da decisão do Ministro baseia-se no fato de que em decisões em processos coletivos que questionam a constitucionalidade de ato normativo, “relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo.”

Nesse sentido, fica descaracterizada a distinção das decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, fazendo com que a Corte Constitucional reconheça efeitos gerais para as decisões proferidas em sede de controle incidental. Nas palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes, o qual afirma que é possível “falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”. Para o Ministro, portanto, trata-se de uma autêntica mutação constitucional sem expressa modificação de texto. A partir disso, o Senado Federal possui apenas a função de publicizar a decisão que declara inconstitucional lei ou ato normativo, pois os efeitos da decisão são suspensos pela própria eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal. O Senado Federal passa a ter uma função de apenas chancelador das decisões da Corte Constitucional.

A despeito da decisão do Ministro Eros Grau, que corrobora a tese de mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes, ela está baseada na dualidade “texto” e “norma”. Para o referido Ministro, cabe à Corte Constitucional não apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional”, em virtude de que a mutação constitucional é a “transformação de

12 Em artigo o Ministro Gilmar Mendes reitera sua posição adotado em seu voto (MENDES, 1999).

sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”. Nos casos de mutação, portanto, o intérprete extrai do texto “norma diversa daquelas que nele se encontravam originalmente involucradas”. Contudo, como bem analisa Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 63), logo em seguida o Ministro afirma que na mutação constitucional não trilha o caminho do texto para a norma, mas “de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.

O próprio Min. Eros Grau propõe uma mutação não da norma, mas do próprio texto constitucional, que vai do texto originário: “[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]” a outro texto por ele proposto: “[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].” Assim, como o próprio Ministro Eros Grau afirma, nos casos de mutação constitucional não apenas uma nova norma é extraída do texto, mas na verdade o próprio texto normativo é substituído, uma vez que se trata de um texto “obsoleto”.

As consequências de tal decisão e da própria técnica de decisão não devem ser subestimadas. Diante das argumentações dos dois Ministros, em que utilizaram da mutação constitucional para interpretar dispositivo constitucional e alterar os aspectos do controle de constitucionalidade difuso, não há mais diferenças entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade. Como destaca Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 51) “não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática”. O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento brasileiro é o misto, portanto, a função de fazer cessar os efeitos da lei ou ato atribuída pela Constituição ao Senado Federal é fundamental para a diferenciação dos dois sistemas. Uma decisão tal como a analisada faria letra morta o dispositivo do artigo 52, X da Constituição, igualando o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. O controle concentrado com efeitos retroativos e *erga omnes* e o controle difuso igualmente com efeitos retroativos, mas entre as partes, com a diferença de que o Senado suspende a eficácia da lei ou ato com efeitos *erga omnes* e prospectivos.

O segundo ponto diz respeito não ao conteúdo da decisão, como analisado anteriormente, mas na técnica de decisão e suas consequências. Ambos os Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau utilizam da técnica de mutação constitucional para afastar a necessidade de o Senado Federal suspender a execução de lei ou ato administrativo julgado inconstitucional, em virtude de que atribuem à própria decisão em controle difuso o efeito *erga omnes*. Como já ressaltado, a mutação constitucional é uma alteração da norma constitucional por vias informais, i.e., uma alteração da norma sem alteração do texto constitucional. Contudo, como adverte Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 61) “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.

A crítica que se dirige a esta decisão é de que ela extrapola os limites da jurisdição constitucional quando altera o próprio texto constitucional, sob o pretexto de que o texto está

“obsoleto” como afirma o Min. Eros Grau. Assim, a questão central se revela, a tensão entre os limites da jurisdição e a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, além da própria divisão dos poderes, pois, a alteração do texto constitucional é de competência do Poder Legislativo por meio de emendas e reformas à Constituição. Não cabe ao Poder Judiciário inovar no ordenamento jurídico, extrapolando seus limites jurisdicionais, em vista de que tal ato é contrário à própria Constituição. Quando se vive em uma democracia deve-se compreender que as alterações legislativas devem ser amplamente debatidas.

Transformar os Tribunais em reformadores do ordenamento jurídico é conferir o Poder Constituinte derivado a os próprios juízes, enquanto isso está em ampla contradição com a forma democrática de governo. Como adverte Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 79) “o risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*.”. O ativismo judicial não pode substituir o debate público sobre questões de interesse coletivo, justamente para evitar que decisões de grande relevo fiquem à mercê da posição particular do magistrado. “É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 80). Desse modo, é necessário combater as decisões legiferantes, que vão além dos limites jurisdicionais e entram em confronto com a própria forma democrática de governo, estabelecendo ingerência da esfera legislativa e fazendo refém da decisão de alguns magistrados legislação que deve ser amplamente discutida para se tornar legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises empreendidas foi possível identificar as tensões entre o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em casos de controle de constitucionalidade difuso e os limites da jurisdição no uso da mutação constitucional, i.e., o papel jurisdicional do Supremo Tribunal Federal pode entrar em conflito com a própria atividade judicante. É reconhecido o fato, desde Kelsen, que deve haver uma instituição responsável pela defesa e guarda da Constituição, no ordenamento brasileiro, essa atividade coube ao Supremo Tribunal Federal. Sua atuação revela sua natureza de legislador negativo, em virtude de que atua na defesa da Constituição julgando inconstitucional a legislação que entrar em conflito formal ou material com o texto constitucional. Esse papel de legislador negativo se expressa no controle de constitucionalidade.

No caso em análise, a Reclamação n. 3445-5 materializa além do papel de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal uma específica técnica de interpretação, a mutação constitucional. A mutação constitucional busca dar novo sentido à norma constitucional que encontra-se obsoleta frente às mudanças da realidade social, sem alterar o próprio texto da Constituição. Contudo, na Rec. Em apreço destaca-se os relatórios dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao utilizarem desse expediente, alterando o próprio texto constitucional e não somente o

sentido da norma. Essa alteração do art. 52, X da Constituição Federal acarreta duas consequências fundamentais, a primeira, equipara os efeitos da decisão do controle de constitucionalidade difuso aos efeitos da decisão em controle concentrado, pois atribui a competência ao Senado Federal para apenas tornar pública a decisão de inconstitucionalidade. O segundo e principal efeito da decisão é revelar a tensão existente entre o ativismo judicial e os próprios limites da jurisdição.

A Constituição Federal consagra a forma democrática de governo e a divisão dos poderes em seu texto, essas formas de controle e regulação do poder visam unicamente evitar a monopolização do poder político ao arbítrio de poucos indivíduos. A técnica utilizada na decisão pelos Ministros está em frontal conflito entre a divisão dos poderes e a própria forma democrática de governo, uma vez que inovam no ordenamento jurídico, alterando o texto da Constituição informalmente. Contudo, cabe ao Poder Legislativo a reforma ou emenda da Constituição, esfera essa que tem como proposta o debate público visando a legitimidade do sistema de leis que regem a sociedade. Atribuir de forma indevida o poder legiferante, i.e., atribuir a competência de inovar no ordenamento jurídico aos magistrados revela um enfraquecimento da democracia e da própria harmonia entre os poderes. O fato é que viver sob uma democracia tem seus efeitos indesejados, como a lentidão no processo de alteração legislativa, contudo, esse é um pequeno ônus a pagar diante dos benefícios que a democracia proporciona.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>. Acesso em: 5 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 44., p. 189-220, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf. Acesso em: 5 out. 2016.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988,

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro:

Forense, 1966.

DIAS, Gabriel Nogueira. Legislador negativo na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. **Revista de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 91-116, jul./set, 2010. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/GABRIELDIAS-Legislador-negativo.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Acesso em: 10 out. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manuel de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. 2.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 80-91, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08/4550>. Acesso em: 8 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, MartonioMont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em: 7 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Paulo de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 7 out. 2016.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105- 135, jan./abr. 2000.

Como citar: MARIN, Jeferson Dytz. Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 29-42, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p29. ISSN: 2178-8189.

OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NO CASO DO BANCO INTER S/A.

THE IMPACTS OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD) IN THE CASE OF BANCO INTER S/A.

Miguel Carioca Neto*
Ana Carla Pinheiro Freitas**
Marcus Mauricius Holanda***

*Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza
E-mail: miguelcarioca@ufersa.edu.br

**Doutora em Direito pela Universidade Católica de São Paulo Professora dos cursos de mestrado e doutorado na Universidade de Fortaleza
E-mail: anacarla@unifor.br

***Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza Professor da Universidade de Fortaleza
E-mail: marcusholanda@unifor.br

Como citar: CARIOCA NETO, Miguel; FREITAS, Ana Carla Pinheiro; HOLANDA, Marcus Mauricius. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no caso do Banco Inter s/a. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p.43-55, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p43. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A lei geral de proteção de dados - LGPD, que entrou em vigor em fevereiro de 2020, veio suprir a lacuna no ordenamento brasileiro concernente à ausência de legislação específica quanto à coleta e ao uso de dados de forma mais abrangente. Este artigo retrata ocorrências da ação Civil Pública por Danos Morais Coletivos nº 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001) instaurada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) contra o Banco Inter, pelo vazamento de dados de clientes com consequente pedido de indenização de R\$ 10 milhões. O estudo teve como objetivo analisar os impactos da incongruência da utilização da LGPD da ação em exame. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, documental e descritiva, com abordagem qualitativa. As conclusões apontam que, apesar da LGPD só entrar em vigor após a instauração e decisão do processo em pauta e diante da ausência pontos específicos relativos à territorialidade, entendeu-se não haver impactos à luz da lei n. 13.709/18, diferente do que ocorre com a *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulada pela União Europeia que possui aplicação extraterritorial, significando dizer que os outros países precisam estar em concordância, sob pena de receber penalidades no caso de vazamento ou de uso inadequados dos dados pessoais.

Palavras-chave: Proteção de dados. LGPD. Privacidade. Direitos fundamentais. Regulação de dados

Abstract: The general data protection law - LGPD, which came into force in February 2020, fills the gap in Brazilian law in regards

to specific legislation regulating the collection and use of data in a more comprehensive way. This article examines the Public Civil Action for Collective Moral Damage nº 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001), provoked by the Public Ministry of the Federal District and Territories (MPDFT) against Banco Inter, for the leakage of customer data with consequent request for indemnity of R\$ 10 million. This study analyzes the impacts of the incongruity of the use of the LGPD of this case under examination. Bibliographic, documentary and descriptive research was used as its methodology, with a qualitative approach. This paper's conclusions point out that, despite the LGPD only entering into force after the establishment and decision of the process in question and in the absence of specific points related to territoriality, it was understood that there were no impacts under law no. 13.709 / 18, unlike what happens with the General Data Protection Regulation (GDPR), regulated by the European Union that has extraterritorial application, meaning that other countries need to be in compliance, under penalty of receiving penalties in case of leakage or damage of customers' personal data.

Keywords: Data protection. LGPD. Privacy. Fundamental rights. Data regulation.

INTRODUÇÃO

A proposta do artigo é apresentar um estudo dos impactos da Lei nº 13.709/18 - denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - a partir do exame dos fatos envolvendo o Banco Inter S/A, a fim de buscar concluir se esta legislação representa um avanço no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à proteção e ao tratamento de dados, sendo assim considerado a regulação como fator de extrema relevância para a sociedade tanto no aspecto individual ou coletivo.

A Lei surgiu em um cenário que diariamente eram noticiados casos de vazamento de informações a compartilhamento de dados sem a ciência e muito menos a autorização de seus titulares. Recentemente foi revelado o vazamento de mais de 540 milhões de dados do Facebook, incluindo “curtidas”, comentários, músicas e fotos, todos expostos em servidores da *Amazon* sem qualquer tipo de senha para acesso.

A lei brasileira foi inspirada na GPDR (*General Data Protection Regulation*), regulamento aprovado pela União Europeia em 25 de maio de 2018, que regulamenta a privacidade e proteção de dados pessoais naquela região e que já tem gerado considerável impacto desde a sua vigência e aplicação, tanto na área de segurança de dados, como na área econômica.

No Brasil não há legislação específica referente à coleta e ao uso de dados como é o caso é o caso da Lei nº 12.965/14, que estabelece princípios, garantias direitos e deveres para o uso da internet no território brasileiro, mas nenhuma dessas legislações era tão abrangente quanto a LGPD, posto que regulamentará desde a coleta, o tratamento e a exclusão dos dados. A Lei também especifica dez possibilidades para a coleta e tratamento de dados, que incluem a autorização do titular dos dados, garantindo a este, acompanhar o tratamento de seus dados, solicitar alterações, revogar seu consentimento e até a exclusão de seus dados, garantindo ao titular poder e controle sobre seus dados.

No que se refere a sua aplicabilidade, além de pessoa física, a lei também será aplicada à pessoa jurídica privada e pública estabelecida em território nacional que realize tratamento de dados e organizações com sede no exterior que ofereçam serviços ou tenham operações em território nacional envolvendo tratamento de dados (art. 3º, LGPD). Neste contexto faz-se a seguinte indagação: Como o vazamento de informações e o compartilhamento de dados dos indivíduos estão sendo resguardadas tomando como base a LGPD?

Justifica-se o estudo da LGPD porque no ordenamento jurídico brasileiro não havia uma legislação específica referente à coleta e ao uso de dados de forma mais abrangente e com a vigência da lei, inúmeras possibilidades surgirão para a coleta e tratamento de dados que incluem a autorização do titular dos dados, garantindo a este, acompanhar o tratamento de seus dados, solicitar alterações, e até a exclusão de seus dados. Evita-se com isso as sanções decorrentes da lei como é o caso do Banco Inter que assinou em 18 de dezembro de 2018 um acordo relativo ao Inquérito Civil Público nº 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001), instaurado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) para encerrar uma ação civil pública movida junto à 15ª Vara Cível de Brasília por vazamento de dados de clientes, cujo pedido inicial

era o pagamento de indenização de R\$ 10 milhões. (BANCO INTER, 2019).

Para analisar os impactos da nova legislação, a partir dos fatos envolvendo o Banco Inter S/A, o artigo foi dividido em quatro seções a primeira descreverá aspectos históricos da LGPD e da Legislação Europeia, denominada GPDR; em seguida, na segunda seção, examinam-se os impactos e benefícios para as empresas com a aplicação da LGPD; na terceira seção abordam-se os atos relevantes do caso envolvendo o Ministério Público e o Banco Inter S/A que firmam acordo em ação Civil Pública por Danos Morais Coletivos nº 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001), e por fim as considerações finais.

Trata-se de pesquisa bibliográfica e descritiva, com abordagem qualitativa a partir da análise do caso de vazamento de dados ocorrido no Banco Inter. O pesquisador deve cercar-se de procedimentos metodológicos que validam as suas escolhas e guiam a realização do trabalho, já o método de pesquisa busca respostas para problemas ou indagações propostas.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LGPD E A GPDR DA UNIÃO EUROPEIA

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada no dia 13 de agosto de 2018 entrou em vigor em fevereiro de 2020, com uma *vacatio legis* de dezoito meses para que empresas e órgãos se adaptem às novas exigências legais.

O não cumprimento da legislação pode acarretar multas de alto valor que chegam a R\$ 50 milhões por infração. Ainda que essa prática coloque o Brasil no grupo dos países considerados adequados na proteção à privacidade dos cidadãos, a expectativa é que os próximos meses serão de dificuldade e planejamento dentro das corporações. (BRASIL, 2018).

A LGPD apresenta e estabelece novos parâmetros para a utilização de dados tanto na esfera pública como na esfera privada, sempre com o propósito de assegurar proteção e vida particular dos usuários, cria, portanto, controles de salvaguardas dos dados pessoais.

Desse modo, a Lei nº 13.709/18 que estabelece as organizações deve adotar procedimentos internos de proteção de dados coletados, além da clara indicação de autorização do titular, que essa coleta de dados (nome, endereço, CPF, entre outros) tenha proteção e garantia de privacidade (BRASIL, 2018). Além disso, a lei cria regras expressas sobre os processos de coleta, armazenamento e compartilhamento dessas informações, ajuda a promover o desenvolvimento tecnológico na sociedade e a própria defesa do consumidor.

Na Europa, a GDPR (*General Data Protection Regulation*) - lei que inspirou em muitos aspectos a versão brasileira - vigora desde maio de 2018 e, logo no primeiro dia de vigência, duas gigantes da tecnologia sofreram com o impacto da legislação. Com efeito, diversas empresas tais como o Google foram acionadas judicialmente e desde então passaram a anunciar em seus sites as atualizações necessárias para cumprirem as exigências da lei.

O *General Data Protection Regulation* são medidas adotadas para os 28 países membros da União Europeia, com objetivo de regular a proteção de dados, principalmente devido ao incremento

das atividades e comércio digital. Desse modo, possibilita a proteção de dados pessoais a população europeia, independente de qual país sejam tratados os dados. Desse modo com a entrada em vigor Regulamento Europeu. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016.p. 2)

Com a experiência ocorrida na União Europeia através do GDPR, fica patente que os impactos da legislação são relevantes para as organizações. com a entrada em vigor as empresas tiveram que adaptar para atender plenamente às regras relativas a proteção de dados pessoais, principalmente sobre os procedimentos de proteção aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016.p. 2)

A partir de 2020, com a vigência da lei nº 13.709/18, as empresas devem ter maior cuidado com os dados que estão sendo utilizados ou gerados no decorrer da relação comercial, principalmente em relação a coleta de dados e sua posterior utilização e sempre mediante o consentimento do titular dos dados, conforme artigo 7º, I¹.

Com base na análise das duas leis (LGPD e GDPR) algumas diferenças são identificadas. Na Europa, a GDPR regulamenta a proteção de dados pessoais de indivíduos europeus. No Brasil, a LGPD também é aplicável a todas as pessoas naturais, quando os dados são tratados em território nacional ou visam à oferta de bens ou serviços a pessoas localizadas no país. O que se observa na prática é que nos dois casos o prestador de serviços deve se adequar às exigências legais para poder fazer negócios. E isso afeta diretamente a prestação global de serviços, eis que a empresa de fora que atuar em um destes países deverá se adaptar aos conceitos da LGPD no Brasil ou do GDPR nos países europeus.

Essa adaptação das empresas deve levar em conta que a Lei 13.709/18, altera o “Marco civil da internet”, no que se refere especificamente na proteção de dados, conforme assevera Ramos e Gomes (2019, p. 143), desse modo percebe-se a complexidade e a urgência para a adequação das corporações nos ditames legais.

No que se refere às penalidades no descumprimento de ambas as legislações, podemos considerar como sendo altas. Para a legislação europeia, quem descumprir o GDPR está sujeito a uma multa de € 20 milhões ou até 4% da receita anual da companhia, o que for maior. No Brasil, a multa para quem não cumprir a LGPD em seu artigo 52 é de 2% da receita anual da empresa, limitada no total de R\$ 50 milhões.

3 IMPACTOS E BENEFÍCIOS PARA AS EMPRESAS COM A APLICAÇÃO DA LGPD

Com a vigência da LGPD muitas mudanças afetarão as empresas que trabalham com dados de consumidores, abrangendo de certo modo ampla faixa de empresas em diversos segmentos, impondo-se rápida adequação à nova lei. Na busca da adequação as empresas terão um longo caminho a percorrer para se prepararem em um curto período de tempo, pois passa a ser obrigatório a partir de fevereiro de 2020, o que inclui revisão e adequação de seus contratos, o conhecimento

¹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
I - Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

de como é realizada a coleta e o tratamento de dados de clientes e funcionários, além de trabalhar em conjunto com os departamentos de Recursos Humanos, Administrativo, TI, Compliance e Jurídico, demandando custos de implantação de novas metodologias que se fazem necessárias para essa adequação.

Percebe-se a importância em adotar medidas e processos que ajudem na segurança e que evitem vazamentos de dados, como a conscientização e treinamento das equipes. Essas empresas terão uma estrutura de tratamento de dados mais organizada, que possibilite a adoção de processos internos ágeis e eficazes para atingir a finalidade no tratamento dos dados coletados.

Apesar dos relevantes desafios, custos, treinamentos, as empresas que se adequarem à LGPD devem ser reconhecidas por clientes e investidores como possuidoras de um maior grau de confiança e credibilidade, tornando-as mais competitivas e inovadoras. A LGPD surge, ainda, como instrumento de garantia dos direitos fundamentais conforme artigo 5º, XVII² trazendo transparência no ambiente corporativo e proteção aos dados dos cidadãos. (BRASIL, 2018).

Dentre os impactos que a nova regulamentação impõe as empresas, é possível destacar procedimentos que se fazem necessárias para a devida adequação, como se pode citar o impacto nos custos, pois a não observância da LGPD acarreta altíssimas penalidades, conforme definida em no artigo 52, II e III³ as multas podem chegar a R\$ 50 milhões ou 2% do faturamento da empresa no Brasil, o que for maior. Caso a empresa não venha a fazer investimentos ou ter gastos em adequação, pode mais tarde ser autuada em alguns milhões de reais. (CAMARGO, 2018).

Podendo ser citado como investimento necessário para as empresas se adequarem à nova lei, a contratação de novas ferramentas de processamento, contratação de profissionais especializados em gestão de informações e aplicação de programa efetivo de conformidade de privacidade a segurança de dados (criptografia dos dados, servidores, discos rígidos, SSDs, unidades Flash USB, computadores e dispositivos móveis etc.). A empresa deve se munir de recursos para estar segura de que o trabalho desenvolvido com dados não vá contra as determinações da LGPD.

Nesse contexto deve a empresa entender que se faz necessário a adoção dessas novas metodologias e práticas que são impostas pela lei, pois a ausência dessas práticas poderá ensejar através dos agentes fiscalizadores sanções de âmbito financeiro com a cobrança de multas que muitas das vezes a empresa não se encontra preparada para o desembolso de valores que não estavam em seu planejamento, nem muito menos orçado, podendo ter como consequência a descontinuidade da mesma, assim é melhor entender que os gastos com implementação de programas e novas metodologias devem ser considerados como um investimento futuro, garantindo a empresa o seu efetivo enquadramento da norma.

O fato da legislação europeia já se encontrar em plena e total aplicação, contribui para que a

2 XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

3 Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

II - Multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

atenção esteja neste momento voltada para as empresas europeias, multinacionais e prestadores de serviços globais. É apenas o primeiro modelo de regulamentação e, logo, será seguido por outros mercados, estando incluído nesse contexto o Brasil. O momento para as empresas se adequarem é antes do início da vigência em 2020, sob o risco de serem surpreendidas, além disso, adequando-se previamente a empresa já programa novas práticas de gestão de dados que aumentarão eficiência e responsabilidade perante terceiros.

Como impacto da lei em relação as atividades da empresa e seu relacionamento com os consumidores, percebe-se que com a LGPD possibilita um estreitamento na relação de confiança do consumidor com a marca. O princípio do consentimento definido no artigo 5º, XII⁴ será mais uma barreira entre as partes e isso mudará a forma como as abordagens e interações são realizadas. Na concorrência pela atenção do consumidor, o simples pedido de autorização de acesso aos dados do consumidor pode ser um fator de abandono, ou seja, uma questão de extrema importância. (CAMARGO, 2018).

Para a adequação, há diversas iniciativas surgindo, como o desenvolvimento de ferramentas de transparência e controle de dados para registrar, da melhor forma, a autorização do usuário, como também mudanças nas estratégias de marketing.

Com a iminente entrada em vigor da LGPD, se observa impacto para os profissionais da área de gestão de dados precisarão de readequação em curto espaço de tempo. As empresas e gestores devem se preocupar em reunir um conjunto de regras a serem cumpridas, como é o caso da adoção do *compliance*, especificando as políticas e diretrizes relacionadas aos negócios para os profissionais lidarem com essas temáticas.

As regras se aplicam para os *controllers*, que são os responsáveis pela aplicação das boas práticas para trabalhar com os dados sem violar a regulamentação, posto que controlem as informações. E para os processos, as ferramentas utilizadas precisam garantir que o processamento seja feito de forma segura e com respeito à privacidade do indivíduo. (Magalhães; Divino, 2019, p. 88).

Mas apesar da adaptação que as empresas estão a realizar, impactos positivos são percebidos, principalmente **a segurança jurídica, cuja** contribuição se justifica pela unificação das regras pertinentes à privacidade, como também coloca o Brasil no mesmo patamar dos outros mercados do mundo, pois são criadas cada vez mais leis específicas para a proteção de dados pessoais de forma globalizada, dessa forma é essencial que o Brasil estabelecesse normas e procedimentos para a proteção de dados pessoais com o fim de eliminar a vulnerabilidade e prover segurança jurídica, impondo responsabilidades ao nesse tratamento de dados. (CAMARGO, 2018).

Dessa forma a transparência e maior respeito com o relacionamento entre empresas e clientes é um resultado esperado e satisfatório. Com a aplicação da lei, as empresas devem explicar exatamente para qual finalidade necessita dos dados. Além disso deve operar com total transparência, de modo que os titulares dos dados pessoais se sintam confiantes e seguros que seus

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

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

dados estão protegidos e a salvo de negociações entre instituições na transferência de informações. O que se pode observar é que a LGPD veio trazer de forma concreta na relação cliente e fornecedor foi uma maior cumplicidade na transação realizada entre os mesmos.

Assim ao promover a maior privacidade, a segurança e sigilo a lei estabelece medidas que evitam o tratamento inadequado ou até mesmo ilícito. Assim o Art. 46 da Lei de proteção de dados estabelece que “os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas”. (BRASIL, 2018).

Percebe-se que com a publicação da lei de proteção de dados alterou substancialmente a sistemática e padrões de tratamento dos dados pessoais. Impôs, ainda, padrões mínimos de aplicabilidade e tratamento, principalmente nos casos de dados sensíveis.

Ainda como consequência da LGPD, o investimento no gerenciamento de dados deve ser ampliada de modo que as corporações possam atender plenamente aos ditames legais. Neste caso também se faz necessário a adoção de práticas de auditoria de sistema da informação de forma regular, garantindo e minimizando os riscos tecnológicos avaliando a adequação das tecnologias adotadas pela entidade através da revisão e avaliação dos controles existentes, pois a auditoria é considerada como sendo uma técnica que visa obter elementos de convicção que permita julgar se o processo adotado seguiu procedimentos adequados.

Assim além da segurança esperada no tratamento de dados, verifica-se que a lei de proteção de dados traz em sua estrutura muitas mudanças para os diversos tipos de empresas comerciais ou indústrias. No entanto, se faz necessário que essas entidades que buscarem ou souberem se adaptar as novas realidades inovando e ajustando seus processos, podem acabar se beneficiando da lei, obtendo vantagem competitiva em relação aos concorrentes. (CAMARGO, 2018).

Ademais deve-se ressaltar que a Lei 13.709/18 a proteção de dados tem como destinatário final somente pessoas físicas, nesse sentido Magalhães e Divino (2019, p. 87) sugerem que seja ext4endido também para as pessoas jurídicas, pois a proteção de dados e da privacidade é fator de igual importância para ambos.

4. ANÁLISE DO CASO ENVOLVENDO O BANCO INTER S/A

O Banco Inter S/A é um conglomerado financeiro brasileiro sediado na cidade de Belo Horizonte. A instituição atua no mercado de ativos com operações de conta corrente, capital de giro, crédito imobiliário, financiamentos, cartões de crédito, câmbio, consórcios, seguros e crédito consignado.

Segundo dados do Banco Inter S/A (BANCO INTER, 2019), a instituição financeira Intermedium CFI foi fundada em 1994, na cidade de Belo Horizonte por membros da família Menin proprietária do grupo MRV Engenharia. Em 2007 houve a reabertura das operações de crédito imobiliário, sendo o refinanciamento imobiliário o principal produto dessa carteira. O ano

de 2008 ficou marcado pelo recebimento de carta patente do Banco Central com autorização para operar como banco múltiplo.

No final de 2014, o Banco Inter S/A lançou a conta digital, uma conta corrente gratuita, que pode ser acessada por computadores e celulares e que permite depósitos, transferências, pagamento de boletos, saques em qualquer caixa Banco 24 Horas, dentre outros serviços. Em abril de 2016, com a edição da resolução nº 4.480 do Banco Central do Brasil, a abertura de novas contas digitais foi facilitada. (BANCO INTER, 2018).

Em 2016, o banco registrou um lucro líquido de R\$ 25,5 milhões, com expansão de 10,3% da carteira de crédito para R\$ 2,3 bilhões de reais, dentre os quais 52,5% correspondem ao crédito imobiliário. Já a captação de recursos avançou 32,5% e somou R\$ 2,7 bilhões em dezembro de 2016. Neste ano, o Banco ficou em 14º lugar do ranking GPTW (Melhores Empresas para se trabalhar) na categoria 250 a 999 funcionários em Minas Gerais.

Em 08 de junho de 2017, o banco promoveu uma renovação em sua marca. De Intermedium, passou a se chamar Banco Inter. No primeiro semestre de 2017, o Banco Inter contava com 184,7 mil correntistas digitais, crescimento de 804% em relação ao 1º semestre de 2016, com o número de transações realizadas crescendo 29 vezes no mesmo período. O lucro líquido atingiu R\$ 22,1 milhões no período, com um aumento anual de 83,6%. (BANCO INTER, 2018).

No dia 30 de abril de 2018, o Banco Inter S/A anuncia a abertura de capital na B3, com suas ações precificadas a R\$ 18,50 (dezoito reais e cinquenta centavos), tendo obtido R\$ 721 milhões. Nos primeiros cinco dias de seu IPO chegou a custar R\$ 21,50 (vinte um reais e cinquenta centavos), porém estabilizou em R\$ 18,95 (dezoito reais e noventa e cinco centavos). Atualmente as ações custam aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais), conforme a B3 (Brasil, Bolsa, Balcão). O banco chegou à bolsa valendo aproximadamente R\$ 1,9 bilhão. Em 2018 o banco teve um lucro líquido de R\$ 69,8. (BANCO INTER, 2018).

A Comissão de Proteção dos Dados Pessoais do Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) ajuizou no dia, 30 de julho de 2018, ação civil pública⁵ por danos morais coletivos contra o Banco Inter S/A. Na petição, o MPDFT pede que o banco Inter S/A seja condenado a pagar o valor de dez milhões de reais, como indenização, devido ao fato de não ter tomado as providencias imprescindíveis para assegurar os dados pessoais dos seus utilizadores.

Segundo o inquérito Civil Público (2018) o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, tornou possível veicular qualquer espécie de tutela jurisdicional para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo CDC⁶, razão pela qual aqui se pleiteia o pedido de natureza indenizatória por danos morais coletivos.

O dano moral, ainda, vem expresso no artigo 6º do CDC, que dispõem acerca dos direitos básicos dos consumidores, entre eles o da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e orais, individuais, coletivos e difusos⁷.

5 Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) instaurou o Inquérito Civil Público n. 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001), objetivando investigar as circunstâncias do comprometimento dos dados pessoais dos clientes do Banco Inter S/A, bem como apurar as responsabilidades pelos danos causados.

6 Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

7 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

Há que se atentar, ainda, para a extensão das consequências deixadas pelo evento danoso, nos termos do artigo 944 do Código Civil⁸, bem como para as condições sociais e econômicas da vítima e da pessoa física ou jurídica obrigada.

No decorrer da investigação restou comprovado que mais de 19.961 correntistas do Banco Inter tiveram seus dados violados ilegalmente. Os dados violados além de dados como números de CPF e identidade, foram comprometidos dados bancários e números de telefone.

Por essas razões, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, impetrou a Ação Civil Pública por Danos Morais Coletivos e requer a condenação do Banco Inter S/A., na quantia de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a título de indenização por danos morais coletivos.

Por meio do exame dos autos da Ação Pública nº 08190.097749/18-95 (0721831-64.2018.8.07.0001), constata-se que o Banco Inter S/A fechou o acordo com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) para encerrar a ação civil pública movida junto à 15ª Vara Cível de Brasília por vazamento de dados de clientes. No acordo, o banco aceitou pagar R\$ 1,5 milhão em indenização coletiva. Segundo o Banco Inter S/A, deste valor, R\$ 1 milhão serão destinados, até 31 de julho de 2019, a instituições públicas que combatem crimes cibernéticos indicadas pelo MPDFT. Esse valor será repassado na forma de equipamentos e softwares, também indicados pelo Ministério Público. Os outros R\$ 500 mil serão doados até 30 de janeiro a instituições de caridade.⁹

4.1 A REPERCUSSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E SEUS IMPACTOS NA FORMULAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA APÓS A AÇÃO ENVOLVENDO O BANCO INTER S/A

Apesar da Lei trazer a previsão que a implementação final seria em agosto de 2021, percebe-se que seus impactos foram paulatinamente ocorrendo conforme a vigência parcial da LGPD. Assim no que se refere a formulação de jurisprudência nos tribunais brasileiros.

Assim o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), em outubro

-
- I - A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
 - II - A educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
 - III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
 - IV - A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
 - V - A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
 - VI - A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
 - VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
 - VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
 - IX - (Vetado);
 - X - A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.
- ⁸ Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁹ Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Acordo Banco Inter. S/A. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/Ata_de_Audi%C3%Aancia_Banco_Inter.pdf> . Acesso em: 18 de outubro de 2021.

de 2021, apresentou o “Painel LGPD nos Tribunais”. Apresenta a seleção das decisões judiciais mais importantes que envolvem a Lei nº 13.709/18. A pesquisa realizada pelo IDP, mapeou todos os tribunais superiores, tribunais federais e estaduais, bem como as justiças especializadas com a justiça eleitoral e trabalhista¹⁰. Desse modo foram coletadas o total de “584 (quinhentas e oitenta e quatro) decisões, publicadas entre setembro de 2020 e agosto de 2021”¹¹. (INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA, 2021).

Aponta, ainda, o relatório do IDP, que efetivamente os tribunais aplicaram “274 decisões” exclusivamente sobre a LGPD nos vários aspectos previstos na lei. Conforme o relatório do IDP, cerca de 49,1% das decisões tratam sobre as disposições preliminares e com 24,6% sobre o tratamento dos dados pessoais. Ressalta-se a importância desse estudo realizado pelo IDP, pois demonstra que existe um amadurecimento na formulação da jurisprudência por partes dos tribunais brasileiros e uma real aplicação da lei na proteção dos dados pessoais. Demonstra, ainda a necessidade e a importância da lei de proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro como forma de garantir e proteger os direitos de privacidade e liberdade da pessoa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi aprovada em agosto de 2018, tendo sua vigência postergada através Medida Provisória 696/2019 e convertida na Lei nº 13.853/2019 oficialmente para o mês de agosto de 2020, ficando assim concedido um tempo considerado suficiente para que as empresas e órgãos se adaptem, sendo um caminho longo a ser percorrido, pois vai exigir das empresas desempenho, planejamento e interesse de atender na íntegra as determinações legais, evitando assim sanções por parte dos agentes fiscalizadores.

Com a experiência da União Europeia através da *General Data Protection Regulation* (GDPR), lei que inspirou em muitos aspectos a versão brasileira e que vigora desde maio de 2018 e, logo no primeiro dia de vigência, duas gigantes da tecnologia sofreram com o impacto da legislação. Com efeito, Facebook e Google foram acionadas judicialmente e desde então passaram a anunciar em seus sites as atualizações necessárias para cumprirem as exigências da nova lei, e isso indica que os impactos são relevantes para o mercado, não somente quanto à multa a ser paga, mas quanto ao impacto negativo na imagem da empresa.

Percebe-se que a lei de proteção de dados cria novo patamar de relacionamento entre as corporações que tratam dados particulares ao criar um sistema de controle, proteção e sanção pela má utilização de dados pessoais, principalmente com as informações confidenciais

No caso específico ocorrido com o Banco Inter S/A, que teve a decisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, fundamentada pelo Código de Defesa do Consumidor

10 INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA. Painel LGPD nos Tribunais. Jusbrasil. 2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/static/pages/lgpd-nos-tribunais.html> >. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

11 INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA. Painel LGPD nos Tribunais. Jusbrasil. 2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/static/pages/lgpd-nos-tribunais.html> >. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

e Código Civil conclui-se que apesar da LGPD só entrar em vigor em 2020 e por não haver na lei pontos específicos relativos à territorialidade, entendemos não haver impactos a luz da lei n. 13.709/18, isto é, diferente do que ocorre com o GDPR que possui aplicação extraterritorial. No artigo 3º do GDPR é definido que tal resolução é aplicável ao processamento de dados de pessoas naturais que estejam no território da UE, independentemente da localização da entidade/empresa que realiza tal atividade, o que significa dizer que os outros países precisam estar em conformidade, sob pena de receber penalidades no caso de vazamento ou de mal-uso de dados pessoais. Ainda que seja direcionado a europeus e a pessoas de outras nacionalidades que morem na Europa, o GDPR tem potencial de impactar internautas e empresas de tecnologia de todo planeta.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO INTER 2019. <https://ri.bancointer.com.br/>. Acesso em 16.06.2019.

CAMARGO, Gabriel (2018). Os impactos da LGPD: dez pontos para entender a nova lei de proteção aos dados. www.contabilidadenatv.com.br. Acesso em 17.06.2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. Regulation (EU) 2016/679 - Of the European Parliament and of the council, of 27 April 2016. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504&qid=1532348683434#C1-1>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA. Painel LGPD nos Tribunais. Jusbrasil. 2021. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/static/pages/lgpd-nos-tribunais.html>>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. www.planalto.gov.br. Acesso em 17.06.2019.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Acordo Banco Inter S/A**. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/Ata_de_Audi%C3%Aancia_Banco_Inter.pdf> . Acesso em: 18 de outubro de 2021.

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho**. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

Como citar: CARIOCA NETO, Miguel; FREITAS, Ana Carla Pinheiro; HOLANDA, Marcus Mauricius. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no caso do Banco Inter s/a. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p.43-55, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p43.

ISSN: 2178-8189.

Recebido em 20/07/2020

Aprovado em 17/11/2021

**COMENTÁRIOS AO PROGRAMA EMERGENCIAL
DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA****COMMENTS ON EMERGENCY EMPLOYMENT AND
INCOME MAINTENANCE PROGRAM**

Juliana Marteli Fais Feriato*
Daniel Zuin**

Como citar: FERIATO, Juliana Marteli Fais; ZUIN, Daniel. Comentários ao programa emergencial de manutenção do emprego e da renda. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 56-71, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p56. ISSN: 2178-8189.

*Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina Docente e vice coordenadora do Programa de Pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar
E-mail: juliana.fais@unicesumar.edu.br

**Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar
E-mail: zuin_@hotmail.com

Resumo: O artigo analisa o exercício dos direitos da personalidade como forma de autocomposição, nos termos redigidos pela Lei nº 14.020/20, oriunda da Medida Provisória 936/20. A pesquisa tem como recorte temporal o período de calamidade pública e, como temático, os direitos da personalidade dos empregados e empregadores, considerando que ambos são titulares e destinatários desse direito fundamental, sendo utilizado o método dedutivo para a condução do estudo. Conclui que a MP e sua proveniente lei, por respeitarem critérios mínimos justrabalhistas, estão sendo indispensáveis para o enfrentamento da crise, dado que possibilitam a manutenção do emprego e da renda.

Palavras-chave: Covid-19, pandemia, contrato de trabalho, direitos da personalidade.

Abstract: This article analyzes the use of personality rights as a form of self-composition, under the terms of Law n. 14.020/20, derived from Provisional Measure 936/20. This research covers the period of public calamity. The theme of this paper is personality rights of employees and employers, considering that both are holders and recipients of fundamental rights. This paper uses the deductive method and concludes that the Provisional Measure and its derived Law are indispensable mechanisms for facing this conflict, given that, respecting some minimum criteria, they allow the maintenance of employment and income.

Keywords: Covid-19, pandemic, employment contract, personality rights.

INTRODUÇÃO

Os empregadores, especialmente os de pequeno aporte financeiro, dependem da viabilidade econômica de seu negócio para, mediante o faturamento, manter a sua própria subsistência, a de sua família e a de seus funcionários.

Acontece que, em virtude da pandemia, para garantir a renda, tanto dos empregadores quanto dos empregados, faz-se necessária a flexibilização de algumas garantias trabalhistas, em razão delas terem sido concebidas para equacionar a relação justralhista em tempos diversos, ordinários.

Basilarmente, o evento extraordinário, Covid-19, tornou economicamente insustentável a manutenção de todas as normas trabalhistas, porquanto, se preservadas, impactariam diretamente nos direitos da personalidade dos empregadores, em razão deles assumirem, nos termos do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o risco da atividade econômica e, portanto, todo o ônus resultante do evento danoso. Aliás, ao se fragilizar a viabilidade econômica do negócio, infringe-se, do mesmo modo, os direitos da personalidade daqueles empregados que aceitariam, em troca da preservação do vínculo empregatício, trabalhar em condições diversas daquelas previamente estabelecidas, mesmo que em condições materialmente prejudiciais.

Em suma, com a finalidade de resguardar a renda e, por consequência, a sustentabilidade econômica do negócio, o empresário e o seu funcionário precisam possuir autonomia para determinarem, dentro de suas realidades fáticas, o melhor ajuste, rateando, de forma proporcional à condição econômica de cada um¹, o gravame proveniente da pandemia.

Calha que, o empregador e o empregado são titulares e destinatários dos direitos fundamentais e, à vista disso, a rigidez da norma trabalhista, por repassar todo o ônus da crise para o empregador que inevitavelmente demitirá seu funcionário, impede a autocomposição e, conseqüentemente, a perseguição dos interesses individuais de ambas as partes.

Em outros termos, proteger todos os direitos do empregado, erigidos em tempos diversos, sob a justificativa de

¹ Significa que a liberdade contratual não é irrestrita, deve ser harmônica ao grau de autonomia de cada polo contratual e corresponder aos valores expressos na Constituição Federal.

que seu patrão está sujeito ao risco da atividade, impondo-lhe a aceitação de uma lesão que, ao iniciar o seu empreendimento, nem mesmo o mais diligente dos empresários teria consciência, golpeia os direitos fundamentais do empregador, pois torna-o vítima da própria lei, a qual, ao invés de promover a união e a solidariedade para o enfrentamento da crise, outorga, ao empresário, obrigação contextualmente irrazoável, desproporcional e economicamente insustentável, a de afiançar todos os direitos de seus funcionários, acarretando, por óbvio, a demissão em massa ou a declaração de falência.

Ademais, o empregado, à luz dos seus direitos da personalidade, não pode ficar à mercê da superveniente insustentabilidade econômica de seu contrato de trabalho. Ele deve ter o direito de perseguir seus próprios interesses, mesmo que imateriais, como a manutenção de seu vínculo empregatício.

Neste ínterim, o estudo tece uma análise das medidas tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente, a Medida Provisória (MP) 936 e a Lei nº 14.020/20, para a manutenção do emprego e da renda, investigando se a nova norma está de acordo com os direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade.

A pesquisa tem como recorte temporal o período de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Como recorte temático, os direitos da personalidade dos empregados e empregadores, considerando que ambos são titulares e destinatários desses direitos, sendo utilizado o método dedutivo para a condução do estudo.

A originalidade deste artigo está, principalmente, no estudo do direito de autotutela e autopreservação, justificando que, estabelecidos critérios mínimos ao contrato de trabalho, as partes devem ser livres para ajustarem o contrato à sua realidade.

Em outras palavras, o incremento da liberdade contratual, à luz dos direitos da personalidade, permite que as partes persigam seus próprios interesses, dado que regras generalizantes, impostas de forma universal, sem o devido respeito às particularidades de cada caso, condicionam as partes a aceitarem, ou não, a relação imposta.

Para alcançar o objetivo traçado, o estudo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo analisa a redução proporcional da jornada de trabalho e da remuneração. No segundo capítulo será analisada a suspensão temporária do contrato de trabalho. Por fim, o terceiro e último capítulo arremata os efeitos gerados pela MP, convertida na Lei nº 14.020/20, à luz dos direitos da personalidade.

A contribuição esperada deste estudo é demonstrar que a flexibilização de algumas garantias trabalhistas, nos termos redigidos pela Lei nº 14.020/20, oriunda da MP 936/20, pode resultar na manutenção do vínculo empregatício, pois, frente à pandemia, oportunizou-se o exercício da liberdade, pela autocomposição.

Isto é, empregados e empregadores, ao invés de estarem confinados a regras fixas e generalizantes que tornam, frente ao cenário pandêmico, a manutenção do vínculo insustentável, podem adequar o contrato à realidade específica de cada empreendimento, respeitando, é claro, um núcleo intangível de direitos, como, por exemplo, o valor da hora de trabalho, evitando vícios de

consentimento e precarização injustificada da relação contratual.

1 REDUÇÃO PROPORCIONAL DA REMUNERAÇÃO E DA CARGA HORÁRIA

Em decorrência do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, foi publicada, no dia 1º de abril de 2020, a Medida Provisória (MP) 936/20, a qual foi convertida na Lei 14.020/20, responsável por instituir o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com a finalidade de “preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública” (BRASIL, 2020a).

Para atingir o seu propósito, a nova norma prevê duas alternativas para o enfrentamento da crise econômica, quais sejam a redução da remuneração de forma proporcional à carga de trabalho, e/ou a suspensão do contrato de trabalho (CALEGARI, 2020). Com essa postura, o Estado flexibiliza determinadas normas trabalhistas clássicas, pretendendo conferir maior liberdade às partes que, ao predisporem de um maior número de alternativas de autocomposição, conseguem adequar o seu contrato de trabalho à sua realidade particular.

A possibilidade de se reduzir jornada e renda não é nova, pois o artigo 611-A, §3º, da CLT, já introduzia esta alternativa, situação que, em seus termos, só se processa por meio de convenção ou acordo coletivo, conforme orienta o artigo 7º, VI, da CF (LEITE, 2020). Sucede que, em tempos ordinários, para a redução da jornada e da renda, exige-se a participação do Sindicato, responsável por balancear a relação contratual e, assim, verificar se os interesses da parte mais fraca, o funcionário por ele assistido, estão sendo atendidos. Aliás, em contrapartida ao ajuste, o empregado afetado com a redução de jornada e/ou salário, recebe uma garantia de emprego “durante o prazo de vigência do aludido instrumento coletivo” (MIZIARA, 2020. p. 2).

Ao se avaliar a literalidade do aludido artigo 7º, inciso VI, da CF, poder-se-ia concluir, mediante análise rasa e literal, que é inconstitucional a redução de salário mediante acordo individual, pois, obrigatoriamente, para ser válido, o ajuste precisa da chancela do Sindicato da categoria (CASSAR, 2020).

Não obstante a aparente nulidade, o artigo 7º da MP 936/20 (BRASIL, 2020a), bem como a Lei 14.020/20, instituem que “o empregador poderá acordar a redução proporcional de trabalho e de salário de seus empregados”, o qual se realizará, nos termos do inciso II deste artigo, “por acordo individual escrito”.

À vista das novas regras, a jornada de trabalho e a remuneração do empregado podem, por meio de acordo individual, sem a chancela do Sindicato, ser proporcionalmente reduzidas nos percentuais de 25, 50 ou 70%, sendo que, aditivamente à contenção remuneratória, o empregado percebe, da União, uma verba indenizatória em valor proporcional à redução (25, 50 ou 70%), calculada sob o valor do seguro-desemprego, o qual faria jus caso imotivadamente dispensado. Acontece que, na prática, quanto maior a remuneração do empregado, maior será o impacto da

transação, vez que o valor do seguro-desemprego espelha aproximadamente 80% do salário-base do trabalhador, isso quando não ultrapassado o teto de R\$ 1.813,03.

Exemplifica-se:

- . Salário de R\$1.045,00, com redução de 25% a renda final será de R\$992,75;
- . Salário de R\$1.700,00 com redução de 25, 50 ou 70% perderá cerca de 5,5, 11 e 15% da sua renda;
- . Salário de R\$3.000,00, com redução de 25, 50 ou 70% perderá cerca de 10, 20 e 27%
- . Salário de R\$13.000,00 com redução de 70% a renda cairá 60% (CASSAR, 2020, p. 3).

Em síntese, nota-se que o empregado sofrerá as consequências da pandemia, de forma proporcional à sua remuneração, de forma análoga à que já enfrenta com o Imposto de Renda progressivo², não existindo, à vista do tratamento proporcional à situação financeira do operário, razões para a doutrina e/ou jurisprudência se oporem ao novo regulamento.

Para alguns estudiosos, pactuar essa diminuição de renda, sem a intervenção do Sindicato, só se justifica pela ponderação de interesses que se faz necessária frente à pandemia, pois, caso contrário, violaria o disposto no artigo 7º, inciso VI, da CF (CASSAR, 2020). De forma mais aprofundada, defende-se que, à custa do evento extraordinário, Covid-19, a proteção ao salário deve ser balizada em prol do princípio da busca do pleno emprego (MEIRELES; GUIMARÃES, 2020), da saúde pública (MARTINS, 2020) ou, de forma abrangente, em prol dos direitos humanos e fundamentais de terceira geração, expostos nos artigos 1º, III, 5º, 7º, 9º, 96, 125, 127 a 129 etc. (SANTOS, 2020a).

Agregadamente, à luz dos direitos da personalidade, responsável por assegurar, ao particular, a capacidade de gerir sua própria vida, defende-se que a proteção ao salário, dentre outros direitos fundamentais, não pode ser inflexível, de tal modo a impedir que o indivíduo persiga seus interesses pessoais³.

Por outro lado, indubitavelmente, para se permitir a transação e/ou renúncia de um direito fundamental, deve-se verificar se a autonomia não existe apenas no papel, pois, neste caso, a liberdade contratual deve ser restringida, para promoção de uma liberdade fática (DUQUE, 2019).

Sucedese que, no presente momento, conforme já exposto, o empregador, nos termos do artigo 2º da CLT, assumiria todo o ônus do evento extraordinário e, por consequência, passaria a ocupar posição de maior vulnerabilidade, já que, seu funcionário, ordinariamente hipossuficiente, continuaria com o direito de receber o seu salário, independentemente de, se por ato do estado ou

2 O Imposto de Renda adota um sistema progressivo de encargos e, portanto, quanto maior a renda, maior será a alíquota, conforme § 1º, do artigo 145, da Constituição Federal, verbis: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

3 Nesse sentido, defende Marcelo Schenk Duque (2019, p. 64), ao dispor que: “Por força do direito de livre desenvolvimento da personalidade, ambos os titulares de direitos fundamentais que tomam parte em um negócio privado teriam a liberdade de restringir contratualmente e de modo eficaz as suas respectivas posições jurídico-fundamentais”.

município, o empregador precisar temporariamente fechar as portas.

Resumidamente, frente ao cenário atual, à luz dos direitos da personalidade do empregador fragilizado, que não resguarda o mesmo poderio negocial de outrora, cabe ao Estado reequacionar a relação, reprimindo direitos clássicos que, por ocasião do Covid-19, tornaram-se abusivos.

Além de todo o exposto, contribuindo para a validade da redução de renda e jornada mediante ajuste individual, Sônia Mascaro Nascimento (2020) entende que, independentemente do cenário, não há, no artigo 7º, inciso VI, da CF, nenhum impedimento para se reduzir a remuneração de forma equivalente à redução da carga horária. Há vedação, por outro lado, da manutenção da carga horária com a redução do salário, por meio de acordo individual.

Sob perspectiva diversa, representando corrente minoritária, alguns doutrinadores defendem que, à vista da literalidade do artigo 7º, IV, da CF⁴, nem em situação de calamidade pública seria possível firmar acordo com a proporcional redução de renda e jornada, se não pela via coletiva (ROMANO, 2020).

O posicionamento acima, ao apenas considerar a literalidade de um único artigo constitucional, desprezando a liberdade e os interesses das partes, dentre outros direitos fundamentais, encontra raso alicerce jurídico. As normas constitucionais não se comportam como elementos isolados, elas compõem um corpo único, a Constituição Federal, e, por conta disso, devem ser interpretadas de forma coordenada, coerente e lógica, não isoladamente, como pretende a corrente minoritária.

Não obstante as críticas acerca da fragilidade da tese, insistindo na nulidade do ajuste individual, a Rede Sustentabilidade propôs a ADI 6363/DF, cabendo ao Superior Tribunal Federal (STF) decidir se há possibilidade de reduzir a renda por instrumento individual. Em decisão preliminar, decidiu o Ministro Ricardo Lewandowski:

[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. (BRASIL, 2020b)

Nos termos expostos, a decisão deu parcial provimento ao pleito da Rede Sustentabilidade, impondo a apresentação do ajuste individual ao respectivo Sindicato, que poderia deflagrar uma negociação coletiva, em caso de discordância. Quer dizer, em princípio, os acordos individuais são válidos, excetuando-se aqueles nos quais o Sindicato deflagra, no prazo de dez dias, a negociação coletiva.

Entretanto, no dia 17 de abril de 2020, nos termos do voto do Ministro, relator do Acórdão, Alexandre de Moraes (2020), a decisão preliminar foi, por maioria de votos, derrubada. Isso pois, seguindo o voto do Ministro relator, o STF passa a entender que a redução da remuneração e da jornada, por instrumento individual, é plenamente válida, especialmente pelo fato de que a norma

4 Nos termos da CF: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”

constitucional, artigo 7º, inciso VI, incide apenas nos casos em que há conflito de interesses.

Em outras palavras, conforme defendido pelo STF, à luz dos direitos da personalidade, o qual assegura aos particulares a autonomia de gerir a própria vida, o judiciário só pode intervir nas relações privadas quando há conflito de interesse, pois, não havendo contenda, estar-se-á diante do exercício de uma liberdade, a qual possibilita, aos indivíduos, traçar o curso de suas próprias vidas.

A decisão se coaduna com os direitos da personalidade do empregador e do empregado, pois, não havendo conflito de interesses, não caberia à Constituição Federal impor regra tão rígida que tolhesse a capacidade dos indivíduos de perseguirem seus próprios interesses individuais.

Corroborando o posicionamento, ilustra-se que o direito a greve, apesar de constitucionalmente garantido, configura hipótese de suspensão contratual e, como tal, não dá ao empregado direito de receber pelos dias de paralisação⁵. Isto é, nem mesmo o exercício do direito constitucional à greve é capaz de impor, ao empregador, o ônus de remunerar serviço não prestado por escolha do operário, pois, de outra forma, se obrigado a remunerar as faltas voluntárias de seu funcionário, esse empregador ficaria à mercê de potenciais abusos no exercício do direito⁶, perdendo o controle sobre as finanças de seu próprio negócio.

É preciso reconhecer que empregados e empregadores são, concomitante e reciprocamente, titulares e destinatários dos direitos da personalidade (GODOY, 2020) e, à vista disso, caso o empregado, por exemplo, deseje pugnar por melhorias, ele deve ser livre para reivindicá-las por meio de uma greve, gozando dos possíveis benefícios, assim como arcando com eventuais ônus, como o não pagamento de salários dos dias de paralisação.

Nesse íterim, defende-se que só há liberdade enquanto objeto tutelado pelos direitos da personalidade, quando o indivíduo se sujeita aos bônus e aos ônus provenientes de suas condutas, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de um déspota, aquele que não necessita respeitar a liberdade ou o direito alheio⁷.

É pelo exercício dos direitos da personalidade, em sua feição de liberdade, que os seres humanos se diferenciam entre si, criando uma personalidade própria, particular. Em decorrência disso, uma pessoa, trabalhando no mesmo local e produzindo os mesmos bens que outras, tem o direito de, independentemente da vontade das demais, optar por receber menor remuneração em troca de uma maior liberdade (SEN, 2018). Exemplificativamente, em princípio, um indivíduo, em condição de equivalência contratual, deve ser livre para alterar o seu contrato de trabalho, mesmo que de forma materialmente prejudicial (ônus), para perseguir interesses diversos, particulares, como, exemplificativamente, trabalhar menos e conviver mais com sua prole (bônus).

Justamente na perspectiva defendida, respeitando os direitos da personalidade e,

5 Este é o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme extrai-se do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 28600-70.2009.5.21.0013, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (BRASIL, 2013). Isto é, a greve, apesar direito constitucionalmente garantido, configura hipótese de suspensão do contrato de trabalho e, à vista disso, os dias de paralisação não são remunerados.

6 Ilustrativamente, a doutrina majoritária critica a proteção desmedida que, judicialmente, vem sendo conferida à gestante, afirmando que “haveria o uso abusivo do direito de ação, quando a empregada pretende receber somente a indenização pelo período de estabilidade provisória, diante de sua omissão em pleitear, oportunamente, a reintegração ao emprego” (MOURA, 2017. p. 391).

7 Quer dizer, o exercício de uma liberdade, enquanto direito universal, consiste na capacidade do indivíduo agir, desde que assuma eventuais danos causados à liberdade alheia.

consequentemente, equilibrando-se, entre empregados e empregadores, os benefícios e os danos oriundos da pandemia, a MP 936 e a Lei nº 14.020 possibilitam que o empregado trabalhe menos, estando menos tempo sujeito ao poder diretivo de seu patrão e, por conta disso, perceba menor remuneração. Simultaneamente a isso, o empregador, em virtude da diminuição da demanda ocasionada pela pandemia (SANTOS, 2020b), pode reduzir sua capacidade produtiva, em índices de 25, 50 ou 70%, adaptando-a às suas necessidades concretas, evitando a demissão de seus funcionários.

Em suma, para poder manter a viabilidade econômica de seu negócio, o empregador poderá reduzir a renda dos seus operários, de forma proporcional à redução da carga horária, adquirindo, por consequência, menores lucros, assim, empresários e funcionários passam a se sujeitar, simetricamente, aos danos causados pelo Covid-19.

A imposição, a qualquer uma das partes, de obrigação sem contraprestação⁸, principalmente neste período extraordinário e imprevisível (FRANCO FILHO; MARANHÃO, 2020), infringe os direitos da personalidade daquele que suporta, sozinho, todo o ônus do evento danoso.

Nessa perspectiva, o engessamento do contrato de trabalho⁹, ao obrigar a observância de regramento desassociado do contexto atual, pode resultar na demissão de milhares de trabalhadores, principalmente nas empresas em que, por ato do estado ou município, estão, completa ou parcialmente, impedidas de funcionar (GARCIA, 2020).

Nessa lógica, a pesquisa defende que, as alternativas propostas para a redução da carga de trabalho (25, 50 ou 70%), permitem que o empregador adeque o contrato de trabalho de seu funcionário para a sua realidade, não estando mais restrito a regras universais que poderiam inviabilizar, economicamente, a manutenção do vínculo empregatício. Nesse sentido, os direitos da personalidade desvencilham-se de sua herança kantiana, vez que as regras não são universais (PINTO, 2020). Fornecer as mesmas garantias a todos os trabalhadores e os mesmos ônus a todos os empresários, pode representar um excesso de prerrogativas, quando aplicadas em casos concretos (GODOY, 2020)

Para atender às peculiaridades e necessidades de cada classe social de operários e de empresários, como previsto na MP 936, dificultou-se a redução da renda de alguns e se facilitou para outros, garantindo o efetivo exercício de uma liberdade, sem vícios de consentimento.

Inicialmente, com a MP 936, permitiu-se a redução da jornada de trabalho e remuneração, dos empregados com salários de até R\$ 3.135,00 (MARTINS, 2020) e daqueles considerados hipersuficiente, assim como reconhecidos pelo parágrafo único¹⁰ do artigo 444 da CLT (MEIRELES; GUIMARÃES, 2020).

Restringindo as possibilidades, após a conversão da MP na Lei 14.020, objetivando-se impedir qualquer abuso de direito por parte dos grandes empresários, entendeu-se adequado

⁸ Como projetaria, neste período, a legislação clássica trabalhista, nos termos do artigo 2º da CLT.

⁹ Como já exposto, à luz dos direitos da personalidade, as partes devem ter autonomia para restringir suas proteções jurídicas (DÚQUE, 2019).

¹⁰ In verbis: “A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

abordar com maior severidade, as empresas que tiveram, em 2019, receita bruta declarada superior a R\$ 4.8 milhões, só podem reduzir a jornada de trabalho de seus funcionários que percebem salário de até R\$ 2.090,00 ou daqueles hipersuficiente¹¹.

O tratamento diferenciado às grandes empresas demonstra que, além dos empregados¹², os empregadores também se sujeitam as regras que se coadunam com sua situação econômica, isso porque as empresas de pequeno porte carecem de maiores liberdades contratuais para se manterem economicamente viáveis, ao passo que, fornecer as mesmas condições negociais para uma empresa de grande porte pode resultar em um privilégio. À vista disso, dificultou-se a redução de jornada e renda para aquelas empresas que, no ano de 2019, faturaram mais de 4.8 milhões de reais (ARAÚJO; DONEGÁ, 2020).

Em resumo, defende-se que a imposição de regras diferentes, mas equânimes, pretende corrigir “a desigualdade entre as partes numa relação contratual individual assimétrica” (LUDWIG, 2020. p. 5), permitindo, à luz dos direitos da personalidade, o exercício de uma efetiva liberdade, pois atendeu-se as necessidades específicas dos envolvidos¹³ (FRANCO FILHO; MARANHÃO, 2020).

Expostas as características da redução de jornada e renda, passa-se para à análise da suspensão contratual.

2 SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO

A Lei 14.020, oriunda da MP 936, além de possibilitar a redução de jornada e remuneração, permite a suspensão do contrato de trabalho por até 60 dias, tempo que pode ser cindido em dois períodos de 30 dias (CALEGARI, 2020). Com isso, os empresários que, devido às circunstâncias atuais, precisam suspender suas atividades, também não terão que arcar com o salário daquele empregado, com o contrato suspenso. Em contrapartida, esse empregado recebe, da União, verba indenizatória correspondente ao valor de seguro-desemprego, o qual faria jus na hipótese de ser demitido imotivadamente (ARAÚJO; DONEGÁ, 2020).

Nos termos defendidos no capítulo anterior, mais uma vez, respeitando a diferença no poderio negocial de alguns empregadores, determinou-se que as empresas que houverem auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a 4.8 milhões de reais, precisam continuar pagando 30% do salário que seria devido, enquanto o governo banca 70% do seguro-desemprego, durante a suspensão (ROMANO, 2020).

Evidentemente que a suspensão do contrato, assim como a redução de jornada e renda, não pode ser imposta, deve ser bilateralmente aceita. Assim sendo, não cabe ao empregado, unilateralmente, escolher ficar em casa, recebendo verba correspondente ao seguro-desemprego

11 Elucidativamente, as empresas de menor faturamento continuam com o mesmo limite imposto pelo MP 936, podendo reduzir a jornada de trabalho e remuneração dos empregados que recebem até R\$ 3.135,00.

12 Lembra-se que o impacto da redução da renda é proporcional à renda do empregado, de forma progressiva, assim como ocorre, em analogia, com o Imposto de Renda.

13 Eventual abuso de direito, conforme prevê o artigo 187 do Código Civil, deverá ser analisado no caso concreto, inclusive com aplicação de sanções de caráter punitivo pedagógico (CASSAR, 2020).

para se proteger do vírus, ao mesmo tempo que não cabe à empresa, unilateralmente, forçar a suspensão do contrato de trabalho para economizar com a folha de pagamento.

Apesar de a empresa não poder forçar, unilateralmente, a suspensão do contrato, o fato de o empregado não aceitar a nova condição, não impede a sua demissão, afinal, o empregador depende da viabilidade econômica de seu empreendimento e, também, é titular dos direitos da personalidade, fato que importa na sua capacidade de gerir seu próprio negócio.

Respeitando a liberdade das partes, a lei deve aceitar que o empregado e o empregador, especialmente neste momento histórico, sejam capazes de dividir o ônus do evento danoso, Covid-19, de forma equânime, evitando que as condições negociais firmadas em tempos ordinários, tornem-se demasiadamente onerosa para apenas uma das partes ou que impossibilitem a manutenção de uma relação, genuinamente, pretendida por ambas as partes. Afinal de contas, conforme exposto no capítulo anterior, seguindo o posicionamento do STF na ADI 6363/DF, a norma constitucional, entre elas os direitos fundamentais, incide apenas nos casos em que há conflito, sem conflito, estar-se-á diante do livre desenvolvimento da personalidade, mesmo que isso importe em uma alteração materialmente prejudicial, pois se persegue algo além, um interesse imaterial, como a manutenção do emprego.

Neste passo, seguindo ensinamento de Marcelo Schenk Duque (2019. p. 54)

[...] sempre que disposições negociais privadas ferirem direitos fundamentais de um contratante, não havendo consentimento, possibilidade de reação fática ou noção exata por parte do destinatário da lesão quanto aos danos provocados por essa conduta, hipótese que se configura em uma violação geral ao livre desenvolvimento da personalidade do particular, tem-se que os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados, a fim de garantir a observância das decisões de valor da constituição também no marco das relações de direito privado.

A análise do professor, em tempos ordinários, justifica a própria existência e configuração da Consolidação das Leis do Trabalho, pois dá voz a parte, em regra, mais fraca, o empregado, ao fornecer-lhe instrumentos normativos, com o objetivo de equalizar a relação contratual.

Em outros termos, o Direito do Trabalho tem a finalidade de “melhorar as condições de trabalho, construindo um contrapeso necessário para a harmonização das partes contratantes” (DELGADO; DELGADO, 2017. p. 21). Justamente por ter esse fim, considerando que os contrapesos normativos clássicos não mais se compatibilizam com o novo contexto histórico, faz-se necessário flexibilizar ou desregulamentar algumas das regras consolidadas, distribuindo-se o ônus causado pela pandemia, para se reestabelecer a equidade contratual (FRANCO FILHO; MARANHÃO, 2020).

Neste ínterim, o Direito precisa acompanhar a conjuntura do mercado, para não lhe impor restrições desmedidas, conforme se preocupa Amartya Sen (2018, p. 36):

Restrições arbitrárias ao mecanismo de mercado podem levar a uma redução de

liberdades devidos aos efeitos consequenciais da ausência de mercados. Negar às pessoas as oportunidades econômicas e as consequências favoráveis que os mercados oferecem e sustentam pode resultar em privações

Apesar do Direito do Trabalho ser construído para proteger o operário, diante do novo contexto **fático**, não se pode assegurar a observância de todas as suas prerrogativas, pois restringiriam a viabilidade econômica de muitos empreendimentos, resultando em privações, tanto do empregado quanto do empregador, na medida em que o empreendimento é responsável por sustentar a renda de ambos. À vista do exposto, neste período de calamidade, ou admite-se a flexibilização dos direitos, a fim de garantir sua fruição e preservação, ou sequer existirá trabalho para o gozo desses direitos.

De maneira esmiuçada, expôs-se que a manutenção de todas as garantias do empregado colocaria em risco a viabilidade econômica do contrato de trabalho, principalmente ao considerar que, por força do artigo 2º da CLT, o empresário seria obrigado a remunerar o seu funcionário, mesmo em eventuais períodos de suspensão da atividade econômica, ocasionando, invariavelmente, a demissão em massa ou a declaração de falência, havendo, em qualquer das hipóteses, a diminuição das vagas de trabalho. À vista disso, conforme estabelecido no parágrafo 19 da Recomendação nº 166 da Organização Internacional do Trabalho (2020), visando promover a solidariedade e a união para o enfrentamento da crise econômica proveniente da pandemia, defende-se que as partes devem contar com uma maior liberdade contratual, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos provenientes de eventual rescisão contratual, uma vez que, sem emprego, não há subsistência.

Assim, deve estar claro que a suspensão do contrato de trabalho e a redução da jornada e renda, nos termos e condições previstos no Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, são medidas eficazes e necessárias, pois “de nada vale a preservação absoluta de todos os direitos dos empregados, se ensejará o risco de que uma parte considerável dos trabalhadores perca o emprego, deixando de usufruir de qualquer um deles” (NASCIMENTO, 2020. p. 5). Ademais, sem emprego, o trabalhador tende a sujeitar-se a contratos de trabalho precários, para cobrir uma necessidade, a de sobrevivência (FERIATO; SILVA, 2020).

Apontadas as características da suspensão do contrato de trabalho, o estudo volta-se especificamente aos direitos da personalidade, objetivando demonstrar a importância do instituto para o direito do trabalho.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E FUNDAMENTAIS

De início, deve-se considerar que a própria finalidade do direito do trabalho “encontra raízes nos direitos da personalidade, tendo em vista que seu fundamento necessário é a liberdade, especialmente, o livre-arbítrio para trabalhar” (SILVA; MARQUES, 2020. p.123). Isto pois, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, antes de servir como instrumento de proteção contra o trabalho precário e respeito à dignidade, justifica a própria existência de uma relação

laboral.

Esses direitos da personalidade estão inseridos no rol de direitos fundamentais, logo, seus preceitos irradiam efeitos nas relações privadas de trabalho (FERIATO; SILVA, 2020), ficando a operacionalidade a cargo do judiciário, na ponderação de interesses no caso concreto, e ao legislativo, na criação das normas que regem a relação laborativa.

Nessa senda, o judiciário assume o papel de aplicar a lei ao caso concreto, verificando, ao ponderar o respeito aos direitos da personalidade, o grau de autonomia de cada polo de uma relação jurídica, evitando-se, de forma razoável e proporcional, sancionar relações jurídico-negociais indesejadas. O legislativo, por sua vez, deve acompanhar os acontecimentos históricos, assim como o fez ao publicar a Lei nº 14.020, dado que, para esse estudo, forneceu o “contrapeso necessário para a harmonização das partes contratantes” (DELGADO; DELGADO, 2017. p. 21).

Para harmonizar uma relação jurídica, o Estado precisa salvaguardar um mínimo de direitos, especialmente aos hipossuficientes, estabelecendo uma base intransponível e inegociável, pois a precarização do trabalho, oriunda da supressão de direitos básicos, ocasiona danos psíquicos, morais e, até mesmo, físicos (SILVA; ALVÃO, 2020). Por outro lado, antes de se estabelecer o que é intransponível, precisa-se investigar se o contrato de trabalho permaneceria, após o engessamento, economicamente viável, pois de nada adianta resguardar uma série de garantias, sem não houver trabalho para gozá-las.

Em termos mais concisos, considerando que os direitos da personalidade fundamentam a existência do contrato, assim como servem de ferramenta de combate à precarização, à luz desse preceito, deve-se garantir a autonomia privada, na medida da capacidade de decidir, sem vícios de consentimento. Explico.

Entende-se por livre capacidade de decidir, como a “ausência de imposição de vontade alheia por qualquer meio contrário ao direito e na presença de todos os elementos que se façam minimamente indispensáveis para uma ponderação entre as vantagens e desvantagens do negócio” (DUQUE, 2019. p. 339).

Apontado isso, demonstrou que a Lei 14.020, oriunda da MP 936, ao mesmo tempo que retirou o excesso de prerrogativas que se formariam em decorrência do cenário pandêmico, abriu espaço para a legítima autocomposição.

Isso pois, a nova norma distribui, de forma equânime, os prejuízos advindos do fato extraordinário, Covid-19, na proporção que estipula várias medidas alternativas, como a redução de jornada e/ou suspensão, que, por meio da autocomposição, permite que as partes persigam seus próprios interesses, mesmo que imateriais, como a manutenção do trabalho.

Coloca-se os interesses legítimos do empregado, sua essência, acima de seus bens materiais (MACEDO, 2020), abrindo espaço para o livre desenvolvimento da personalidade do operário, ato que encontra fundamento no posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes, pois, nem mesmo a Constituição pode enrijecer o contrato de forma a impedir a perseguição das vontades individuais, vez que a norma superior só incide no caso de conflito.

Arrematando-se, a pesquisa sustenta que, garantida a proteção de direitos mínimos que

balizam o poder negocial das partes, estas devem ser, à luz dos direitos da personalidade, livres para perseguirem seus próprios interesses por meio da autocomposição, nos termos erigidos pela Lei 14.020, oriunda da MP 936.

CONCLUSÃO

O estudo respondeu ao problema proposto no início, demonstrando a importância da Lei nº 14.020 no enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19, dado que empregados e empregadores, ao invés de estarem confinados a regras fixas e generalizantes que tornam, frente ao cenário pandêmico, a manutenção do vínculo insustentável, podem adequar o contrato a realidade específica de cada empreendimento.

Para isso, analisou-se que promover a autonomia dos indivíduos, após o estabelecimento de critérios mínimos, culmina na preservação, ou até fomento, dos vínculos empregatícios.

Regras ontológicas, no sentido de estarem desassociadas da presente realidade, por mais que representem uma garantia para a parte ordinariamente mais fraca, pode, em situações econômicas adversas, retirar o acesso ao vínculo empregatício, mantendo-se um rol de direitos que não podem ser fruídos.

Em outras palavras, o engessamento do ordenamento jurídico brasileiro, ao evitar o livre desenvolvimento da personalidade das partes que estão condicionadas a manter uma relação contratual inflexível, pode culminar no desinteresse relacional.

O livre desenvolvimento da personalidade dos trabalhadores e empresário importa em maior liberdade, sendo esta entendida como a capacidade de autogestão, sem vícios de consentimento.

Isto é, todas as vezes que algumas das partes, sem consentimento ou capacidade de reação, estiverem presas a normas que importem em prejuízos e/ou impossibilitam a composição de uma relação genuinamente pretendida, estar-se-á infringindo os direitos da personalidade dos envolvidos.

Justamente nessa perspectiva, a pesquisa defende que o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda está sendo fundamental para o enfrentamento do período pandêmico, pois, ao invés de condicionar as partes a regras **rígidas e universais**, promoveu-se a liberdade contratual, possibilitando que empregados e empregadores, de forma solidária e de acordo com as peculiaridades de cada caso, assumissem parcela do gravame oriundo da crise econômica, evitando, com isso, a rescisão contratual. Além do mais, esse incremento da autonomia contratual, neste período crise, está em sintonia com o parágrafo 19 da Recomendação nº 166 da OIT, uma vez que sem trabalho não há subsistência e, portanto, quando possível, os efeitos da rescisão contratual devem ser mitigados ou evitados, conforme prestou-se o Programa Emergencial.

Em síntese, o ordenamento justabilista, ao invés de adotar regras rígidas e generalizantes, deve preservar um núcleo intangível de direito, como o valor da hora de trabalho,

e, simultaneamente, dar maior flexibilidade ao contrato, permitindo que as partes persigam seus próprios interesses, mesmo que imateriais, de forma a atender o comando constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assim como possibilita a Lei 14.020.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, André Eduardo Dorster; DONEGÁ, Priscilla Carrieri. MP 936/20 e as relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 46, n. 211, maio/jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 936 de 01 de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo [Decreto Legislativo nº 6](#), de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a [Lei nº 13.979](#), de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1 – extra, Brasília, DF, ano 158, p.1, 1 de abril de 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 25 de jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.363**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Brasília. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista**. Agravante: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Crédito de Mossoró e Região – SINTEC. Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. Relator: Vieira de Mello Filho. Brasília, 2013. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/a.o?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=28600&digitoTst=70&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=21&varaTst=0013&submit=Consultar>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CALEGARI, Luiz Fernando. A Medida provisória nº 936/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs de regras trabalhistas complementares. **Revista Síntese**: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 30, n. 371, p. 71-81, maio 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários a Medida Provisória 936/20**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 2020. Disponível em: <https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/COMENTA%CC%81RIOS-A%CC%80-MEDIDA-PROVISO%CC%81RIA-936-20.pdf>. Acesso em: 30 abr 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. *In*: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.) **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p.17-27.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

FERIATO, Juliana Marteli Fais; SILVA, André Rodrigues Pereira. O dano existencial sob a perspectiva da perda de uma chance: a liberdade de escolha, os valores vitais e o sentido da vida. *In*: SILVA, Leda Maria Messias da; ALVÃO, Leandra (org.). **Temáticas do meio ambiente de trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2020. p. 55-67. v. 2.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MARANHÃO, Ney. **COVID-19: força maior e fato do príncipe**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, mar. 2020. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/COVID-19%20-%20FOR%C3%87A%20MAIOR%20E%20FATO%20DO%20PR%C3%8DNCIPE.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Desafios atuais dos direitos da personalidade. *In*: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Barueri: Manole, 2020.

LEITE, Gisele. Comentários à Medida provisória nº 927/2020. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 30, n. 371, p. 50-58, maio 2020.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Medidas trabalhistas emergenciais no estado de calamidade pública: uma análise constitucional e sistemática das medidas provisórias 927, 936, 944, 945, 946/2020**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 2020. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/MEDIDAS%20TRABALHISTAS%20EMERGENCIAIS%20NO%20ESTADO%20DE%20CALAMIDADE%20PU%CC%81BLICA%20+.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MACEDO, Andréia Rodrigues. Intervalo intrajornada: reflexos na saúde e na qualidade de vida do trabalhador. *In*: SILVA, Leda Maria Messias da; ALVÃO, Leandra (org.). **Temáticas do meio ambiente de trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2020. p. 88-98. v. 2.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Coronavírus e trabalho**. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 30, n. 371, p. 9-32, maio 2020.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; GUIMARÃES, Ana Cláudia. Medida provisória 927/20: inovações em aspectos trabalhistas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1016, jun. 2020.

MIZIARA, Raphael. Em razão da COVID-19, é lícita a redução geral dos salários dos empregados da empresa, conforme autoriza o art. 503 da CLT? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1016, jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Pleno- Redução de salários por acordo individual em decorrência da Covid - 19 - com audiodescrição**. 1 vídeo. (3 h, 43 min, 37 segs.) 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ&feature=youtu.be>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das leis do trabalho para concursos**. Salvador:

JusPODIVM, 2017.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Covid-19: redução de salário e jornada:**

constitucionalidade. Rio de Janeiro: Academia Nacional de Direito do Trabalho, 2020.

Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/COVID-19-%20REDU%C3%87%C3%83O%20DE%20SALARIO%20E%20JORNADA.%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf>. Acesso em: 30

abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus).** 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf. Acesso em: 08 mar. 2021.

PINTO, Paulo Mota. Direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 31, n. 96, p. 407-437, dez. 2004.

ROMANO, Rogério Tadeu. A diminuição de salários diante dos efeitos da crise do coronavírus: os limites trazidos pelo artigo 7º, VI, da CF. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 30, n. 371, p. 96-102, maio 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O direito coletivo do trabalho em tempos de coronavírus. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 30, n. 371, p. 44-49, maio 2020a.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade do empregador e fato do príncipe nos tempos do coronavírus, após as Medidas provisórias nºs 927/2020 e 936/2020: análise jurisprudencial. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 30, n. 371, p. 33-43, maio 2020b.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo. Schwarcz S.A., 2018.

SILVA, Leda Maria Messias da; MARQUES, Ana Paula Baptista. Inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e a violação aos direitos da personalidade do trabalhador. *In*: SILVA, Leda Maria Messias da; ALVÃO, Leandra (org.). **Temáticas do Meio Ambiente de Trabalho Digno:** volume II. São Paulo: LTR, 2020. p. 123-133. v.2.

Como citar: FERIATO, Juliana Marteli Fais; ZUIN, Daniel. Comentários ao programa emergencial de manutenção do emprego e da renda. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 56-71, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p56. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 08/05/2021

Aprovado em 08/11/2021

**RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE LITÍGIOS
FAMILIARES PELA ABORDAGEM SISTÊMICA
DAS CONSTELAÇÕES: A EXPERIÊNCIA DO
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ**

CONSENSUS RESOLUTION IN FAMILY DISPUTES
UTILIZING THE SYSTEMIC APPROACH OF
CONSTELLATIONS: THE EXPERIENCE OF THE
JUDICIAL SYSTEM IN THE STATE OF CEARÁ

Mara Livia Moreira Damasceno*
Monica Carvalho Vasconcelos**

*Doutoranda em Direito
Constitucional pela
Universidade de Fortaleza
Professora do curso de Direito
da Universidade de Fortaleza
E-mail: maralivia@unifor.br

**Doutora em Direitos
Fundamentais pela Universidad
Autónoma de Madrid Professora
do Mestrado em Direito e Gestão
de Conflitos da Universidade de
Fortaleza
E-mail: mvasconcelos@unifor.br

Como citar: DAMASCENO, Mara Livia Moreira; VASCONCELOS, Monica Carvalho. Resolução consensual de litígios familiares pela abordagem sistêmica das constelações: a experiência do poder judiciário do Estado do Ceará. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p.72-88, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p72. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Os conflitos de família são complexos e podem envolver questões que extrapolam o aspecto jurídico. Portanto, necessitam de abordagens mais amplas, interdisciplinares. A constelação apresenta-se como uma importante ferramenta, pois possibilita um olhar profundo sobre questões relevantes que permeiam o sistema familiar e interferem na qualidade das relações sociais. Tal técnica tem sido discutida e implementada no Brasil, dentro e fora do Poder Judiciário. Objetivo do trabalho é analisar os contributos da inserção da constelação sistêmica para a resolução dos conflitos familiares e expor como tem sido utilizado no Poder Judiciário do Ceará. O estudo contempla pesquisa bibliográfica e documental na doutrina e legislação, por meio de abordagem exploratória e análise de método dedutivo. Este estudo investiga os dois primeiros anos da experiência da Constelação no Judiciário do Estado do Ceará, que está dando seus primeiros passos rumo a implementação de uma abordagem sistêmica. De acordo com os dados estatísticos coletados, os resultados logrados são positivos e apontam para um futuro promissor, entretanto, os desafios são vários diante da cultura adversarial ainda existente.

Palavras-chave: conflitos familiares, resolução de conflitos, constelação sistêmica, poder judiciário do Estado do Ceará.

Abstract: Family conflicts are complex and can involve

issues that go beyond legalities. Therefore, they need broader, interdisciplinary approaches. In this context, constellation presents itself as an important tool, as it allows a deep look at relevant issues that permeate the family system and interfere in the quality of social relations. Such a technique has been discussed and implemented in Brazil, inside and outside the Judiciary. The objective of this study is to analyze its contributions to the resolution of family conflicts and examine how it has been used in the Judiciary of Ceará, Brazil. This study includes bibliographic and documentary research on Brazil's legislation and scholarly works. Utilizing an exploratory and deductive approach, this paper investigates the first two years of the experience of Constellation in the Judiciary of the State of Ceará, which is taking its first steps towards the implementation of a systemic approach. According to the statistical data collected, the results achieved are positive and point to a promising future, however, the challenges are many because of the adversarial culture that still exists in Brazil's judiciary.

Keywords: family conflict, conflict resolution, systemic constellation, judiciary of the State of Ceará.

INTRODUÇÃO

A família constitui a base da sociedade. O impulso dos seres vivos de viver em pares sempre esteve presente na sociedade, seja para perpetuar a espécie, por amor ou por medo da solidão. A família representa nosso âmbito privado, em que se estabelece as relações íntimas, consanguíneas ou não, em busca de afeto e felicidade.

A vida familiar é permeada por conflitos e o Direito estabelece regras para que tais situações sejam decididas de forma justa. Esse é um ramo que apresenta desafios para a área jurídica, tendo em vista que acompanhar a evolução das relações familiares nas últimas décadas não tem sido fácil. Tal realidade exige dos Poderes Legislativo e Judiciário uma postura inovadora, que promova equilíbrio entre a autonomia das pessoas no tocante à sua vida privada e, ao mesmo tempo, garanta a solução dos conflitos de forma justa.

Mudanças significativas têm sido implementadas, sobretudo depois da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (2010), que instituiu a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. Dentre as medidas mais significativas, destaca-se a inclusão da mediação e da conciliação como peças-chaves do novo modelo de justiça, que aposta no consenso e na interdisciplinaridade para promover uma verdadeira pacificação.

Desde então, outros instrumentos têm sido implementados no âmbito judicial, por meio de iniciativa de juízes, Tribunais e parceiros do Poder Judiciário, a exemplo da constelação familiar, tema central do presente artigo. Desse modo, questiona-se em que medida a aplicação da constelação sistêmica beneficia a solução dos conflitos familiares e como essa metodologia tem sido utilizada pelo Poder Judiciário no Estado do Ceará? Em razão disso o objetivo do trabalho é analisar os contributos da inserção da constelação sistêmica para a resolução dos conflitos familiares e expor como tem sido utilizado no Poder Judiciário do Ceará.

Esta investigação é fruto da atuação das autoras como mediadoras e consteladora no âmbito de família, que têm observado resultados notáveis com a combinação desta técnica com a constelação familiar. O estudo utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental na doutrina e legislação, por meio de abordagem exploratória e análise de método dedutivo.

Inicialmente, serão abordados os conflitos familiares e suas peculiaridades, para contextualizar o cenário em que atuam as técnicas da mediação e da constelação no âmbito do Poder Judiciário. Finalizando com uma abordagem sobre os primeiros dois anos da inserção dessas práticas no Poder Judiciário do Estado do Ceará, que está dando seus primeiros passos nesse sentido.

1 CONFLITOS FAMILIARES E SUAS PECULIARIDADES

O convívio familiar costuma ser permeado de conflitos que envolvem aspectos psíquicos, emocionais, físicos, jurídicos. Tais desavenças costumam ser construídas ao longo do tempo,

constituindo um conjunto de mágoas que crescem em espirais, frutos de ações e reações. Ana Célia Roland Guedes Pinto (2001, p. 65) ressalta que:

O conflito familiar não eclode de uma hora para outra; ele é também uma construção ao longo do tempo e das experiências relacionais. Na maioria das vezes, ele é a somatória de insatisfações pessoais, de coisas não ditas, de emoções reprimidas, de desinteresses, desatenções constantes, traições ou sabotagem ao projeto de vida estabelecido. É em geral, consequência do diálogo rompido ou interpretado incorretamente; do silêncio punitivo. Enfim, ocorre pela constatação de que o modelo imaginado e vivido foi incapaz de garantir a realização pessoal, magicamente esperada.

No âmbito do Direito, os conflitos familiares que guardam íntima relação ao tema aqui abordado são os processos de divórcio, pensão alimentícia, inventários. São ações judiciais geralmente marcadas pela existência de uma forte carga emocional, que muitas vezes dificulta os familiares construir uma solução por meio do diálogo. Como mediadoras e pesquisadoras na área, temos observado sentimentos comuns nas sessões de mediação, tais como: raiva, medo, dor, ciúme, paixão. Nesse contexto, é difícil dimensionar de forma racional e pacífica um desfecho para os conflitos. Como buscar soluções justas e equilibradas, diante de sentimentos intensos?

Além disso, de acordo com a teoria da constelação familiar, a complexidade dessas situações remonta problemas de ordem ancestral, em muitos casos. Ou seja, estão conectados com raízes profundas, sutis e de difícil compreensão. Assim, a constelação traz consciência, ou seja, busca do inconsciente uma circunstância do seu sistema familiar, desperta o entendimento e o desejo de desemaranhar alguns nós transgeracionais e, principalmente, estimula o indivíduo para ter maior controle sobre seus atos, empoderando-o para assumir uma nova postura em relação a sua história familiar. Com o uso da constelação “podemos trazê-las à luz, compreender as implicações e suas intenções, curar o desequilíbrio do sistema familiar, e ajudar o cliente a aceitar o que aconteceu” (LIEBERMEISTER, 2013, p. 35). Dessa forma, a paz é restabelecida de forma consciente naquele sistema, favorecendo um acordo processual, na mediação ou na conciliação que ocorrerão em momentos subsequentes.

Tradicionalmente, o processo judicial tem se centrado na litigiosidade, adversariedade, onde as partes são dispostas em lados opostos, contrários. Autor e Réu, certo e errado; ganhador e perdedor. Essas são dicotomias presentes na seara jurídica que dificultam a continuidade das relações familiares depois de processos de rupturas. Construir uma relação saudável após o fim de uma relação dentro desse contexto é uma tarefa bastante árdua.

O conflito familiar abrange relações permeadas de sentimentos e vínculos continuados, ou seja, após o término do processo, espera-se que as partes continuem se relacionando. Processos litigiosos para esses casos podem ser maléficos para os envolvidos, pois a competição que existe no curso processual sustenta mágoas e rancores que dificultam a obtenção da paz.

Além disso, deve-se observar que os conflitos familiares, muitas vezes, mesclam conflitos aparentes (jurídicos) e reais (relacionados aos sentimentos), e quando a lide jurídica é

resolvida apenas com a sentença de mérito definitiva, em muitos casos, outras ações judiciais são propostas para abordar os mesmos temas e outros subjacentes à mesma situação, por não observarem os conflitos reais inerentes à situação. Portanto, almeja-se construir soluções conjuntas que efetivamente garantam o direito à paz, e assim pacifiquem todos os envolvidos, permitindo-lhes se relacionarem de forma harmoniosa no futuro, para que possam tratar amigavelmente outras questões que porventura possam surgir entre eles.

Desse modo, é importante que haja uma participação efetiva dos próprios envolvidos na solução de seus conflitos familiares. Afinal, as partes são as verdadeiras conhecedoras das circunstâncias que vivem e das consequências de cada decisão que regulamentará o futuro. Nesta sede é que a mediação e a constelação podem dar sua melhor contribuição, pois vem resgatar o indivíduo e suas responsabilidades. “Ajuda a entender o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações familiares. À medida que estas ficam mais claras para as partes, também se clarificam para o Estado, assim como as responsabilidades deste para com os indivíduos” (DIAS; GROENINGA, 2001, p. 62).

Os conflitos familiares não são essencialmente jurídicos. Possuem consequências jurídicas, mas, como já salientado, outros aspectos compõem a essência dessas situações. Desse modo, como o Poder Judiciário pode lidar de forma a contemplar o conflito familiar de modo a verdadeiramente trazer paz e conforto para seus jurisdicionados que estão vivenciando difíceis conflitos? Atualmente, os órgãos que compõem o sistema de justiça no Brasil têm apostado na interdisciplinariedade, como visto a seguir.

Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se os relacionamentos nada mais fossem do que um ninho, em que se estabelecem laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo, pois, como diz Michele Perrot, O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor. Belo sonho (DIAS; GROENINGA, 2001, p. 63).

Por meio de técnicas que se complementam, o Poder Judiciário está implementando ações no sentido de ampliar seu alcance para albergar a esfera afetiva e psíquica dos sujeitos, assim como a esfera psicossocial, na construção de novos papéis depois dos vínculos desfeitos.

2 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR: INTERDISCIPLINARIEDADE NA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE JUSTIÇA INOVADOR

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se em um cenário de intensa conflituosidade e excessiva judicialização dos litígios, com expressiva demora na resolução das demandas. Conforme Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2021, com ano-base 2020, cerca de 75,4 milhões de processos estavam em tramitação aguardando alguma solução

definitiva e este número continua aumentando desde o ano de 2009, reforçando que “Mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos(as) magistrados(as) e dos(as) servidores(as), seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque” (CNJ, 2021, p. 105).

Diante desse crescente número de demandas judiciais, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Resolução Nº 125/2010, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário. Dentre as ações e as atividades vislumbradas por esta política pública ressalta-se a criação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania, oferecendo à sociedade a possibilidade de utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, dentre outros, objetivando o **tratamento adequado ao conflito e a pacificação social**, com intuito de, em especial, empoderar as pessoas, estimulando-os a aprenderem a melhor resolverem seus futuros conflitos em virtude da experiência vivenciada na autocomposição, e assim, por consequência, alcançar a redução na judicialização das controvérsias.

Em sintonia com as ações do Conselho Nacional do Justiça, elaborou-se o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que possibilitou o uso de outros métodos¹ de solução consensual de conflitos, inclusive com atendimento por equipe multidisciplinar,² e ainda, com a vigência da Lei de Mediação de Conflitos (Lei n.º 13.140/2015) fortaleceu-se mais o ordenamento jurídico brasileiro para a prática da autocomposição judicial e extrajudicial, como forma de disseminar a cultura da pacificação social. Tais métodos autocompositivos podem ser praticados com a utilização de diversas técnicas de negociação e da comunicação não-violenta.

A forma tradicional de solucionar as lides no Judiciário já não é considerada a mais eficiente, em virtude de que, muitas vezes, as sentenças de mérito proferidas pelos juízes podem gerar insatisfação de uma ou ambas as partes, possibilitando a interposição de recursos que prejudicam a execução, procrastinando a prestação jurisdicional, causando insegurança e sofrimento para os envolvidos no litígio. Além disso, muitas vezes ocasionam distanciamento entre eles e o agravamento da controvérsia.

Nesse contexto, torna-se perceptível o quanto é necessário a utilização dos mais variados métodos, inclusive interdisciplinares, capazes de não apenas resolver os conflitos jurídicos, mas de efetivamente pacificar as pessoas e assegurar o direito à paz. Diante dessa necessidade, o juiz brasileiro, Dr. Sami Storch³, inseriu a utilização das constelações sistêmicas no Judiciário,

1 Art.3º, §3º do Código de Processo Civil: A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Grifou-se).

2 Art. 694 do Código de Processo Civil: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a **solução consensual** da controvérsia, devendo o juiz dispor do **auxílio de profissionais de outras áreas** de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a **atendimento multidisciplinar**. (Grifou-se).

3 Juiz de Direito no Estado da Bahia, atualmente em exercício na Comarca de Itabuna. Graduado na Faculdade de Direito da USP, Mestrado em Administração Pública e Governo (EAESP-FGV/SP) e Doutorando em Direito na PUC-SP, com tese em desenvolvimento: “Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares”. Formado em Consultoria Sistêmica Empresarial, Coaching e Constelações Organizacionais - Abordagem Bert Hellinger (Coord.: Hoffmann & Partners / Alemanha - Brasil). Treinamento Avançado Intensivo em Constelações Familiares com Bert Hellinger pela Hellingerschule - Alemanha (Hellinger Sciencia - Moving with the Spirit-Mind). Coordena e leciona no Curso de Pós-Graduação Hellingerschule

e foi o pioneiro dessa prática, a qual intitulou de Direito Sistêmico⁴, na qual aplica princípios e leis sistêmicos durante todo o procedimento judicial ou aplica a técnica da constelação com os envolvidos no processo, antes da audiência de mediação ou conciliação.

Existem experiências institucionalizadas pelos Tribunais de Justiça brasileiros, bem como o Conselho Nacional de Justiça reconheceu à aplicação da constelação no ambiente jurídico.

O intuito desta política pública é criar um filtro da litigiosidade, incentivar nacionalmente o surgimento de uma nova cultura de solução negociada e consensual entre os profissionais jurídicos e os jurisdicionados. Essa cultura refletirá em termos de maior coesão social, acarretando mudanças na sociedade, na orientação do ensino jurídico universitário, que formará bacharéis com visão mais ampla e social, conscientizando-os da possibilidade de poder atuar em busca da pacificação e da composição consensual, e não somente pela resolução contenciosa (WATANABE, 2011).

Nesse contexto o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, ambos em 2015, apresentaram mudanças consideráveis, incentivando a utilização de mecanismos consensuais que de fato alcancem o real interesse dos envolvidos, acolhendo a mediação e a conciliação, bem como abriu espaço para caminhos diversos, que garantam de fato a pacificação entre as pessoas envolvidas na lide, que para Luis Alberto Warat (2004, p. 25), mais do que encerrar processos, é preciso “olhar o que geralmente não se enxerga, escutar a voz que não se capta. Os únicos milagres possíveis estão em nossa própria sensibilidade”.

A autocomposição realizada por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos, em especial a mediação, vai além do que a lei determina, “objetiva o encontro de pessoas envolvidas em controvérsias, permitindo a reflexão conjunta e solução de questões a partir do empoderamento pessoal, da liberdade de escolha, da valorização do outro e consequentemente da ressignificação de valores” (SALES, 2017, p. 493).

A mediação é um mecanismo de resolução de conflitos não adversarial, utilizado internacionalmente, em que sem imposições de sentenças, sem opiniões ou sugestões do mediador, as próprias partes identificam seus interesses reais e os preservam por meio de um acordo criativo de benefícios mútuos. O mediador, profissional devidamente capacitado, utiliza técnicas de negociação e comunicação para que as partes consigam resolver os conflitos num clima em que se respeite os laços fundamentais (VEZZULLA, 1998). Conforme Schaefer e Spengler (2020, p. 46), “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”.

Em conformidade com a política pública do CNJ e na contínua busca por tratamento adequado aos conflitos, o legislador permitiu que outros mecanismos pudessem ser introduzidos

de Direito Sistêmico pela Faculdade Innovare. (CNPq).

4 Direito Sistêmico surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. A aplicação do direito sistêmico vem mostrando resultados interessantes na minha prática judicante em diversas áreas, notadamente na obtenção de conciliações em processos da Vara de Família e Sucessões, mesmo em casos considerados bastante difíceis. (STORCH, 2016).

no âmbito judicial, inscrevendo no artigo 3º, § 3º, do CPC, *in verbis* que: “A conciliação, a mediação e **outros métodos** de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” e, em especial, referindo-se aos litígios familiares no artigo 694 do CPC:

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do **auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento** para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a **atendimento multidisciplinar** (Grifou-se).

Com este mesmo propósito, o magistrado da Bahia, Dr. Sami Storch, de forma inovadora, aplicou a técnica da constelação sistêmica aos conflitos judiciais, criando a expressão Direito Sistêmico. O método da Constelação Familiar Sistêmica⁵, abordagem criada pelo alemão Bert Hellinger (2014), demonstra que os relacionamentos humanos são baseados inconscientemente em Leis Sistêmicas (Ordens do Amor) denominadas de: ordem ou hierarquia, pertencimento e a do equilíbrio. “A descoberta dessas leis não aconteceu por meio do raciocínio ético, mas a partir da observação pura - a partir do que é conhecido nos círculos acadêmicos como uma abordagem ‘fenomenológica’ para a realidade” (LIEBERMEISTER, 2013, p. 37).

A lei do pertencimento assegura que cada integrante da família, independente de quem seja e do que fez, tenha o seu lugar no grupo, seja aceito e respeitado igualmente. A lei da hierarquia estabelece que os membros da família são classificados pela ordem de chegada, ou seja, a ordem cronológica de quem chegou primeiro no sistema tem prioridade absoluta. E, por fim, a lei do equilíbrio garante que uma injustiça cometida a uma pessoa do grupo em uma geração anterior, ou cometida por um membro do grupo, deve ser equilibrada por alguém desse mesmo sistema familiar em geração posterior (LIEBERMEISTER, 2013).

A constelação é uma ferramenta utilizada pela terapia sistêmica para observar um grupo de forma imparcial, externa e ampliada, examinando se existe algum emaranhamento. Assim, a constelação mostra se os integrantes do grupo estão envolvidos em problemas pertencentes a outros membros do mesmo sistema. Por exemplo, alguém da família repete comportamentos de um integrante da família da geração anterior, sem tê-lo conhecido, e passa a viver inconscientemente o destino dele. Esses comportamentos e sentimentos sobrepõem-se à vontade consciente dos indivíduos, e aí não consegue explicá-los, nem entendê-los⁶. A constelação esclarece essas questões e possibilita a liberação dos envolvidos nesses emaranhamentos (HELLINGER; HÖVEL, 1996).

Essa técnica é justificada pela consciência coletiva que alcança outros integrantes do grupo,

⁵ A técnica da Constelação fundamenta-se cientificamente pelas teorias da fenomenologia de Edmund Husserl, do psicodrama de Jacob Moreno, das esculturas familiares de Virgínia Satir, das lealdades invisíveis de Ivan Boszormeny-Nagi, do inconsciente coletivo de Carl Gustav Jung, bem como da teoria sistêmica de Fritjof Capra e dos campos mórficos de Rupert Sheldrake.

⁶ “Estamos presos a comportamentos e atitudes que nos derrotam e incitam a cometer atos que não compreendemos e dos quais acabamos por nos arrependar” (MANNEE, 2008, p. 3).

compensando a injustiça praticada. Hellinger (2014), afirma que há uma espécie de “compulsão sistêmica de repetição”. Porém, essa compensação por si só não é capaz de reestabelecer a ordem para o sistema. Daí, a necessidade de utilização da constelação para esclarecer a consciência dos emaranhamentos e possibilitar que a ordem retorne ao sistema (HELLINGER; HÖVEL, 1996).

A constelação por ser conceituada como uma terapia breve, que convida as pessoas para representarem os integrantes do sistema familiar, reconstituindo a árvore genealógica do constelado, para que seja possível identificar e ressignificar bloqueios do fluxo da vida de alguma geração ou de um ente familiar. Segundo Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippmanm, e Maria Fernanda Gugelmin Girardi:

Na visão sistêmica, adotada por Hellinger, cada indivíduo é visto, não de maneira individual, mas sim como parte de um sistema, compreendido como sendo o grupo de pessoas ligadas entre si por um destino comum e relações recíprocas, onde cada membro do sistema impacta e exerce influência sobre os demais membros (OLDONI, 2017, p. 28).

Entender as leis sistêmicas e a técnica da constelação possibilita que o profissional do direito observe além do que aparece no processo judicial. As constelações possibilitam perceber o litígio num nível mais profundo, para a estrutura sistêmica que une os integrantes do grupo, estimulando a libertação, a felicidade e a pacificação real entre eles (MANNEE, 2008).

Nas constelações tradicionais, que são realizadas em um grupo composto pelo terapeuta, o cliente e observadores, o procedimento inicia com um diálogo entre terapeuta e cliente apenas, com intuito de conhecer a questão principal que incomoda o cliente, que será o tema da constelação. Não é necessário descrever detalhadamente a questão neste momento, o ideal é que seja relatado apenas os fatos significativos, excluindo-se, as interpretações pessoais e julgamentos a respeito daquela questão (HELLINGER; HÖVEL, 1996).

Na sequência, são escolhidos os representantes dos membros do sistema familiar do cliente entre os observadores do grupo, que muitas vezes são pessoas completamente desconhecidas. Os representantes se posicionam livremente ou são colocados no ambiente de acordo com a ideia pessoal que o cliente possui em relação ao problema que será constelado naquele momento. Após esse posicionamento inicial observa-se como os representantes reagem, pois, a partir desse momento eles começam a sentir-se, física e emocionalmente, como os membros familiares que estão representando (HELLINGER; HÖVEL, 1996).

Ao final do método terapêutico, encontra-se a “imagem de solução” ou “solução final”, que é o momento em que os representantes sentem alívio, satisfação e paz (MANNEE, 2008). E o cliente vê, por fim, uma nova imagem da família, de forma ampliada e mais completa, com observações que antes ignorava (HELLINGER; HÖVEL, 1996).

Assim, essa abordagem trata as partes de um processo como membros de um sistema, que podem estar vinculados a outros sistemas dos quais façam parte simultaneamente e busca encontrar uma solução que, respeitando todo esse contexto, resulte em um maior equilíbrio e paz

a todo o sistema, conforme esclarece Sami Storch em sua experiência:

Desde o meu ingresso na magistratura, em 2006, venho utilizando a visão e a abordagem sistêmica fenomenológica para tratar as questões da Justiça, explicar sobre as ordens que regem os relacionamentos (segundo Bert Hellinger) e colocar constelações com as pessoas envolvidas, como forma de evidenciar as dinâmicas ocultas por trás das situações, trazer à tona as ordens que prejudicam e as que curam, e sensibilizar as pessoas para que se conduzam a uma solução (STORCH, 2016, p. 308)

A abordagem sistêmica aplicada aos envolvidos no processo convida-os a perceberem suas controvérsias de forma ampliada, como oportunidade de desenvolver mudanças comportamentais frente ao conflito. Portanto, inserir a técnica da constelação no Judiciário auxilia a difusão do acesso à justiça consensual e da cultura de paz, não apenas com o fito de diminuir a quantidade de processos, mas, principalmente, para tratar adequadamente os conflitos e promover uma justiça mais humanizada com soluções duradouras e efetivas. Segundo Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 1), a Constelação é uma:

técnica terapêutica desenvolvida pelo filósofo e terapeuta alemão Bert Hellinger. Trata-se de uma ciência dos relacionamentos aplicada, originariamente, como método terapêutico, e que também auxilia na obtenção de conciliações e na busca da melhor solução para demandas em diversas áreas. Para a Juíza de Direito Titular da Vara Criminal, de Execuções Penais e da Infância e Juventude de Canavieiras, Karina Silva de Araújo, “as soluções dos conflitos dependem da melhora no relacionamento e compreensão do outro, por meio do olhar voltado para relações e vínculos de família”.

A proposta é que as partes possam ir para a tentativa de autocomposição entendendo a complexidade da estrutura familiar em que esteve envolvida, tomando consciência das razões de tudo o que aconteceu devido à experiência vivenciada na constelação. E que, ao tentar compor o litígio na audiência de mediação ou conciliação, as partes queiram não apenas criar soluções consensuais de benefícios mútuos para se livrar do problema pensando no presente, mas que os envolvidos possam olhar mais adiante, observando o passado com um novo olhar, reconhecendo e acolhendo com amor tudo o que viveram, e principalmente possam receber o futuro em paz consigo mesmo e com o outro.

Ressalta-se que, diferentemente dos métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, a aplicação da técnica da constelação independe da participação das duas partes do conflito para ser realizada, pois com a presença de apenas uma delas, seja o requerente ou o requerido, a constelação pode ocorrer. E ainda, que com a presença das duas partes litigantes em uma constelação, não é neste momento que ambos dialogarão, porque a vivência sistêmica ocorre para que os envolvidos se percebam em sua dinâmica familiar e observem os seus movimentos sistêmicos conscientes e inconscientes.

Percebe-se, portanto que o Direito Sistêmico exige uma atuação de forma multidisciplinar

porque envolve diversos ramos do conhecimento, como Direito material e processual, Psicologia, Sociologia, Filosofia, dentre outros, sendo necessário conhecer e mesclar diversas áreas do saber, que, muitas vezes, causam desconforto aos profissionais do Direito, conforme explica Boaventura:

É de se lamentar que muitas faculdades, marcadas por um fascismo do *apartheid* social, transformam-se em castelos neofeudais, onde só podem entrar aqueles que fazem parte do seu corpo discente e docente. De maneira flagrante as faculdades de Direito tem se mostrado herméticas ao diálogo com os grupos sociais, bem como com outras áreas do saber, científico ou não. Tem sido espaços marcados, predominantemente, pela ignorância ignorante, daqueles que não tem o conhecimento do que ignoram, ou, pelo seu contrário, a douda ignorância, daqueles que sabem que ignoram o que ignoram (SANTOS, 2011, p. 60).

O estudo da ciência do direito muitas vezes peca por se desenvolver em um mundo paralelo do mundo psicossocial. Os aspectos sociais e psicológicos da aplicação do direito têm sérias implicações no desenvolvimento das relações continuadas, sendo imperioso que os estudos sejam feitos, nos mesmos moldes das pesquisas sociológicas.

Neste sentido, importante destacar que as discussões apresentadas entre o Direito e as outras áreas do saber buscam conferir maior efetividade ao acesso à justiça consensual e a construção da paz entre os envolvidos em um processo, e permitir que o ordenamento jurídico se adéque às modificações e às necessidades da sociedade. Além disso, percebe-se o direito à paz e ao acesso à justiça como pilares dos Estados Democráticos de Direito e que devem ser interpretados conjuntamente, vez que não adianta finalizar um processo sem pacificar os envolvidos, é necessário garantir esses direitos que objetivam assegurar à coletividade uma existência pacífica e digna.

3 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

As constelações estão ganhando espaço jurídico e sendo aplicadas em mais de 20 Tribunais de Justiça, no Brasil. A inserção das constelações no Judiciário cearense foi realizada em junho de 2017, por meio do programa *Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário*, idealizado pelas advogadas Ana Tarna dos Santos Mendes e Gabriela Nascimento Lima e da psicóloga Maria do Socorro Fagundes, com apoio da Dra. Maria das Graças Almeida de Quental, juíza titular da Vara Única de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPMA), em Fortaleza, onde ocorrem as constelações (DAMASCENO, et al, 2020).

O programa Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário atende as pessoas que estão cumprindo pena, cujos processos tramitam na VEPMA, no entanto inclui também quaisquer ações que estejam em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, independente do juízo ao qual pertençam, tais como Varas Cíveis, de Família, Sucessões, Criminais, Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, Júri, dentre outros (MENDES; FAGUNDES, 2019). A

VEPMA incorporou a visão sistêmica de Bert Hellinger em toda sua atuação, não apenas por ceder o espaço para as práticas das constelações.

Com relação ao cumpridor da pena, este desde a entrevista inicial já é recebido com uma visão sistêmica pela Equipe Técnica, esta composta por psicólogas e assistentes sociais, que ao fazerem a entrevista individual utilizam frases sistêmicas, uma escuta ativa e motivacional. Desse modo, rompem as barreiras sociais, legais e institucionais, inovando o cumprimento da pena alternativa, promovendo uma prática inclusiva, restaurativa e terapêutica (MENDES; FAGUNDES, 2019, p. 29).

As práticas das constelações, são realizadas mensalmente, em três dias distintos, nos turnos da manhã e da tarde, facilitado por terapeutas com formação em constelação que se disponibilizam voluntariamente, bem como o procedimento conta com a participação de pessoas voluntárias que atuam como os representantes. Essas pessoas são os jurisdicionados, seus familiares, estudantes universitários, profissionais de áreas afins que se interessam pela temática. Em cada turno ocorrem, aproximadamente, 5 (cinco) constelações.

Ao iniciar a constelação os representantes voluntários são posicionados e os movimentos têm início. Podem ser observadas as mais diversas manifestações corporais, desde arrepios e tremores até dores musculares, risos, choros, coceiras e sentimentos de alegria, tristeza, culpa, raiva... Ao término de cada constelação abre-se restritamente para poucos comentários que sejam essencialmente imprescindíveis e inicia-se a próxima constelação. Todos são orientados a evitar comentários sobre a constelação e a manutenção do sigilo é garantida acordada por todos. Uma das características desses encontros que é especialmente guardado na memória é a real igualdade de todos naquele momento, naquela sala. Os voluntários se envolvem de tal maneira que em determinado momento já não é mais possível identificar os jurisdicionados, advogados, juízes, alunos, consteladores, psicólogos... Todos são apenas seres humanos compartilhando experiências e aprendendo juntos! (VALL; BELCHIOR, 2019, p. 197).

As pessoas podem solicitar a constelação, independentemente da fase processual em que esteja o processo, bem como podem ser direcionadas por Juízes, Defensores Públicos, Membros do Ministério Público e Advogados a participarem do Programa, por meio de inscrição que é realizada via e-mail (olharesefazeressistemicos@gmail.com.br) inserindo dados pessoais do requerente, número do processo, especificação da ação e do juízo competente.

Conforme os dados estatísticos do Projeto, nos dois primeiros anos de funcionamento, ou seja, de junho de 2017 a junho de 2019, realizaram-se 100 constelações sistêmicas, com a participação de 291 pessoas que foram consteladas. O número abrange todas as pessoas que estavam presente na sessão de constelação e envolvidas no conflito, desse modo, cada constelação realizada abrangia uma família ou grupo envolvido em uma mesma controvérsia.

Durante esse período, 1.297 voluntários auxiliaram (na condição de representantes, terapeutas e observadores) e 268 jurisdicionados, cumpridores de pena da Vara Única de Execução

e Penas e Medidas Alternativas, participaram como constelados ou observadores.

Após a prática das constelações, realizam-se três perguntas aos constelados no sentido de buscar informação referente a participação anteriores em procedimento de constelação familiar, se ressignificaram suas percepções frente ao processo após a constelação e se desejam solucionar o conflito consensualmente. Conforme os dados estatísticos descritos pelas autoras, 242 constelados responderam voluntariamente esses questionamentos: “1) Já tinham participado de alguma constelação?; 2) Houve ressignificação da situação processual após a constelação?; 3) Há desejo na resolução consensual do litígio?” (DAMASCENO, et al, 2020, p. 89).

A amostra disponibilizada pela VEPMA revelou que dos participantes que voluntariamente responderam ao questionário, 125 já participaram anteriormente de alguma constelação, 83 não tinham participado ainda e 34 não responderam o primeiro questionamento.

Um aspecto muito importante refere-se à ressignificação do seu entendimento e sua percepção frente ao litígio judicial para 193 constelados, após participar da constelação. Apenas 4 responderam que não modificou sua percepção diante do litígio e 45 constelados não responderam. Esse resultado ressalta a essência da intervenção da constelação que busca “produzir uma Constelação de Solução” e quando a solução não for vislumbrada, “serve para revelar emaranhamentos e/ou tendências de outras possibilidades de desenvolvimento” por parte da pessoa que foi constelada (FRANKE-BRYSON, 2013).

Outro ponto relevante direciona-se ao intuito de resolver consensualmente o litígio após a participação da constelação, que de acordo com os dados da VEPMA, 150 afirmam que desejam por fim ao litígio de forma consensual, 9 responderam preferir uma decisão judicial e 83 não responderam esse ponto.

A principal contribuição desse projeto reflete a mudança de percepção frente ao processo ou à sanção, por isso a metodologia sistêmica realizada na VEPMA, oportuniza um acesso à justiça de modo compassivo, buscando desconstruir os conflitos existentes nas relações humanas, que estão em constante movimento.

No Judiciário cearense, em especial nas Varas de Família, promotores, juízes, defensores e advogados tem se manifestado nos processos judiciais no sentido de solicitar ou encaminhar os envolvidos no litígio ao programa Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário.

Em 07 de agosto de 2019, o promotor de justiça Francisco José da Silva Cavalcante, da 35ª Promotoria de Justiça de Fortaleza, atuou em um processo de ação de guarda e visitas de uma menor, e expôs a importância e os benefícios da aplicação da Constelação Sistêmica para melhor elucidação das controvérsias: “Diante da evolução dos métodos de resolução consensual da lide, o Poder Judiciário não está alheio aos atuais estudos psicoterápicos, em diversos casos, aptos a descortinar conflitos que transcorrem por anos” (CAVALCANTE, 2019, p.1013). Em seu parecer, o Promotor de Justiça, opinou na folha 1013 do processo, que tramita em segredo de justiça:

Ante o exposto, considerando os interesses postos em litígio, opina o Ministério Público:
[...] B) Pela expedição de ofício ao Programa Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário no Ceará, realizado no âmbito da Vara Única de Execução de Penas e Medidas Alternativas,

a fim de que seja designada data e hora, para realização de Constelação Familiar do caso, intimando-se as partes para tal finalidade. (CAVALCANTE, 2019, p.1013).

Portanto, diante dos resultados disponibilizados pelo Programa e da atuação dos profissionais do Direito, percebe-se bons resultados qualitativos e quantitativos na busca pela resolução consciente e consensual da lide processual, posto que suas atividades sistêmicas contribuem para que surjam novas possibilidades de entendimento sobre o contexto dos litígios e estimulam as pessoas a buscarem caminhos de solução que proporcionem alívio e benefícios mútuos aos envolvidos no conflito.

CONCLUSÃO

Abordar conflitos familiares de modo a contemplar todos os seus aspectos e proporcionar uma verdadeira pacificação entre os envolvidos constitui um desafio para profissionais de diversas áreas. Isto porque o conflito familiar é complexo, envolve aspectos diversos e cresce em espiral, ou seja, não eclode por uma única razão.

Ramos diferentes da ciência têm sido utilizados de maneira conexas para criar uma abordagem mais eficaz. O Direito vem ampliando seus horizontes no sentido de agregar outras práticas a exemplo da mediação e da constelação familiar, tema central do presente artigo, para, deste modo, contemplar o conflito familiar de modo mais abrangente, envolvendo seus aspectos emocionais e psíquicos, afinal, um litígio familiar não é um conflito essencialmente jurídico.

Seguindo as diretrizes da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil brasileiro, busca-se tratar adequadamente os conflitos familiares com o estímulo da utilização de outros métodos de solução consensual de conflitos por advogados, juizes, defensores públicos e promotores, tais como a mediação e constelação sistêmica familiar. Desse modo, se faz necessário o atendimento de equipe multidisciplinar com auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para o tratamento adequado dos litígios familiares.

A simples subsunção da lei ao caso concreto muitas vezes peca por se realizar de forma alheia ao mundo psicossocial do litígio familiar. A ausência de observação dos aspectos sociais e psicológicos na resolução do conflito têm sérias implicações no desenvolvimento das relações continuadas e na efetiva pacificação, sendo imperioso o profissional do Direito, com auxílio de uma equipe interdisciplinar, tentar perceber além do que está sendo dito e escrito no processo judicial, por meio da aplicação de outros métodos, como a constelação sistêmica familiar.

Neste cenário, o juiz da Bahia, Dr. Sami Storch, de forma pioneira no mundo, introduziu, em 2006, a prática da constelação sistêmica aos conflitos judiciais, instituindo a expressão Direito Sistêmico. Ressalta-se, no entanto, que o método da Constelação Familiar Sistêmica é uma abordagem terapêutica, criada pelo alemão Bert Hellinger.

Desse período em diante, as constelações espaço no âmbito jurídico e atualmente são

aplicadas em pelo menos 20 Tribunais de Justiça, no Brasil. No Tribunal de Justiça do Ceará, foi inserida em junho de 2017, por meio do programa Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário, na Vara Única de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPMA), em Fortaleza.

Os dados estatísticos coletados na VEPMA, apontaram que entre junho de 2017 a junho de 2019, ocorreram 100 (cem) Constelações Familiares, das quais foram consteladas 291 (duzentos e noventa e uma) pessoas, pois cada constelação pode abranger mais pessoas que estão envolvidas no mesmo processo. Participaram dessas sessões de constelação 1.297 (mil duzentos e noventa e sete) voluntários na condição de terapeutas, representantes e observadores. Dentre as pessoas consteladas, os dados revelaram que 125 não tinham participado de uma Constelação Familiar, 83 já tinham participado e 34 não responderam a esse questionamento.

Outro relevante aspecto referiu-se à ressignificação do próprio entendimento e percepção frente ao litígio judicial, em que 193 dos constelados afirmaram ter havido mudanças positivas, após participação na constelação. Apenas 4 responderam que não modificou sua percepção diante do litígio e 45 não responderam. Quanto à intenção de resolver consensualmente o litígio após a participação da constelação, de acordo com os dados, 159 afirmaram que pretendem por fim ao litígio de forma consensual, 9 responderam preferir uma decisão judicial e 83 não responderam esse questionamento realizado pelo Programa.

Esse percentual, confirmou o que mostra a doutrina, que a constelação provoca uma nova consciência frente ao processo e conflito, ou seja, traz do inconsciente uma informação do seu sistema familiar, e assim, ocasiona o entendimento e o incentivo para que os indivíduos tenham maior controle sobre os próprios atos, empoderando-se para apropriar-se de uma nova postura frente a sua história familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Constelação familiar: Bahia aplica método contra violência doméstica**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-bahia-aplica-metodo-contra-violencia-domestica/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito

do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021

DAMASCENO, Mara Livia Moreira, *et al.* **Direito Sistêmico: O despertar para uma nova consciência jurídica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 59-63, mar. 2001.

FRANKE-BRYSON, Ursula. **O rio nunca olha para trás: fundações históricas e práticas das constelações familiares segundo Bert Hellinger**. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2013.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Cultrix. 2014.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor**. São Paulo: Cultrix, 1996.

LIEBERMEISTER, Svagito R. **As raízes do amor**. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2013.

MANNE, Joy. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008.

MENDES, Ana Tarna dos Santos; FAGUNDES, Maria do Socorro. Acesso à justiça sistêmica e cidadania: uma possibilidade ao cumpridor de pena da vara de penas e medidas alternativas do estado do Ceará e o papel do advogado. *In*: LIPPMANN, Márcia Sarubbi (org.). **Direito sistêmico a serviço da cultura da paz**. Joinville: Manuscritos Editora, 2019.

OLDONI, Fabiano, LIPPMANN, Márcia Sarubbi, GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao direito de família e ao direito penal**. Joinville: Manuscritos, 2017.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. O conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 64-71, mar. 2001.

STORCH, Sami. Direito sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. **Entre aspas**: revista da Unicorp, Salvador, v. 5, p. 304-316, jul. 2016. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/unicorp/images/entre_aspas_volume_cinco_versao digital.pdf. Acesso em: 15 mar 2021.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação Comunitária, escola transformativa e democracia. *In*: ALMEIDA, Tania, PELAJO, Samantha, JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo:

Cortez, 2011.

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.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VALL, Janaina; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Justiça restaurativa mediante constelações sistêmicas: relato de experiência em uma vara de execução penal da cidade de Fortaleza**. In: LIPPMANN, Márcia Sarubbi (org.). **Direito Sistêmico a serviço da cultura da paz**. Joinville: Manuscritos, 2019. p. 189-203.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática da mediação**. São Paulo: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

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

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUZO, Antônio Cezar (Coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Como citar: DAMASCENO, Mara Livia Moreira; VASCONCELOS, Monica Carvalho. Resolução consensual de litígios familiares pela abordagem sistêmica das constelações: a experiência do poder judiciário do Estado do Ceará. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p.72-88, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p72. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 17/04/2021

Aprovado em 15/10/2021

**EMPRESAS ESG: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA
ENFRENTAR OS DESAFIOS DO CAPITALISMO ALÉM
DA RENDA MÍNIMA**

ESG COMPANIES: THE NEW PERSPECTIVE TO
FACE THE CHALLENGES OF CAPITALISM BEYOND
MINIMUM INCOME

Vinicius Medina Campos*
Yago Alves Bertacchini**
Luiz Alberto Pereira Ribeiro***

Como citar: CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG: uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 89-104, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p89. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de compreender as mudanças, transformações do capitalismo e a evolução tecnológica na sociedade contemporânea, passando por alguns momentos da história e compreendendo contextos sociais, a fim de analisar soluções para os problemas decorrentes da quarta revolução industrial. Como enfoque, estuda as empresas ESG pelo método dedutivo, como uma alternativa importante para os desafios do capitalismo e a evolução tecnológica nos tempos hodiernos, além da proposta de renda mínima, abordando ainda os aspectos gerais desse tipo de empresa, seus pontos controvertidos e suas principais contribuições no âmbito empresarial, ambiental, social e trabalhista, que demonstram sua viabilidade no cenário atual.

Palavras-chave: estado contemporâneo, capitalismo, tecnologia, quarta revolução industrial, empresas ESG.

Abstract: This study's objective is to understand the changes, transformations of capitalism and technological evolution in contemporary society, examining some moments in history and understanding social contexts, in order to analyze solutions to the problems arising from the fourth industrial revolution. As a focus, it studies ESG companies with the deductive method, as an important alternative to the challenges of capitalism and technological evolution in today's times, in addition to the minimum income proposal, also addressing

*Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina
E-mail: vmedina.adv@gmail.com

**Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina
E-mail: yago.bertacchini@uel.br

***Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Graduação e Mestrado da Universidade Estadual de Londrina
E-mail: luizribeiro@uel.br

general aspects of this type of company, its controversial points and its main contributions in the business, environmental, social and labor spheres, which demonstrate its viability in the current scenario.

Keywords: contemporary state, capitalism, technology, fourth industrial revolution, ESG companies.

INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão dos paradigmas e complexidades do capitalismo na sociedade contemporânea, define-se como ponto de partida, a efetivação dos direitos fundamentais de 3ª dimensão (fraternidade e solidariedade), do pensamento do desenvolvimento e progresso, destinados à proteção do gênero humano, ao meio ambiente, incluindo o estudo do acesso à justiça e a ampliação da atividade jurisdicional para pacificação social, voltados para o interesse público primário, da coletividade, definido por Mazzili (2007, p. 47).

No âmbito do trabalho, tido como produto do capitalismo (DELGADO, 2017, p. 89), as regras e condições aplicadas ao trabalho sempre estiveram ligadas a evolução histórica do sistema, sendo instituídas, originariamente, para corrigir as distorções econômicas-sociais do sistema.

Como marcos constitucionais importantes do Estado de bem-estar social, lista-se primeiramente as constituições democráticas dos países europeus como França, Itália e Alemanha idealizadas na metade da década de 40, que passaram a apresentar diretrizes gerais a respeito da valorização do trabalho e do ser humano, posteriormente difundidas por todo o globo.

Ainda sobre a origem da efetivação dos direitos trabalhistas no mundo contemporâneo, lista-se a Declaração de Filadélfia em 1944 como um dos compromissos mais importantes para a evolução do Direito do Trabalho, ao reafirmar que o princípio da paz permanente tem um único caminho: a justiça social, de maneira que o trabalho deve ser fonte de dignidade (e não mercadoria), que a pobreza deve ser erradicada, pois é uma ameaça para o desenvolvimento de toda sociedade, e que a todo ser humano é garantido o direito de liberdade, dignidade, segurança e igualdade.

A proibição expressa da escravidão, o direito ao trabalho e a livre escolha do emprego, as condições dignas do ambiente laboral, a proteção contra o desemprego, o direito de remuneração justa, devidamente compatível com a dignidade humana, a liberdade de organizar sindicatos e proteger seus interesses também no âmbito da coletividade, o direito ao repouso e ao lazer, além da limitação das jornadas de trabalho, foram apresentados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada em Paris na França, em 10 de Dezembro de 1948, representado assim uma conjuntura internacional da instituição do Estado Democrático de Direito.

Contudo, após a queda do muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, que traduziu o rompimento a política de blocos socialista x capitalista, eclodiu-se uma nova era da globalização, incorporando novas tecnologias na área de informação e meios de produção, além da expansão do desenvolvimento capitalista, alterando as bases da macroeconomia (GOMES, 2016, p. 320).

Para Dinaura Godinho Pimentel Gomes (2016, p. 316), com o surgimento do fenômeno da transnacionalização dos mercados, deu-se início a era da “sociedade de massa”, pautada na massificação dos meios de produção e na superexploração do trabalho, incorrendo na distribuição de produtos, serviços e comunicação num contexto globalizado, em que o domínio econômico e tecnológico foram concentrados na mão de empresas globais, sem o mínimo compromisso com o interesse público e coletivo, desconstruindo os ideais da justiça social.

Como resultado, nota-se uma mudança na organização racional do trabalho no âmbito

mundial, pressionada pelo deslocamento de investimentos e dos postos de trabalho, desencadeando o desemprego estrutural nos locais de maior proteção laboral, desvalorização da remuneração salarial, enfraquecimento de sindicatos e flexibilização da legislação trabalhista.

Por outro lado, com os altos investimentos realizados pelas empresas transnacionais, a evolução tecnológica acelerada foi incorporada na vida cotidiana da maioria das camadas da sociedade, de maneira que as transformações sociais ocorridas a partir do século XVIII foram conduzidas e influenciadas pelo ritmo da evolução da tecnologia e da ciência (MASI, 2006, p. 166).

Não obstante, o avanço tecnológico no campo da automação, robotização, programa de computadores, internet e maquinismo também passou a refletir em três âmbito importantes: ambiental: na compreensão dos efeitos da atividade industrial e controle dos fenômenos da natureza; social: na dominação de povos e classes sociais; trabalhista: por meio de criação de outros meios de exploração do trabalho e alteração dos processos de produção, destacados por Cavalcante (2020, p. 128).

No âmbito social, a tecnologia passa a ser utilizada como instrumento de dominação e não como patrimônio da humanidade, criando uma mentalidade tecnológica que seja conveniente aquele que tem o domínio econômico, esquecendo-se assim dos fundamentos sociais e pilares do estudo e evolução da tecnologia, como sugere Álvaro Viera Pinto (2005, p. 266).

Dentre os pontos da evolução tecnológica, destaca-se o avanço da robotização, automação e maquinismo no ambiente laboral, dando origem ao termo “desemprego tecnológico”, tido como o desemprego estrutural ocasionado pela incorporação da tecnologia nos meios de produção, resultando no aumento de produtividade e redução do número de trabalhadores, abrindo as discussões sobre novas profissões e oportunidades, preocupados com o futuro do trabalho.

É inegável que o avanço tecnológico e sua incorporação nos meios de produção, também apresentou diversos benefícios importantes para o cenário laboral, construindo um instrumento de bem-estar ao limitar a superexploração do ser humano, que passaram a ser substituídos por máquinas e robôs, afastando o trabalhador dos locais de trabalho que exigiam maior esforço físico, com movimentos repetitivos, ou até mesmo ambientes insalubres, e perigosos.

De outro norte, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2020, p. 138) aponta que no relatório da instituição internacional restou destacado que a internet também tem promovido a inclusão de empresas no cenário econômico global, isto é, “permitindo a expansão do comércio, com o crescimento da produtividade do capital, aumento da concorrência, geração da inovação e a criação de empregos).

Todavia, o deslocamento para novas profissões e oportunidades mediante o surgimento de novos setores da economia, até então inexistentes, não se dá na mesma velocidade que a substituição do ser humano nos processos de produção, inexistindo equilíbrio na “teoria da compensação”, isto “por não encontrarem no Capitalismo uma preocupação central com o trabalho e suas condições de trabalho (manutenção dos postos de trabalho, jornada de trabalho, salário digno, meio ambiente de trabalho etc)” (CAVALCANTE, 2020, p. 136).

Outro fator importante destacado por Klaus Schwab (2016, p. 44), é a velocidade e extensão dos efeitos da revolução tecnológica, pois diferente das revoluções anteriores, as modificações pretendidas pela tecnologia têm um ritmo muito mais acelerado, com maior amplitude e profundidade, em razão do alinhamento do cenário global, em que muitas mudanças radicais ocorrem quase que simultaneamente, de ordem estrutural, dificultando qualquer reação social.

Os desafios criados pela evolução tecnológica recente, que vem sugerindo a automatização total das fábricas, independente de obra humana, veículos com direção autônoma, impressões em 3D, robótica avançada, entre outras soluções tecnológicas, expõem um paradoxo do sistema capitalista, comprometendo a sustentabilidade de todo o sistema, que depende prioritariamente do consumo dos produtos idealizados para aqueles que detém uma parcela do capital, dentro os quais se inclui majoritariamente a classe trabalhadora; demonstrando a importância do estudo.

É certo que, não há como incorporar toda a evolução tecnológica disponível em todas as esferas da sociedade contemporânea capitalista, idealizando a automatização e robotização de todos os meios de produção de maneira autônoma e independente, sem pensar nas consequências e efeitos decorrentes e em soluções viáveis, capazes de absorver as alterações pretendidas pela tecnologia, sob pena de comprometer o equilíbrio econômico mundial e a pacificação social.

Vislumbrando alguns dos impactos da quarta revolução industrial, dispõe Klaus Schwab (2016, p. 38):

A quarta revolução industrial terá um impacto monumental na economia global; será tão vasto e multifacetado que fica difícil separar determinado efeito do outro. De fato, todas as grandes macrovariáveis imagináveis – PIB, investimento, consumo, emprego, comércio, inflação e assim por diante – serão afetadas.

É nesse contexto paradoxal e desafiador que os pensadores dos tempos hodiernos têm dispensado esforços significativos para construir soluções sustentáveis, que sejam capazes de absorver as demandas da sociedade contemporânea, garantindo a manutenção do sistema capitalista.

1 A PROPOSTA DA RENDA MÍNIMA

A proposição da renda básica universal, foi uma das primeiras saídas a serem discutidas, levantadas desde o século XVI pela obra “Utopia” de Tomas Morus. Tida como uma das primeiras críticas fundamentadas do regime burguês, se propôs a analisar as particularidades do feudalismo em decadência, abordando as injustiças e misérias da sociedade feudal, apresentando uma alternativa baseada na renda mínima (MORUS, 2001, p. 5-6), seguido por diversos outros pesquisadores, que passaram a explorar a ideia em contextos econômicos e sociais distintos.

No cenário hodierno, os estudos apresentados por Milton Friedman (2014, p. 13), chamou a atenção principalmente por sua perspectiva liberal, analisando o papel do Estado

na sociedade:

Seu tema principal é o papel do capitalismo competitivo - a organização da maior parte da atividade econômica por meio da empresa privada operando num mercado livre - como um sistema de liberdade econômica e condição necessária à liberdade política. Seu tema secundário é o papel que o governo deve desempenhar numa sociedade dedicada à liberdade e contando principal mente com o mercado para organizar sua atividade econômica.

Apresentada a hipótese como solução para diversos problemas da sociedade, a renda básica universal passou a ser objeto de estudo de diversos pesquisadores e organismos importantes, como pelo FMI - Fundo Monetário Internacional, divulgado pelo Instituto Humanitas Unisinos (2017a, p. 1).

Para Diniz (2007, p. 1), no entanto, a iniciativa dos programas de renda mínima idealizadas no Brasil são recentes, inexistindo um programa complexo capaz de garantir uma renda mínima a todos os cidadãos:

No Brasil, até a gestão do presidente Lula, não existia, ainda que formalmente, uma renda mínima garantida a todos os cidadãos. Em 1975, o regime de previdência social implantou uma renda mensal vitalícia a todos os idosos com mais de 70 anos e a indivíduos portadores de invalidez que não preenchessem os requisitos necessários para recebimento de aposentadoria ou pensão. O benefício correspondia a meio salário mínimo. Com a Constituição de 1988, o valor do benefício passou a ser de um salário mínimo. Com a promulgação da Lei 8.742 de 1993 (BRASIL, 2006b), os beneficiários da renda mensal vitalícia saíram da legislação do âmbito da previdência social e passaram a ser regidos pela lei que dispõe sobre a organização da assistência social. Por esta legislação (art. 2º., cap. V), a renda mensal vitalícia corresponde à “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. Para ter acesso ao benefício o idoso deve ter mais de 70 anos e renda familiar mensal inferior à quarta parte do salário mínimo.

Outro programa mencionado e analisado pela autora foi o programa do Bolsa Família, pensado no Brasil a partir de 2004, que passou a destinar às famílias de extrema pobreza o montante mensal de R\$ 60,00 (sessenta reais) a R\$ 120,00 (cento e vinte reais), vinculando os beneficiários a uma série de compromissos que levariam os beneficiários a uma melhor condição educacional/profissional:

A contrapartida para fazer jus ao recebimento do benefício do PBF é o cumprimento de compromissos por parte das famílias beneficiárias nas áreas de saúde, alimentação e educação. As crianças até 6 anos devem ser vacinadas, conforme o calendário do Ministério da Saúde e levadas, periodicamente, aos postos de saúde para verificação de seu desenvolvimento e nutrição. As crianças e adolescentes até 16 anos completos devem freqüentar a escola e apresentar

pelo menos 85% de frequência nas aulas. As condicionalidades têm por objetivo monitorar continuamente a população-alvo dos benefícios de modo a, caso seja necessário, levar a algum tipo de intervenção governamental. No caso do PBF, de acordo com Linhares (2005), as condições para a suspensão ou cancelamento dos benefícios concedidos em função do não cumprimento das condicionalidades não foram definidas em legislação. Aliás, ainda segundo Linhares, as condicionalidades desse programa ressaltam o dever dos diversos níveis de governo em garantir o direito de acesso pleno aos serviços educacionais e de saúde às famílias beneficiárias. (DINIZ, 2007, p. 1)

Há que se reconhecer o esforço para mudar o paradigma vivido por parte da sociedade em extrema pobreza. No entanto, a renda básica na condição de asseguradora do bem-estar de todos os membros da sociedade, independente de sua contribuição com o país, como sugere Pablo Salvat no artigo publicado por *El Ciudadani*, divulgado e traduzido pelo Instituto Humanitas Unisinos (2017b, p. 1), não parece exequível, embora fantástica:

A proposta para garantir esse direito à existência é a instalação e entrega pelo Estado de um ingresso (renda) básico cidadão, entre cujos traços podemos destacar, aqui, os seguintes: Em primeiro lugar, trata-se de um ingresso garantido, do nascimento até a morte, a cada membro de pleno direito da sociedade ou residente. Diferente das políticas sociais focalizadas, possui um caráter incondicional. Ou seja, seria, sem exceções – idealmente falando – para todos os membros de uma determinada comunidade política. Isto implica em assegurar um ingresso dado de maneira independente do sexo, do nível de renda ou das orientações político-religiosas dos membros da sociedade. Sua incondicionalidade se une, portanto, a sua oferta de universalidade.

Anota-se que a inexequibilidade não está relacionada unicamente as barreiras da burocracia estatal e a concentração do poder na mão daqueles que detém maior parte do capital (portanto desinteressados no assunto), mas sim ao financiamento de programas de renda mínima capazes de atingir todas as camadas da sociedade.

No artigo divulgado pelo IHU (2017, p. 1), o pesquisador Pablo Salvat reconhece a complexidade da questão e apresenta caminhos importantes:

A proposta de financiamento é um tema em debate, nos dias de hoje, por seus adeptos. Ela aprofunda as lógicas tributárias redistributivas, de tal modo que sejam os que mais ganham os que mais contribuam. Seu fundamento ético-político republicano e democrático salta à vista. Trata-se de um ingresso dado a toda pessoa, simplesmente pelo fato de ser tal. Seu objetivo principal, frente ao quadro atual de desigualdades, é garantir condições materiais de vida digna e cidadã ao conjunto da população (não sujeita à sorte nos vaivéns do mercado). A partir desta lógica, é possível renovar e modificar o fundamento da responsabilidade social do Estado e da sociedade consigo mesma. Já não se trata, como nas políticas sociais atuais, de orientar de modo focalizado e condicional a tais ou quais grupos (em maior risco) da sociedade a ajuda ou o subsídio, baseado na ideia que um crescimento econômico sem cotas mínimas de equidade para

os mais prejudicados não é rentável em médio prazo. Tampouco, claramente, de deixar aos mecanismos impessoais do mercado (o assim chamado “jorro”) a tarefa de retribuir os bens básicos para uma vida decente. Nos dois casos, haverá milhares de cidadãos que não poderão aceder, de maneira estável, condições materiais decentes para eles e suas famílias. Além disso, esses cidadãos serão responsabilizados pelo seu próprio infortúnio e serão reféns da política e não cidadãos autônomos.

O problema é que a proposta da renda básica universal passa, essencialmente, pela alteração das bases de captação de recursos, advindos dos tributos, além de sugerir uma readequação da captação e distribuição de receitas para os serviços estatais essenciais e para todo cidadão que necessite da renda mínima, o que só seria possível a partir do fatiamento de toda riqueza produzida pela sociedade.

Não que a ideia seja utópica, mas notadamente complexa e de difícil implementação. Atualmente os programas de renda mínima, têm sido adotados em diversas partes do globo, sendo financiados com certa dificuldade, como forma de auxiliar na erradicação da pobreza e amenizar a desigualdade social.

Ocorre que o cenário projetado para o breve futuro, inclui a substituição em massa do ser humano no processo industrial, situação em que, sozinho, o programa de renda básica universal não conseguiria reverter todos os impactos econômicos gerados pela quarta revolução industrial.

É nessa conjuntura que os negócios sociais propostos por Muhammad Yunus passam ganhar destaque no cenário global, por meio de estudos realizados pela *Yunus Centre*, fundada em 2008, também pela *Gramee Creative Lab*, fundada em 2008, entre outros, além da criação de fundos de investimento sociais, que passaram avaliar e investir altos recursos na modalidade em questão.

Para Yunus (2010, p. 10) o negócio social “é feito para o benefício dos outros e nada é para os proprietários, exceto o prazer de sérvio à humanidade”, propondo um modelo destinado unicamente para financiar as mudanças no aspecto social, gerando renda suficiente para sua sustentabilidade e expansão.

Se a expansão de negócios sociais se mostra um pouco distante, outros tipos empresariais também ganha destaques no ambiente de negócios contemporâneo, em que se destaca as empresas “ESG” - *Environmental, social and corporate governance*; a ser analisada no item seguinte.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL X PRÁTICAS “ESG”

Em 1965, com o encontro de Aurelio Peccei, um empresário italiano, e o então *Head of Science* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, e

Alexander King deu-se início ao que posteriormente seria chamado de “Clube de Roma”, conhecido por reunir cientistas, empresários, economistas, políticos e outros profissionais, que buscavam compreender e repensar o futuro da humanidade no longo prazo, colocando em pauta discussões sobre diversos tipos de problemas ambientais, econômicos, sociais e políticos à época (THE CLUB OF ROME, 2021).

O Clube de Roma marca um importante momento na humanidade, quando então passou-se a dar mais relevância a temas como a sustentabilidade e principalmente sobre o próprio futuro do planeta terra. O primeiro grande relatório elaborado pelo movimento foi editado em forma de livro, intitulado “Os limites do crescimento”, tendo vendido milhões de cópias por todo o mundo, criando grande controvérsia e, principalmente, dando visibilidade ao movimento em prol de um desenvolvimento sustentável.

A partir desse marco histórico, o tema da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável começaram a fazer parte dos encontros políticos, com diversos eventos marcantes na humanidade abordando o tema como: A Conferência de Estocolmo em 1972; o nascimento da Agenda 21; o nascimento das Conferências sobre Cidade Europeias Sustentáveis; a Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio+20); dentre outros eventos de grande magnitude.

Como se percebe, a preocupação com temas que concernem a todos os seres humanos no âmbito coletivo, assim como problemas relacionados ao desenvolvimento sustentável, não é algo novo, sendo pauta de diversas discussões, palestras, convenções e reuniões nos últimos 50 anos, ganhando espaço, de igual forma, entre discussões políticas em quase todos os países democráticos.

O conceito de desenvolvimento sustentável, segundo o Relatório de Brundtland (1987, p. 46e) ve ser entendido como:

[...] um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender as necessidades e aspirações humanas.

Contudo, é importante ressaltar, como afirmam Vinicius Figueiredo Chaves e Leonardo da Silva Sant’anna (2016, p. 245), utilizando-se dos conhecimentos trazidos por Elimar Pinheiro do Nascimento, que a noção de sustentabilidade era focada unicamente nas questões ambientais e ecológicas:

– no sentido do reconhecimento da necessidade de imposição de limites ao crescimento em função da já constatada degradação ambiental e escassez dos recursos ambientais -, e especialmente em face da preocupação com a realização de inúmeros testes nucleares entre os anos de 1945 e 1962, que culminaram em chuvas radioativas sobre os países nórdicos e acabaram por levar a Suécia, em 1968, a propor às Nações Unidas a realização de uma conferência a nível

mundial, para discussões com vistas à redução da emissão dos elementos então compreendidos como responsáveis pelas chuvas ácidas.

Por outro lado, é possível observar que o conceito de desenvolvimento sustentável era intrinsecamente ligado a fatores ambientais e geopolíticos. Ou seja, era direcionado a determinados atores que deveriam orientar o desenvolvimento tecnológico, apontar o futuro da exploração de recursos e realizar mudanças institucionais.

Assim, em que pese o movimento contar, ainda que indiretamente, com a participação das empresas, é inevitável reconhecer que grande parte das medidas discutidas tinham um viés mais político, e não direcionado a mudanças internas de comportamento nas companhias. Caberia, então, aos atores políticos pressionar e indicar o caminho pelo qual o desenvolvimento devesse ocorrer.

Contudo, ainda que suas raízes estejam diretamente conectadas com a origem das discussões do desenvolvimento sustentável, o movimento que visa a adoção das práticas “ESG” nas empresas, aconteceu de forma surpreendente, pois iniciou-se pressionado não pelos políticos ou por ativistas, mas sim por investidores, que passaram a olhar as empresas não somente pela sua rentabilidade, mas agora pelo impacto que causam na terra, ultrapassando

A origem dessa preocupação não ocorreu por acaso e está ligada, também, à procura de investimentos seguros, que agora passaram a se preocupar com a imagem e a reputação que estas empresas possuíam com a sociedade.

Isto ocorre em razão da crescente exposição dos negócios privados ao julgamento público e a importância do posicionamento da empresa, que ultrapassam questões de mercado, mas que também interferem no preço dos ativos, dos produtos e serviços, e no próprio valor das marcas (ABRAMOVAY, p. 127).

Assim como afirma Ricardo Abramovay (2012, p. 127), a responsabilidade socioambiental não é apenas um movimento unilateral do setor privado, em razão de seus aspectos de risco:

Responsabilidade socioambiental corporativa não consiste em gesto unilateral do setor privado, tática oportunista para lavar a imagem, mas é a resposta a um conjunto mais ou menos difuso de pressões que ampliam os riscos empresariais e obrigam as companhias a transformar os vínculos com base nos quais realizam seus negócios. Como mostra o importante trabalho de Reginaldo Magalhães sobre o setor bancário, imagem não é o mesmo que reputação. Não é algo exterior, um sorriso mecânico que a empresa manipula por meio de comunicadores engenhosos. A reputação é constituída por relações sociais duráveis, dotadas de conteúdo informativo, concepções, ideias e valores sobre o que significa fazer negócios, quais os métodos corretos para se alcançar sucesso, ou seja, em um conjunto de significados partilhados com base nos quais os atores se identificam como pertencentes a certo campo social. A acumulação de capital reputacional depende não só de competência em financiar, construir, produzir e vender, mas

de alianças, da relação com atores sociais diversos e da influência nos padrões culturais capazes de legitimar aquilo que faz a empresa.

As mudanças na sociedade acabaram por incentivar a adoção de tais práticas, em especial, por que a imagem e a reputação não poderiam ser simplesmente compradas, mas deveriam ocorrer de modo sistêmico no interior das empresas, que agora sentiram a necessidade de se preocupar não apenas com os lucros de seus acionistas, mas também com os impactos causados na sociedade como um todo.

Essa valorização, inclusive, gerou um movimento de criação de diversos tipos de certificações e atestados de boas práticas, que são implementados justamente para garantir e para certificar as boas posturas adotadas pelas empresas. Assim, as empresas que adotassem determinados valores humanos, como a não utilização de mão de obra infantil ou a adoção de medidas em prol do meio ambiente, poderia optar por alguma certificação que atestasse a sua conduta.

Assim, denota-se que o movimento de implementação de práticas “ESG” não é novo, apenas era chamado por outro nome, e, principalmente, possuía um âmbito mais reduzido de atuação, geralmente independente e ligado a questões específicas, como a poluição em massa, exploração do trabalho infantil, entre outros exemplos do gênero, vindo a incorporar outros debates recentemente, quando os consumidores e os investidores passaram a olhar essas empresas de modo diferente, valorizando também o seu posicionamento como marca perante a sociedade.

3 AS EMPRESAS ESG’S: UMA NOVA PERSPECTIVA NO MERCADO EMPRESARIAL

Como anteriormente demonstrado, a preocupação com a sustentabilidade e o desenvolvimento de práticas sustentáveis não é algo novo, todavia, anteriormente eram visadas e defendidas por uma pequena parcela da sociedade, tidas como minorias que não encontravam forças suficiente no desenvolvimento dos negócios e principalmente sem grande influência no mercado financeiro.

Essa visão, no entanto, foi completamente superada quando parte dos integrantes do “mercado financeiro” passaram a entender que riscos ambientais, sociais e governamentais são riscos como quaisquer outros, resultando, deste modo, em uma abrupta mudança de comportamento nestes indivíduos.

Essa percepção, inclusive, está alinhada com a passada no tópico anterior de que os consumidores passaram a notar e valorizar determinados comportamentos nas empresas, e que a imagem assim como a reputação destas empresas perante a sociedade agora possui tanto valor quanto a sua rentabilidade.

Assim, a luta pelo desenvolvimento sustentável passou a ser realizada não apenas por

“ativistas”, ONG’s ou por indivíduos negativamente afetados pela atividade industrial, mas também por consumidores, investidores institucionais, *hedge funds*, *asset managers*, e fundos de *private equity*.

Esse movimento refletiu diretamente nas políticas adotadas pelas grandes empresas, que agora depararam-se com a necessidade de não apenas adotar determinadas práticas, mas dedicar-se ativamente em busca de alguns valores, inclusive, com a instalação de setores inteiramente direcionados a pensar e melhorar práticas internas, o que representa o seu posicionamento perante o mercado.

A partir de então, cada vez mais era possível observar grandes empresas, adotando e instalando, setores inteiros voltados para práticas internas de “ESG”, o que envolvia não apenas discussão e implementação de determinadas práticas na realização de negócios e no trato com o consumidor, mas também o desenvolvimento e a adoção de métricas para percepção da evolução da empresa.

Os objetivos das empresas progrediram da visão do benefício exclusivo dos seus “*shareholders*”, passando a buscar o benefício da sociedade como um todo, contrariando toda a teoria construída por Milton Friedman (2014, p. 13-14) para quem as empresas só teriam a função de gerar lucros:

A visão vem ganhando aceitação generalizada de que funcionários de empresas e líderes sindicais têm uma “responsabilidade social” que vai além de servir aos interesses de seus acionistas ou de seus membros. Essa visão mostra um equívoco fundamental sobre o caráter e a natureza de uma economia livre. Em tal economia, existe uma e apenas uma responsabilidade social das empresas - usar seus recursos e se envolver em atividades destinadas a aumentar seus lucros, desde que permaneça dentro das regras do jogo, ou seja, se comprometa a concorrência livre sem engano ou fraude.¹

Contudo, a visão de Friedman não corresponde com a realidade da empresa moderna e do pensamento mercadológico contemporâneo, que sofreu uma reviravolta sobretudo nos anos 90, quando valores imateriais passam a fazer parte da realidade do mercado (SEMPRINI, 2006, p. 150).

Importante ressaltar que com o advento da globalização e do aumento da competitividade, o mercado passou a pressionar as empresas, exigindo uma autoanálise contínua, sobretudo, porque cada vez mais padrões éticos estariam sendo incorporados aos negócios, incorporando padrões e valores universais de respeito aos direitos humanos e de cidadania (ASHLEY, 2005, p. 6).

Neste processo de desenvolvimento, as práticas “ESG” e as empresas que as adotavam, começaram a se tornar cada vez mais comum, passando a um ponto onde tais condutas não

¹ Tradução livre de: “The view has been gaining widespread acceptance that corporate officials and labor leaders have a “social responsibility” that goes beyond serving the interest of their stockholders or their members. This view shows a fundamental misconception of the character and nature of a free economy. In such an economy, there is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.”

correspondiam mais a diferenciais competitivos, um “*plus*” para investidor, e sim como obrigação.

Agora, a empresa contemporânea passa a investir em seus empregados, compensando-os pelo seu trabalho de maneira adequada e promovendo os mais diversos incentivos individuais e em grupo. Essa mudança inclui o auxílio e o suporte através de treinamento e educação, incentivando-os a aprender novas habilidades, sobretudo em razão de uma sociedade que evolui rapidamente e está em pleno desenvolvimento.

Esse processo também inclui o incentivo à diversidade dentro da empresa, o incentivo a progressão na carreira de pessoas que se encontram em grupos minoritários, a inclusão social de pessoas com as mais diversas culturas e religiões e sexualidades, trazendo para dentro da empresa valores como a dignidade e o respeito.

Neste movimento de aumento na diversidade dentro da empresa, chamou a atenção um compromisso realizado pela XP INC., uma reconhecida empresa de investimentos no Brasil, em atividade desde 2001, que se comprometeu a ter 50% de mulheres em seus times em todos os níveis hierárquicos até 2025, além da idealização de seus projetos sociais, representando um aumento de 28% em 5 anos (SUTTO, 2020).

Outra empresa que também se destacou positivamente por adotar uma prática em prol da diversidade dentro da companhia foi a empresa brasileiro e varejista Magazine Luiza, que reconhecendo a baixa quantidade de jovens negros nos cargos de liderança, realizou um programa de trainee voltado exclusivamente para pessoas que se auto declaravam negros (SILVEIRA; BASILIO, 2020).

Também há a promoção de um ambiente de negócios eticamente justo com os fornecedores, valorizando os pequenos e médios empresários, e, principalmente, auxiliando-se a introjetar dentro de suas empresas as melhores práticas de sustentabilidade, assim como tem feito a Lojas Renner, por exemplo, que em parceria com Sebrae, vem se dedicando para capacitar os empreendedores parceiros em tempos de crise, e reconhecendo, de certa forma, o papel fundamental dessas pessoas no desenvolvimento da empresa. Assim, a antiga visão capitalista de rivalidade ganha novos contornos, adotando-se mais a visão de grupo, mais humana, ética e saudável.

Outro ponto crucial é o suporte às comunidades onde a empresa atua, prestigiando o respeito ao meio ambiente nos seus arredores, promovendo medidas de prevenção e redução de danos ambientais, protegendo os recursos naturais utilizados e, principalmente, financiando projetos sustentáveis na empresa e na sociedade, prestigiando o desenvolvimento de toda a comunidade.

Este suporte, no entanto, não deve ser realizado somente em relação à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento ecológico, vez que a empresa também possui o dever de apoiar as pessoas e empresas que sobrevivem do seu funcionamento. Assim, a empresa contemporânea passa a olhar a comunidade como participante do seu processo de crescimento e desenvolvimento, acabando com a visão de subserviência, passando a adotar uma visão de

coparticipação e integração.

Vale ressaltar, que adoção das práticas “ESG”, em que pese tenham ganhado notoriedade pela pressão exercida do mercado financeiro às empresas listadas nas bolsas de valores, deve ser considerado como fenômeno estrutural, pois cada vez mais é possível observar pequenas e médias empresas adotando algumas dessas práticas internamente, ainda que com o impacto muito reduzido.

Como se pode notar, as Empresas “ESG” representam uma significativa alteração no paradigma da empresa no estado contemporâneo, podendo ser considerada como um importante instrumento em prol do desenvolvimento de práticas sustentáveis por aqueles que antes visavam somente o lucro.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que as práticas “ESG” – *Environmental, social and corporate governance* – surgiram há muito tempo, contudo, anteriormente eram principalmente focadas para problemas ambientais, deixando de lado todas as questões sociais e de governança corporativa.

A partir dos anos 90, com o aumento da globalização e o surgimento da internet, a forma com que a sociedade consumia passou por mudanças drásticas, o que exigiu das empresas a reflexão sobre as novas formas de consumo, as exigências dos consumidores, dentre outros elementos. Doravante, esse movimento começou a ser observado também por investidores, que agora também exigiam que as empresas investidas se comprometessem com muito mais do que seus lucros.

Essa mudança fez com que a empresa moderna passasse a adotar práticas também em prol da sociedade, visando impacto não apenas para seus investidores, mas também para os empregados, colaboradores, parceiros, consumidores, investidores, e para sociedade como um todo.

Observou-se que essas medidas constituem um importante aliado na luta por uma sociedade mais justa, solidária e ética, com a valorização do trabalho e dignidade humana, do meio ambiente equilibrado, e principalmente de valores universais, tais como o respeito aos direitos humanos, representando uma alternativa aos desafios apresentados pela quarta revolução industrial no sistema capitalista.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Muito além da economia verde. São Paulo: Abril, 2012.

ASHLEY, Patrícia A. (org.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A 4ª revolução tecnológica: o desemprego tecnológico e os desafios para uma empresa sustentável. **Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 9, n. 86, p. 125-142, 2020. https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/170770/2020_cavalcante_jouberto_4revolucao_tecnologica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jan. 2021.

CHAVES, Vinicius Figueiredo; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Harmonização dos interesses privados e públicos na empresa: o paradigma da sustentabilidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 241-273, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p273. ISSN: 2178-8189.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Simone. Critérios de justiça e programas de renda mínima. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2007. https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802007000100012. Acesso em: 25 jan. 2021.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Limites territoriais da República Federativa diante dos atuais efeitos provenientes da globalização econômica no mundo do trabalho. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 315-336, set./out. 2016.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Renda básica universal aparece nos debates do FMI**. São Leopoldo, 16 out. 2017a. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/572636-renda-basica-universal-surge-nos-debates-do-fmi>. Acesso em: 25 jan.2021.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Renda básica universal: um ingresso incondicional, vitalício e para todos agora**. São Leopoldo, 14 set., 2017b. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/571643-renda-basica-universal-um-ingresso-incondicional-vitalicio-e-para-todos-agora>. 2017. Acesso em: 25 jan. 2021.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORUS, Thomas. **Utopia**. Ridendo Castigat Mores: São Paulo, 2001. *E-book*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/utopia.html>. Acesso em: 25 jan. 2021.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro. 2016.

SEMPRINI, Andrea. **A marca pós-moderna: poder e fragilidade da marca na sociedade contemporânea**. São Paulo: Estação das Letras, 2006.

SILVEIRA, Daniel; BASILIO, Patrícia. Programa de trainee para negros do Magazine Luiza cumpre papel constitucional, dizem advogados. **G1**, São Paulo, 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/programa-de-trainee-para-negros-do-magazine-luiza-cumpre-papel-constitucional-dizem-advogados.ghtml>. 2020. Acesso em: 5 jan. 2021.

SUTTO, Giovana. XP Inc. se compromete a ter 50% de mulheres em todos os níveis hierárquicos até 2025. **InfoMoney**, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/xp-inc-se-compromete-a-ter-50-de-mulheres-em-seu-quadro-de-funcionarios-ate-2025/>. 2020. Acesso em: 5 jan. 2021

THE CLUB OF ROME. **About us**. Disponível em: <https://www.clubofrome.org/about-us/> Acesso em: 28 jan. 2021.

YUNUS, Muhamad. **Criando um negócio social: como iniciativas economicamente viáveis podem solucionar os grandes problemas da sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Como citar: CAMPOS, Vinicius Medina; BERTACCHINI, Yago Alves; RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. Empresas ESG: uma nova perspectiva para enfrentar os desafios do capitalismo além da renda mínima. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 89-104, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p89. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 02/06/2021

Aprovado em 14/12/2021

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS

PROCEDURAL INSTRUMENTS OF DATA PROTECTION

Deny Eduardo Pereira Alves*
Adalberto Simão Filho**
Diógenes Faria de Carvalho***

Como citar: ALVES, Deny Eduardo Pereira; FILHO, Adalberto Simão. CARVALHO, Diógenes Faria de. Instrumentos Processuais de Proteção de Dados. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 105-125, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p105. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no ordenamento jurídico brasileiro trouxe avanços com relação à tutela, individual e coletiva, dos dados pessoais. O texto normativo contempla, além do direito material, alguns aspectos processuais para a efetivação dos direitos nela previstos. Pretende este trabalho efetuar uma análise desses instrumentos previstos na LGPD, bem ainda estabelecer um diálogo de fontes com os demais diplomas processuais existentes, indicando as potencialidades e dificuldades na tutela dos dados sob proteção.

Palavras-chave: instrumentos processuais, LGPD, proteção de dados, tutela coletiva, tutela individual.

Abstract: The advent of the Data Protection Act (LGPD) in the Brazilian legal system brought advances with regard to legal protection, individual and collective, of personal data. This normative text includes, in addition to civil law, some procedural aspects for the implementation of the rights provided for therein. This study intends to carry out an analysis of these instruments foreseen in the LGPD, as well as to establish a dialogue of sources with other existing procedural diplomas, indicating the potential and difficulties in the protection of data on security.

Keywords: collective protection, data protection, individual protection, LGPD, procedural aspects.

*Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
E-mail: denyeduardo.academico@gmail.com

**Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC de São Paulo.
E-mail: adalbertosimao@uol.com.br

*** Doutorado em Economia comportamental pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO). Professor efetivo da Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCGO), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO), Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA/FADISP).
E-mail: diogenes_carvalho@ufg.br

INTRODUÇÃO

Com a sanção da Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 intensificaram-se as discussões a respeito da importância da disciplina no tratamento de dados pessoais dos sujeitos.

Vazada em 65 artigos e sem motivação de sua edição através de “considerandos”, a LGPD, abreviação de Lei Geral de Proteção de Dados, não trouxe apenas a disciplina de aspectos materiais sobre proteção de dados, mas também tratou de disciplinar procedimentos de garantia e efetivação.

Através de uma análise bibliográfica e documental, seguindo-se pelo método dialético na coleta, compilação, comparação e crítica dos dados, o presente trabalho pretende ampliar horizontes a respeito dos instrumentos de concreção dos direitos individuais, coletivos e cidadania, no tocante ao aspecto de disciplina da LGPD.

As discussões científicas sobre a LGPD até o momento voltaram-se para seus aspectos de direito material, havendo um volume significativo de trabalhos nesse contexto. Porém, não se pode desprezar os aspectos de direito processual e procedimental para concretude da norma, sob pena de conferir-lhe o título de natimorta.

Busca-se, assim, descrever e correlacionar os instrumentos de tutela individual e coletiva que poderão ser utilizados no âmbito da LGPD, em âmbito extrajudicial e judicial, possibilitando prever situações e as suas possibilidades de enfrentamento.

1 PANORAMA GERAL DA LGPD E AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO

A realidade do mundo globalizado é a conexão e interoperabilidade entre as mais diversas tecnologias. Se no século passado o surgimento dos aparelhos de telefone celular e da conexão de internet discada representaram avanços da sua época, hoje, a absorção dessas tecnologias e sua evolução, apenas nas duas primeiras décadas deste século, são indicativos do surgimento de novos fatos materiais a atuarem na sociedade, exigindo regulamentação legal.

Tratam-se das preocupações inerentes à quinta dimensão dos direitos fundamentais, referida por Zimmermann e Condeixa (2015) como sendo os direitos relacionados à realidade virtual, ao ciberespaço, diante da açada capacidade de difusão de informações.

A tutela desses novos direitos, dentre os quais o da proteção de dados coletados, gerados, armazenados e tratados por meio eletrônico, induziram o surgimento de áreas ou subáreas do direito fundamentadas na “afirmação permanente das necessidades humanas e na legitimidade de ação dos novos sujeitos sociais” (WOLKMER, 2002, p. 27).

Trata-se do direito de autodeterminação afirmativa, incorporado como um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados (art. 2º, inciso II), que importa na garantia eficaz de defesa e controle dos seus dados pessoais, um desdobramento da dimensão protetiva da liberdade, privacidade e desenvolvimento da pessoa natural (FRAZÃO; OLIVA; ABILI, 2019).

Assim, o advento do comércio eletrônico, a imersão da vida cotidiana através de aplicativos de celular, culminando com a internet das coisas, demonstraram que as relações jurídicas decorrentes da utilização dos meios de tecnologia da informação resvalavam na hipossuficiente regulamentação normativa interna, já que a normatização do Código Civil e algumas poucas leis esparsas se mostravam, desde logo, obsoletas. Já na década de 90, Beppler (1998, p. 121) sustentava a respeito da necessidade de:

...um Direito Civil da Informática e um Direito Penal da Informática. O primeiro englobaria relações privadas e que envolvem a utilização da informática, como, por exemplo, programas, sistemas, direitos autorais, transações comerciais, entre outros. O segundo, o Direito Penal da Informática (...) diz respeito às formas preventivas e repressivas, destinadas ao bom e regular uso da informática no cotidiano.

Com um avanço significativo dessas tecnologias, a situação de vazio normativo se potencializava em virtude da condição transfronteiriça da internet e pela existência de redes paralelas ilícitas, de difícil rastreamento, como a *darkweb*¹. Nesse contexto, Follone e Simão Filho (2020, p. 939) alertam:

Embora não pareçam, as novas tecnologias da informação podem ser nocivas aos consumidores, pois, a adoção de referidas tecnologias possibilita o tratamento em massa de dados pessoais o que dificulta essa percepção e podem transparecer outras possibilidades de poder. A uma porque a disponibilidade indiscriminada de dados pessoais dos consumidores aos fornecedores resulta em aumento de bens e serviços personalizados. E, a duas, porque pode gerar discriminação ao consumidor no mercado.

Através desta matriz de riscos e possibilidades, o multilateralismo exigiu que o Brasil se adequasse às novas tendências de proteção de dados, não somente por reconhecer a necessidade de proteção à pessoa, mas também em função dos mercados os quais o país possui participação real, como o comércio com a União Europeia.

O simples fato de o país possuir relações comerciais de cunho internacional exigiu que houvesse uma disciplina adequada de tratamento de dados, pois a ausência de proteção a dados coletados nos negócios transnacionais se tornaria um desestímulo ao mercado.

O Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia – GDPR-EU 2016/679 traz previsões acerca da transferência de dados pessoais protegidos pela legislação no âmbito do direito internacional, seja para um país terceiro ou um organismo internacional (REGULAMENTO (UE)...., 2016).

Segundo o artigo 45 da GDPR-EU, a transferência de dados somente pode ocorrer se a Comissão da União Europeia tiver certificado que o país terceiro, um território ou um ou mais

¹ Segundo GREENBERG (2017, p. 1): trata-se de uma coleção de centenas de sítios eletrônicos que se utiliza de ferramentas de anonimização de protocolo TCP/IP, sendo mais comumente utilizada para o comércio ilícito de drogas e pornografia infantil, sendo também utilizada para a realização de denúncias anônimas e proteção de usuários contra censura e vigilância.

setores específicos desse país, ou a organização internacional, tenham assegurado um nível de proteção adequado.

Os critérios utilizados pela Comissão para a definição da autorização dizem respeito:

(i) ao controle legal exercido, de acordo com o Estado de Direito, com respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais tanto pela legislação genérica, quanto específica, especialmente no tocante à segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, com especial observância do acesso das autoridades públicas aos dados pessoais e a disciplina de tratamento desses dados para transferência a outros países ou organismos;

(ii) à existência e ao efetivo funcionamento de uma autoridade de controle, independente, responsável por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, com poderes coercitivos e podendo tratar as demandas dos titulares dos dados no exercício dos seus direitos;

(iii) os compromissos internacionais assumidos pelo país ou pela organização internacional com relação à proteção de dados pessoais, bem como a sua participação em organismos multilaterais ou regionais, especialmente aqueles relacionados à proteção de dados.

Caso não haja a autorização da Comissão para esta transferência de dados as operações de tratamento somente podem ocorrer se houverem garantias adequadas e se os titulares dos direitos possuírem possibilidade de oposição à essa transferência e medidas jurídicas corretivas e eficazes (art. 46, GDPR-EU).

O tratamento pode ocorrer ainda que não haja autorização da Comissão desde que haja (i) um instrumento jurídico vinculante e com força executiva entre autoridades e organismos públicos; (ii) regras vinculantes aplicáveis às empresas; (iii) cláusulas pré-formatadas de proteção de dados, previamente analisadas e aprovadas pelo Comitê de controle de execução dos atos da Comissão da União Europeia; (iv) código de conduta com compromissos vinculantes e força executiva adotados pelo responsável pelo tratamento dos dados na União Europeia e pelo país terceiro ou (v) o procedimento de certificação, mediante selos e marcas de proteção de dados, concedidos pelo Comitê de controle ou a própria Comissão.

Portanto, a rapidez² com que surgiu um estatuto de proteção de dados pessoais no Brasil decorreu não somente de necessidade de proteção à pessoa, mas também, com cunho relevante, para possibilitar competitividade e manutenção das relações multilaterais brasileiras.

2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E COMPETÊNCIA RESOLUTIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS, ANONIMIZADOS E A RESPONSABILIDADE E LEGITIMIDADE DOS OFICIAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS (DPO'S)

Não se olvida que o maior bem jurídico a ser protegido pela Lei Geral de Proteção de Dados é a privacidade (BRASIL, 1988, art. 5º, X), não à toa que este é também seu primeiro

² O Projeto de Lei nº 4.060/2012 do Deputado Milton Monti, apresentado em 13/06/2012 transformou-se na Lei Geral de Proteção de Dados em 14/08/2018, tempo este que se considera relativamente curto para uma proposta legislativa dessa natureza se tornar lei.

fundamento estruturante (BRASIL, 2018a, art. 2º, I).

Trata-se da proteção de todos os aspectos, ou esferas, da vida privada, como se referiu Hubmann e Henkel (1950 apud CUNHA; SIMÃO FILHO, 2017, p. 270), ao conceberem a Teoria dos Círculos Concêntricos, segundo a qual a vida privada possui três círculos, ou esferas, que merecem proteção jurídica estatal. Isto é, a esfera do segredo é abrangida pela esfera da intimidade ou da confiança, que por sua vez estão abrangidas na esfera da privacidade em sentido lato. A LGPD abarca a proteção de todas estas esferas da vida privada.

Aquilo que está na esfera do segredo está com o maior grau de proteção, notadamente em virtude de, no mais das vezes, referirem-se a dados os quais o sujeito revela a um círculo bastante diminuto de pessoas, de sua estrita confiança. É o que ocorre, por exemplo, com alguns dados relacionados à saúde e à vida sexual do sujeito (infecção por doença específica, orientação sexual, submissão a tratamentos experimentais, etc).

Já no que diz respeito à esfera da intimidade ou confiança temos os dados que o sujeito pode querer evitar comentários ou maiores ilações a respeito, como por exemplo, uma opinião política, uma convicção religiosa, ou mesmo sua origem étnica (apoiadores ou opositores a determinada corrente política ou político, convicção a respeito de temas sensíveis à religiosidade, como o aborto, o casamento homoafetivo, dentre outros).

Percebe-se, contudo, que a LGPD foi bastante criteriosa no tratamento desses dados, classificando-os como sensíveis, na forma do artigo 5º, inciso II.

O tratamento conjunto desses dados, tornando-os praticamente pertencentes à mesma esfera, para fins práticos, demonstra um avanço e um ganho de proteção. Em termos doutrinários, ainda se mostra relevante a sua diferenciação, pois tal reverbera no maior ou menor grau de lesão à proteção que se pretende conferir à privacidade.

É que a LGPD ao tratar tais dados em conjunto permite maior liberdade ao sujeito para ele próprio classificar, em seu íntimo, aquilo que pretende incluir em cada esfera de proteção, ora apenas na intimidade ou confiança, ora na maior proteção da esfera do segredo.

Não poderia a lei, por consequência, classificar por ela mesma aquilo que encontra-se nos insondáveis domínios do afeto (BRASIL, 2011, p. 4) e da gama ampla de convicções de qualquer espectro. Cada um há de ter o próprio direito de se comportar conforme ache mais conveniente, de modo que para alguns, revelar o diagnóstico de uma doença sob a qual ainda pairam incertezas e preconceitos significa exposição incomensurável e, para outros, o tratamento e exposição pública deste diagnóstico é uma arma de militância política e social de esclarecimentos, para vencer as barreiras do preconceito.

Porém, por este mesmo exemplo é possível antever que a diferenciação doutrinária trazida pela Teoria dos Círculos Concêntricos também permite valorar a extensão do dano causado em virtude de divulgação indevida de dados sensíveis. Para aquele que trata o diagnóstico médico da doença uma exposição por demais deletéria, o dano será significativamente maior do que aquele cuja divulgação sistemática e incentivada do mesmo diagnóstico não encontra-se contido na esfera do segredo.

Os dados anonimizados são conceituados na LGPD como os “*dado[s] relativo[s] a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento*” (BRASIL, 2018a, art. 5º, III).

Tratam-se dos dados que já são colhidos de forma anônima, sem identificação exata do sujeito a que se refere, ou aqueles dados que após tratamento tornam-se impossíveis de serem atrelados a uma pessoa.

Esses dados são comumente colhidos e utilizados em pesquisas científicas e estatísticas, cujo tratamento de dados só é possível por consentimento livre e esclarecido ou garantia, sempre que possível, da anonimização (BRASIL, 2018a, art. 7º, incisos I e IV).

. Porém, esses dados também são coletados na grande maioria das atividades diárias modernas, como assevera Simão Filho (2015 apud SIMÃO FILHO; SCHWARTZ, 2016, p. 316):

As informações geradas em ligações telefônicas, call centers, troca de e-mails, endereços de busca na internet, uso de caixas e equipamentos eletrônicos, qualidade de postagens em redes sociais ou interesses demonstrados em compras de qualquer natureza, são assim captadas, armazenadas e processadas para compor ou completar um banco de dados específico.

A esse tipo de banco de dados deu-se o nome de *Big Data*, cuja capacidade de operação está intimamente ligada à captação, tratamento, monetização, replicação e previsão de comportamentos e padrões.

Esses dados anonimizados mantêm íntima relação com a operação de tratamento automatizado – que é o núcleo dos *Big Datas* – e cujos instrumentos de tutela específica serão tratados a seguir.

A titularidade dos dados pessoais é da pessoa natural (BRASIL, 2018a, art. 17). sempre garantidos os direitos fundamentais da liberdade, intimidade e privacidade. Este é o direito básico reconhecido pela norma, apto a evitar questionamentos acerca da propriedade de bancos de dados que agora ganha compreensão distinta: a propriedade é da pessoa a que se referirem os dados contidos no banco, os agentes de tratamento e o encarregado são apenas responsáveis pela sua guarda, utilização e tratamento, nos estritos limites da lei.

Os agentes de tratamento são o operador e o controlador. Operador é aquele que realiza o tratamento dos dados, em nome – leia-se: sob as ordens e regulamentos – do controlador. Este último é a quem compete as decisões sobre o tratamento dos dados pessoais. Ambos podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado.

Por fim, o encarregado é aquele que será indicado pelo controlador (BRASIL, 2018a, art. 41) para aceitar comunicações e reclamações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências, receber comunicações da Autoridade Nacional e adotar providências, orientar os funcionários e contratados da entidade sobre as práticas para proteção de dados pessoais e, ainda, executar as demais atribuições definidas pelo controlador ou por normas complementares.

Já a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é órgão da administração

pública federal, integrante da Presidência da República, que poderá vir a se tornar autarquia de regime especial por transformação (BRASIL, 2018a, art. 55-A e §1º). A Autoridade Nacional possui garantia de autonomia técnica e decisória, dirigida por um Conselho Diretor com 05 (cinco) Diretores, dentre os quais um será seu Diretor-Presidente que, pelo princípio da hierarquia administrativa, será o representante legal, judicial ou extrajudicial, da ANPD.

Estas considerações são necessárias para a compreensão exata dos aspectos processuais da proteção dos dados, tendo em vista as condições da ação, incluindo-se a legitimidade passiva da parte, questões estas a serem abordadas no capítulo seguinte.

3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOS

O volume de dados coletados e tratados no mundo é deveras incontável. Considerando-se apenas o Brasil, dados do IBGE de 2018 revelam uma população de aproximadamente 209,5 milhões de pessoas. Se cada uma dessas pessoas utilizar seus dados pessoais como nome, filiação, endereço de residência e trabalho e número de apenas um telefone de contato, teremos cerca de 1,04 bilhão de dados pessoais protegidos a serem geridos num único banco.

Esta situação hipotética é suficiente a se constatar que para que a LGPD possua eficácia, os instrumentos à disposição dos titulares dos dados devem ser os mais amplos possíveis, no âmbito judicial e extrajudicial, mediante procedimentos céleres, inclusive sumários, que impeçam que essas demandas sejam redirecionadas para o caminho da judicialização.

Como se trata de uma legislação ainda em implementação, este é o momento crucial para que se determine a eficácia da LGPD.

Foram previstos alguns instrumentos administrativos para que o titular de direito à proteção de dados pessoais se valha, dando concretude ao direito material.

No âmbito das entidades de direito público o processamento de quaisquer dos pedidos será regido pela norma que discipline o processo administrativo em cada ente, aplicando-se subsidiariamente, ou no caso de ausência de norma sobre o tema, a Lei Federal nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), tal como previsto no artigo 23, §3º da LGPD (BRASIL, 2018a). Quanto às entidades reguladas pelo direito privado, a definição dos procedimentos para reclamações e petições de titulares de dados, bem como as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, serão definidas pelo controlador e os operadores através de manuais de boas práticas e de governança (BRASIL, 2018a, art. 50).

No aspecto procedimental, a LGPD define as normas gerais (BRASIL, 1988, art. 24, XI e §§1º e 2º e art. 30, incisos I e II) em matéria processual. Há margem para legislação suplementar pelos Estados e Municípios, que poderão regulamentar desde os requisitos mínimos do pedido inicial, até mesmo os prazos de tramitação, a forma de obtenção das provas necessárias à comprovação dos fatos, requisitos do ato decisório final, dentre outros aspectos.

Em qualquer hipótese, tanto no âmbito público quanto privado, a Autoridade Nacional

de Proteção de Dados possui competência para expedição de regulamentos e procedimentos sobre dados pessoais e privacidade (BRASIL, 2018a, art. 55-J, XIII da LGPD), que deverão ser observados nas regulamentações internas de cada ente.

3.1 REQUISIÇÃO AO CONTROLADOR (ART. 18, LGPD)

O titular dos dados tem a sua disposição a requisição de informações e o requerimento para providências, que serão dirigidas ao controlador para cumprimento.

O texto legal utiliza-se de duas terminologias diferentes que, intencionalmente ou não, conduzem a destinos distintos o pedido do titular dos dados.

Requisição é instituto próprio do direito constitucional e administrativo. Ao analisar a possibilidade de requisição de documentos e informações pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, em parecer jurídico, Ataliba (1992, p. 337) tece os seguintes comentários sobre o instituto:

Apalavra “requisição”, no direito brasileiro, é muito forte! É termo técnico-jurídico do direito constitucional positivo, embora implícito, tradicionalmente aplicado ao uso compulsório da propriedade privada (móveis e imóveis) pela Administração, em casos de guerra ou “perigo público” (calamidades, convulsões, etc.).

As requisições administrativas sempre decorrem da lei em sentido estrito e, sendo atos administrativos, estão dotadas do atributo da autoexecutoriedade, ressalvando-se a apreciação judicial da legalidade do ato (ATALIBA, 1992, p. 337).

Também há a presença da requisição, para obtenção de informações e documentos de interesse à instrução do inquérito civil, prevista no artigo 8º, §1º da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), sendo possível a negativa de seu fornecimento somente quando houver imposição legal de sigilo, suprível por decisão judicial. O desatendimento da requisição ministerial mediante “*a recusa, o retardamento ou a omissão*” é penalmente tipificado, na forma do artigo 10 da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985).

Agora, com o advento da LGPD nos parece que a requisição passa a ser instrumento jurídico mais amplo, utilizável pelo titular dos dados, ou seja, a pessoa natural, para exercício direto e autoexecutável, dos direitos previstos nos incisos III, IV, V, e IX do artigo 18 (BRASIL, 2018a).

Estas hipóteses tratam de situações em que incabível, ao menos em tese, o indeferimento de sua execução pelo controlador, tendo em vista dizerem respeito direto à liberdade de permitir ou não a utilização dos dados. É o caso de atuação sumária do controlador, sem maiores delongas ou perquirições ao titular.

Não caberia, por exemplo, que o controlador indeferisse pedido de revogação de consentimento, já que a própria lei confere direito líquido e certo a isto (BRASIL, 2018a, art. 8º,

§5º).

A sumariedade no atendimento da requisição vem expressa na primeira parte do §4º, do artigo 18 da LGPD (BRASIL, 2018a), que admite postergação apenas no caso de impossibilidade fática – quando a requisição for dirigida a quem não seja agente de tratamento dos dados referidos ou diante de qualquer fato impeditivo do atendimento – ou jurídica – quando houver fundamento legal que autorize o controlador a agir de modo diverso daquele esperado pelo titular (BRASIL, 2018a, art. 18, §4º, segunda parte e incisos I e II).

A requisição será exercida de modo gratuito pelo titular, não sendo possível que a lei estabelecesse de outra forma, já que a ação de *habeas data*, típica para a tutela de dados pessoais, encontra previsão constitucional de gratuidade (BRASIL, 1988, art. 5º, LXXVII).

O artigo 19 da LGPD (BRASIL, 2018a) também menciona a requisição, contudo compreendemos que neste ponto há uma má redação legislativa, sendo mesmo caso de requerimento, conforme se verá no tópico a seguir.

3.2 REQUERIMENTO AO CONTROLADOR (ART. 18, §3º, LGPD)

Em sentido diverso da requisição, o requerimento ao controlador enseja análise, poderá necessitar de instrução probatória, e está sujeito a juízo de mérito do controlador, com deferimento ou não do pedido, desde que fundamentado.

Embora a redação do §3º do artigo 18 (BRASIL, 2018a) não especifique quais direitos serão submetidos a requisição e quais outros serão objeto de requerimento, a diferenciação técnico-jurídica trazida no tópico anterior bem revela a importância dessa distinção.

Serão objeto de requerimento, no nosso entendimento, todos os direitos os quais digam respeito à obtenção de informações sobre o tratamento de dados e a hipótese de sua eliminação, após confirmação da inexistência de situação impeditiva. Isto é, será motivo de requerimento os direitos previstos nos incisos I, II, VI, VII e VIII do artigo 18 (BRASIL, 2018a).

Neste caso não há como vislumbrar a sumariedade do pedido pois para se confirmar a existência de tratamento, por exemplo, o controlador terá de instruir o pedido com documentação pertinente a isso atestar (certidões, respostas a consultas, memorandos, ofícios, etc), já que este é o procedimento mais compatível com as boas práticas de comunicação entre titular e agentes de tratamento, conforme o princípio da transparência (BRASIL, 2018a, art. 50, §2º, inciso I, alínea “e”), trata-se de informação que afeta direitos e interesses, exigindo motivação do Poder Público (BRASIL, 1999, art. 50) e atende ao dever de informação do consumidor (BRASIL, 1990a, art. 6º, inciso III).

Também no caso do requerimento haverá o processamento gratuito do pedido, sendo importante destacar que não importa o custo para o controlador para atendimento da demanda que lhe for imposta, todos os atos serão gratuitos, não se admitindo, por exemplo, que o envio de resposta ao requerimento, por carta ao titular, tenha cobrança desse custo, pois o dever de resposta

é ônus legal.

Interpretação diversa, em nossa compreensão, não encontra albergue no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a, art. 51, XII), viola o princípio da responsabilização e prestação de contas (BRASIL, 2018a, art. 6º, X) e macula a regularidade do *compliance* em tratamento de dados (BRASIL, 2018a, art. 43, II).

3.4 DIREITO DE PETIÇÃO À ANPD (ART. 18, §1º, LGPD)

É certo que o sistema de comunicação entre o controlador e o titular dos dados foi concebido para que possa funcionar com regularidade, tal como o tratamento das demandas dos consumidores diretamente pelos fornecedores.

Em havendo falha ou omissão do controlador, todavia, há remédio administrativo que constitui verdadeiro sistema hierarquizado de proteção de dados, mediante o qual o titular poderá exercer seu direito de petição a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, materializando direito fundamental do artigo 5º, XXXIV, alínea “a” da Constituição (BRASIL, 1988).

É condição essencial do recebimento e processamento dessa petição a demonstração de que o controlador não solucionou a questão dentro do prazo regulamentar (BRASIL, 2018a, art. 55-J, inciso V).

Ressaltamos, contudo, que essa condição não pode ser interpretada como *sine qua non* para acionamento da ANPD. Nos casos em que sequer haja a identificação do controlador, que é obrigatória (BRASIL, 2018a, art. 9º, incisos III e IV), ou não havendo estrutura implementada para recebimento das requisições e requerimentos, o acionamento da ANPD deve ser feito sem a prévia tentativa de solução junto ao controlador.

A petição deverá ser dirigida ao Presidente do Conselho-Diretor da ANPD. O Conselho determinará, então, o encaminhamento da petição à unidade competente da ANPD para instrução (BRASIL, 2020a, art. 4º, inciso VI, alínea “a” do Anexo I ao Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020 – Regulamento da ANPD).

Há possibilidade de delegação da competência do Conselho-Diretor para os órgãos internos da ANPD, conforme autorizado no artigo 31, do Regulamento (BRASIL, 2020a).

Ao apreciar o pedido, a ANPD poderá determinar qualquer providência, comissiva ou omissiva, no atendimento dos interesses do titular, sendo cabível até mesmo a adoção de medidas preventivas, isto é, cautelares, com fixação

O Regulamento criou uma outra classe processual, com natureza recursal, no âmbito interno da ANPD: o pedido de reexame. Trata-se de pedido para que o Conselho-Diretor reavalie a decisão tomada através da competência delegada, pronunciando-se em última instância sobre o caso.

Os Conselheiros da ANPD possuem poder decisório, nos processos de sua relatoria, sendo possível a definição de julgamentos singulares, conforme o artigo 26, incisos I e II do Regulamento

(BRASIL, 2020a). Isso acarreta, por óbvio, a previsão da existência de, no mínimo, um recurso hierárquico para apreciação colegiada, conforme garantia constitucional e legal (BRASIL, 1988, art. 5º, LIV e LV; BRASIL, 2018a, art. 55-J, inciso IV; BRASIL, 2020a, art. 2º, inciso IV).

3.5 DIREITO DE PETIÇÃO AOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 18, §8º, LGPD)

A massiva maioria dos consumidores não dominam conceitos e conhecimentos que lhes habilite a buscar, ainda que administrativamente, a proteção de seus dados pessoais, invocando dispositivos legais correspondentes.

Mas é princípio da LGPD a transparência e a responsabilização (BRASIL, 2018a, art. 6º, VI e X). Não se pode conceber que haja responsabilização sem que o acesso dos consumidores e titulares dos dados seja facilitado, pois não é de agora que isso é reconhecido como direito básico (BRASIL, 1990a, art. 6º, VIII).

A intimidade entre a LGPD e o direito do consumidor é mais do que evidente, é inegável. Traçando esta relação conceitual Carvalho e Ferreira (2018) atestam:

A defesa do consumidor e a proteção de dados pessoais visam proteger o cidadão de um desequilíbrio de poderes que possa afetar a tomada de uma decisão livre, autônoma e informada. Enquanto a defesa do consumidor busca reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor no mercado de bens e consumo, a proteção de dados diz respeito ao reequilíbrio entre controlador dos dados pessoais e o titular, que muitas vezes desconhece como se dá o tratamento de dados, suas finalidades ou os seus possíveis riscos.

Aos órgãos de defesa dos consumidores também incumbirá dar tratamento às demandas relacionadas aos direitos tutelados pela privacidade de dados na internet. A capilaridade destes órgãos e a especializada competência no atendimento das demandas consumeristas permitirão conferir eficácia às reclamações por desvios e ilicitudes cometidas com relação aos dados dos titulares.

3.6 PEDIDO DE REVISÃO DE DECISÃO COM BASE EM DADOS AUTOMATIZADOS

O tratamento de dados é a base da internet para que ela consiga ofertar, com relevância, as informações e produtos que o consumidor deseja ou necessita.

A Internet das Coisas (IoT) tem a capacidade de interconectar uma rede de objetos, que passam a manter uma comunicação integrada entre si e outros sistemas, capturando e compartilhando dados para realização de diversas tarefas, simples ou complexas (CONOSCENTI; VETRO; MARTIN, 2016; SETHI; SARANGI, 2017 apud SAKAMOTO, 2020, p. 14).

Através do tratamento de dados de modo automatizado que diversos aplicativos de celular funcionam. As buscas efetuadas na internet geram dados que são captados e replicados para lojas eletrônicas que ofertam produtos e serviços de acordo com a recente pesquisa.

A Uber utiliza a tecnologia *machine learning* (BRAZIL COMMS, 2018) para identificar riscos com base na análise das viagens, em tempo real, e dessa forma as viagens consideradas potencialmente arriscadas, através de geolocalização do ponto de partida e destino do usuário, são negadas, salvo se o usuário fornece mais dados de identificação que, obviamente, passarão por novos tratamentos aptos a definir seu perfil e permitir a tomada de decisão pela fornecedora das viagens.

Contra este tratamento automatizado de dados a LGPD garante o direito de solicitação de revisão dessas decisões robotizadas, que afetam interesses, inclusive os relacionados à definição de perfil “*pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade*” (BRASIL, 2018a, art. 20).

Ao controlador, neste caso, incumbe, além de proceder com a própria revisão do tratamento automatizado, fornecer informações sobre como estes dados são tratados, com quais critérios e mediante quais procedimentos. A ressalva das informações encontra guarida no sigilo industrial e comercial.

É garantido, contudo, através de petição à ANPD (vide tópico 3.3) que esta realize auditoria junto ao controlador para analisar os critérios adotados, se discriminatórios ou não.

4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA JURISDICIONAL INDIVIDUAL E COLETIVA

A tutela dos direitos relacionados à privacidade dos dados não está excluída da função jurisdicional, em decorrência da inafastabilidade da jurisdição, bem como por que reconhecida a tutela individual e coletiva (BRASIL, 2018a, art. 22).

Não se nega acerca da inexistência de monopólio jurisdicional na questão haja vista a possibilidade de utilização da arbitragem para solução dos casos individuais, tanto no setor público (arbitragem exclusivamente de direito, conforme o artigo 1º, §1º e artigo 2º, §3º da Lei de Arbitragem) (BRASIL, 1996), quanto no setor privado (arbitragem de direito ou de equidade, conforme art. 2º, *caput* da mesma Lei) (BRASIL, 1996).

4.1 INSTRUMENTOS EXCLUSIVOS DE TUTELA INDIVIDUAL

Nesta seção trataremos a respeito dos instrumentos judiciais que não admitem substituição processual, sendo exercidos pelos próprios titulares dos direitos em hipótese de legitimação ordinária.

4.1.1 Habeas data (Lei nº 9.507/97)

O *habeas data* é um **remédio constitucional** (BRASIL, 1988, art. 5º, LXXII) que tem por objetivo proteger a privacidade da pessoa natural contra usos abusivos de dados pessoais, coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; tratamento realizado com relação a dados sensíveis ou a conservação de dados falsos ou com fins diversos daqueles que a lei autoriza (SILVA, 2007, p. 453).

Trata-se de ação isenta do pagamento de custas (BRASIL, 1997, art. 21), proposta em face de pessoas jurídicas de direito público interno, ou pessoas jurídicas de direito privado que atuem em colaboração ou delegação de serviços públicos

que prestem serviço para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também (...) instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais. (SILVA, 2007, p. 455).

No caso da defesa dos direitos previstos na LGPD, a utilização do *habeas data* somente pode ser feita por pessoa natural, já que são protegidos apenas os dados pessoais.

Descabe o *habeas data* preventivo, sendo imprescindível a comprovação de acionamento prévio do controlador, apontando-se na petição inicial, cuja representação técnica por advogado é obrigatória, quais as providências adotadas que não satisfazem a pretensão do titular ou a omissão na tomada de providências (BARROSO, 1998, p. 156-157; BRASIL, 1990b, p. 2).

O direito de ação é, em regra, personalíssimo (SILVA, 2007, p. 454) e individual. Entretanto, a coletivização do processo mostra uma tendência de que seja admitida a impetração do *habeas data* também como ação coletiva, em virtude de esta ser o único meio efetivo de acesso à Justiça pelos grupos sociais, em especial dos grupos mais vulneráveis, do ponto de vista econômico e social (BRASIL, 2018b, p. 15).

Mourão Neto (2021) defende a possibilidade do manejo do *habeas data* coletivo em virtude da dimensão que podem assumir a violação dos direitos de proteção de dados nas relações de consumo, cuja massificação lhe é inerente, como também por nós comentado no tópico 3 deste trabalho.

Assim, o *habeas data* poderá ser utilizado, no âmbito da LGPD, quando não houver tratamento adequado dos dados, ainda que haja consentimento, para proteção dos direitos previstos nos artigos 18 e 20, para determinação de exclusão de dados e para exigência de providências em face dos agentes de tratamento.

5.1.1 Ações cíveis em geral

Pela obviedade não nos deteremos com maiores minúcias quanto ao fato de que é garantido ao titular dos direitos a propositura de ações cíveis em geral, declaratórias, constitutivas e condenatórias em face dos agentes de tratamento e da pessoa, física ou jurídica, que se utilizar

dos dados pessoais à margem do que estabelece a LGPD.

Ressalta-se porém que a LGPD permite, agora, um novo panorama na causa de pedir e nos pedidos dessas ações cíveis, em virtude da positivação de direitos que anteriormente ficavam a cargo apenas do reconhecimento judicial, mediante processo hermenêutico de pouca segurança jurídica.

Conforme salientamos anteriormente (tópico 3) a LGPD traz a classificação dos dados pessoais em dados sensíveis, o que constitui-se como bússola ao magistrado na definição da extensão do dano provocado em virtude do tratamento indevido desses dados do titular, podendo valorar melhor a indenização a ser deferida. Quanto mais sensíveis os dados utilizados na ação ilícita ou abusiva, maior será a extensão do dano, a exigir maior reparação (art. 186, 187 e 944, do Código Civil).

Tratando-se de responsabilidade civil aquiliana, admite-se a análise da culpa da vítima, exclusiva ou concorrente, quanto ao seu comportamento com relação ao tratamento dos seus dados (omissão na adoção de providências de segurança recomendadas pelo controlador, por exemplo, tal como a instalação de sistemas de segurança, desconsideração de alertas, etc).

Também com relevo, a prova do vício do consentimento pelo titular incumbe exclusivamente ao controlador, que deverá demonstrar que o obteve em conformidade com a LGPD, sendo vedado o tratamento dos dados obtidos por vício de consentimento (BRASIL, 2018a, art. 8º, §§3º e 4º).

5.2 INSTRUMENTOS EXCLUSIVOS DE TUTELA COLETIVA

O microsistema de tutela coletiva é constituído, basicamente, pela ação civil pública, ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo. Informa, todavia, o princípio da não-taxatividade ou atipicidade da tutela coletiva que são admitidas todas as espécies de ações capazes de efetivar esta tutela (art. 83, do Código de Defesa do Consumidor).

Neste tópico trataremos especificamente das ações de tutela exclusivamente coletiva, isto é, que somente são admitidas mediante legitimação extraordinária, através de representação processual da coletividade pelos sujeitos legalmente admitidos.

5.2.1 Ação Civil Pública

A ação civil pública é um “conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos” (ZAVASCKI, 2014, p. 53), regulada pela Lei nº 7.347/1985 (BRASIL, 1985) e destinada à proteção contra lesão e a reparação da lesão ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem ainda, à ordem econômica e à economia popular, e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos (art. 1º).

Admite-se, ainda, o manejo da ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos pelos co-legitimados previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Utilizando-se desta legitimação, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ingressou com a primeira ação civil pública relacionada à LGPD, visando a impedir que uma empresa continuasse a comercializar um banco de dados com informações de cerca de 500 mil pessoas da cidade de São Paulo, cujo consentimento para tanto não havia sido coletado (BRASIL, 2020a).

A ação foi rejeitada, contudo, por falta do interesse de agir já que o portal da empresa, que comercializava o banco de dados, foi tirado do ar por presunção de que iriam “*adequar os seus serviços às normas jurídicas de proteção de dados pessoais*” (VITAL, 2020).

No âmbito das atividades do Poder Público, também sujeito às normas da LGPD, é possível que a ação civil pública seja utilizada para imposição de penalidades pela prática de ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, quando o tratamento de dados não estiver adequado à lei (art. 11, incisos I e II); quando houver o vazamento de dados pelos agentes de tratamento, notadamente quanto a dados sensíveis (art. 11, III), sendo também apenável o recebimento de valores ou bens em função disso (art. 9º), ou ainda, quando não fiscalizada a organização da sociedade civil quanto aos dados de interesse público que são produzidos no decorrer da parceria (art. 10, XIX e Lei nº 13.019/2014), dentre outros atos.

A já discutida massificação das relações consumeristas também permite destacar que eventuais danos sociais, entendidos como aquela espécie de dano coletivo, que tem como consequência a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social (FRIEDE; ARAGÃO, 2016, p. 22), serão objeto de tutela reparatória coletiva através da ação civil pública, como se vislumbra no caso de utilização de dados relativos a orientação política e filosófica pelo Estado, com critérios discriminatórios negativos, como objeto de censura e coação, apurados mediante controle objetivo na ADPF nº 722 (BRASIL, 2020b).

5.2.2 AÇÃO POPULAR

A ação popular é resguardada ao cidadão no gozo de seus direitos políticos, podendo ser manejada para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII da Constituição).

Tem regulamentação infraconstitucional na Lei nº 4.717/1965, que traz como conceitos para proclamação da nulidade do ato, o vício de competência e de forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência dos motivos e o desvio de finalidade (art. 2º).

A compreensão de que a ação popular não protege apenas o patrimônio público material encontra guarida em grandes doutrinadores, como Meirelles, Mendese Wald (2016, p. 195) que afirmam:

(...) Entender-se, restritamente, que a ação popular só protege o patrimônio

público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI, 24, VI, 170, VI, e 225). Essa proteção constitucional não deve ser apenas nominal, mas real, traduzindo-se em meios concretos de defesa, tais como a ação popular para a invalidação de atos lesivos desses valores. Se ao Estado incumbe proteger o patrimônio público, constituído tanto de bens corpóreos como de valores espirituais, de irrecusável lógica é que o cidadão possa compeli-lo, pelos meios processuais, a não lesar esses valores por atos ilegais da Administração.

O tratamento de dados pelo Poder Público encontra limitações próprias pois só pode ser efetuado quando necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres (art. 7º, III, da LGPD), condicionada sempre ao atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público (BRASIL, 2018a, art. 20).

Quando o órgão da Administração Pública, portanto, estatui procedimentos viciados de coleta de consentimento de tratamento de dados, está a praticar ato que tende a promover a lesão do patrimônio público, seja pela imposição de penalidades pela ANPD, seja pela reparação de eventuais danos que os agentes públicos causarem, nesta condição, aos particulares (BRASIL, 1988, art. 37, §6º; BRASIL, 2018a, art. 42).

Noutro giro, o servidor que atuante na condição de operador, com capacidade de consulta a dados relativos à propriedade de veículos, por exemplo, que presta essa informação a terceiros, sem consentimento do titular, fora da finalidade pública para a qual instituído o banco de dados, além de praticar eventual falta funcional, poderá sofrer as consequências de uma ação popular, considerando que a jurisprudência tem admitido a aplicação de sanção por ato de improbidade também por meio desse instrumento processual.

Em razão do princípio da integração das ações coletivas, há a concepção de um microsistema processual que contém a lei da ação popular, da ação civil pública e as disposições de tutela coletiva advindas do Código de Defesa do Consumidor, “*com o objetivo de propiciar uma adequada e efetiva tutela dos bens jurídicos nelas previstos*” (BRASIL, 2020c).

6 CONCLUSÕES

A globalização e as exigências do multilateralismo fizeram com que o Brasil editasse a Lei Geral de Proteção de Dados, com vistas à proteção dos consumidores, pessoas naturais, frente a escalada de violações ao direito à privacidade e intimidade, decorrente das novas tecnologias, da massificação das relações consumeristas e da robotização e automatização de procedimentos.

A inspiração na *General Data Protection* da União Europeia (GDPR-EU) permitiu que o Estado brasileiro trouxesse legislação já abalizada, experimentada, funcional e eficaz, utilizada

em toda a Europa ocidental, criando ambiente seguro de investimentos e manutenção das relações comerciais e industriais.

A previsão ampla, própria dos textos constitucionais, da proteção à intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X da Constituição Federal) não se mostrava capaz de socorrer as demandas sociais que surgiam com o avanço da Internet das Coisas e dos *BigDatas*.

Além de prever princípios de relevância para a elaboração dos instrumentos regulatórios pelos atingidos pela LGPD, o texto normativo disciplinou à exaustão a proteção dos dados, trazendo diferenças terminológicas que reverberarão na aplicação do novo marco legal.

Embora não explícita, a desjudicialização na proteção de dados é um princípio implícito da LGPD, diante da criação de um verdadeiro sistema administrativo de resolução de conflitos relacionados à matéria, o que sequer foi previsto, com tamanha minuciosidade, pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que este também tenha trazido inovações para o estado da arte daquela década.

Defendemos que no âmbito administrativo, ao dar aplicabilidade para os dispositivos do marco legal, o intérprete se atente à diferenciação entre os instrumentos de requisição e de requerimento que, aparentemente, foram utilizados como sinônimos, mas que no campo doutrinário ganham diferenciação prática importante.

A positivação na LGPD do conceito de dados sensíveis merece destaque já que pode constituir-se como vetor interpretativo da extensão do dano e da lesão ou ameaça de lesão causada pela indevida divulgação de dados assim qualificados. A adoção da Teoria dos Círculos Concêntricos contribui para esse exercício hermenêutico, mas não esgota, todavia, o seu objeto, que continuará a demandar prova fática da classificação – personalíssima – que cada titular fazia do respectivo dado sensível.

A LGPD traz a presunção da sensibilidade desses dados, mas o sujeito, por deter autodeterminação afirmativa poderá trata-los como um dado pessoal qualquer, disponível para consulta de quem quer que seja em suas redes sociais. A LGPD não transmutou a característica desses direitos, ainda se trata de direitos disponíveis, porém, agora, com amplitude de proteção.

A tutela dos direitos insculpidos na LGPD se confere tanto no campo individual quanto coletivo, pois embora trate-se de direito individual homogêneo, a depender da situação do conflito, este ganhará inegáveis contornos de direitos transindividuais, como no caso da exigência de reparação por danos sociais causados por ato ilícito decorrente do mau uso ou desvirtuamento do tratamento de dados.

Nesse aspecto merece destaque que a ação de *habeas data* tem potencialidade para sair do limbo jurídico do esquecimento, deixando de ser objeto apenas de considerações enciclopédicas e dogmáticas, para passar, de vez, ao campo empírico, da experiência prática, permitindo desenvolver e cultivar a doutrina nacional sobre a ordem de injunção.

A totalidade dos direitos do artigo 18 da LGPD é exercível, no campo jurisdicional, através do mandado de injunção, salvo nos casos de coletivização da demanda, ocasião em que será cabível, via de regra, o mandado de segurança.

O conceito de banco de dados público trazido pela redação da Constituição permite a ampliação desse remédio constitucional inclusive em face de pessoas jurídicas de direito privado, que administrem bancos de dados relacionados a proteção do crédito, por exemplo.

É forçoso reconhecer, todavia, que a Lei nº 9.507/97 não está adequada à modernidade, sendo inolvidável a sua atualização para prever, por exemplo, a possibilidade do seu manejo sem a assistência técnica de advogado, que embora seja essencial à justiça, também não poderá ser diminuído à função de mero despachante de simples pedidos de exclusão ou retificação de dados, negados na seara administrativa por despreparo ou mesmo por intencionalidade do agente de tratamento.

O próprio conceito constitucional de banco de dados público merecia uma interpretação autêntica da norma infraconstitucional para que não pairassem dúvidas sobre a possibilidade de seu manejo contra pessoas jurídicas de direito privado, dada a potencialidade da ordem de injunção, sumária e preferencial sobre um processo de conhecimento.

Reconhece-se, por fim, que a LGPD não inaugura, no campo jurisdicional, novos instrumentos jurídicos, mas se utilizará do sistema de tutela individual e coletiva, com a amplitude possível, para a defesa dos direitos dos titulares de dados.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Poder Judiciário - Ministério Público - Requisição de dados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 187, n. 1, p. 331-342, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45099>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, n. 3, p. 149-163, jul/set. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47206>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BEPPLER, Daniela. Internet e informatização: implicações no universo jurídico. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Boiteux, 2000.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. . Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990a. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. . Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF,

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 15 ago. 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020a. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. MPDFT ajuíza 1ª ação civil pública com base na LGPD. **MPDFT**, Brasília, 22 set. 2020b. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/12384-mpdft-ajuiza-1-acao-civil-publica-com-base-na-lgpd>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 2, de 18 de maio de 1990**. Não cabe o habeas data (cf, art. 5., lxxii, letra “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1990b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>. 2011. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641/SP. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. **Revista Conjur**. Brasília, 20 fev. 2018b. p. 1-56. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ricardo-lewandowski1.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 722. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 22 de outubro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 out. 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5967354>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1875150. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, DF, 11 de novembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 nov. 2020d. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/eroUnico&termo=08156106620184050000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRAZIL COMMS. Uber adota tecnologia de machinelearning para reforçar prevenção de riscos no Brasil. **UberNewsroom**, São Paulo, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/uber-adota-machine-learning-para-reforcar-prevencao-de-riscos-no-brasil/>. Acesso em: 05 fev. 2021.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vítor Hugo do Amaral. **Defesa do consumidor ganha com a nova lei de proteção de dados pessoais**. 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-lei-protacao-dados>. Acesso em: 05 fev. 2021.

CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A teoria dos círculos concêntricos e a preservação da privacidade humana no registro civil das pessoas naturais. **CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA**, 5, 2017, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Universidade Estadual de Ribeirão Preto, 2017. p. 265-282. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/971>. Acesso em: 04 fev. 2021.

FOLLONE, Renata Aparecida; SIMÃO FILHO, Adalberto. A conexão da lgpd e cdc: a proteção de dados pessoais nas relações consumeristas e a sua concretização como direito fundamental. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA*, 8, 2020, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2020. p. 937-959.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILI, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. *In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 10. p. 677-715.

GREENBERG, Andy. **Hacker Lexicon: whatisthedarkweb?** 2017. Disponível em: http://dpya.org/en/images/9/9a/Hacker_Lexicon-What_Is_the_Dark_Web%3F.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira. WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOURÃO NETO, Samuel Francisco. **Arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados de consumidores) e habeas data (individual e coletivo)**. Disponível em: https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_samuel.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

REGULAMENTO (UE) nº 679, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Bruxelas, 04 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN#tocId55>. Acesso em: 30 jan. 2021.

SAKAMOTO, Sarah Gomes. **Segurança, privacidade e blockchain no contexto de internet das coisas**. 2020. 66 f. Monografia (Especialização em Internet das Coisas) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Departamento Acadêmico de Eletrônica, Curitiba, 2020. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/19677>. Acesso em: 05 fev. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros,

2007. 928 p.

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data Big Problema!: paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. In: CONPEDI LAW REVIEW, 3., 2016, Oñati, Espanha. **Anais [...]**. [S.L.]: Conpedi, 2016. v. 2, p. 311-331. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3644/0>. Acesso em: 04 fev. 2021.

VITAL, Danilo (ed.). **Primeira ACP baseada na LGPD é indeferida porque site da ré está em manutenção**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-23/peticao-inicial-acao-civil-publica-baseada-lgpd-indeferida>. Acesso em: 05 fev. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em Debate**, Ijuí, v. 10, n. 11, n. 16-17, jan./jun. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768>. Acesso em 28 Jan. 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZIMMERMANN, Augusto; CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares. **Direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. t. I.

Como citar: ALVES, Deny Eduardo Pereira; FILHO, Adalberto Simão. CARVALHO, Diógenes Faria de. Instrumentos Processuais de Proteção de Dados. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 105-125, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p105. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 06/14/2021

Aprovado em 10/20/2021

**SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL SOB
A ÓTICA DA METODOLOGIA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO: INEFICÁCIA
PROTETIVA DA ANÁLISE JURÍDICA
TRADICIONAL**

BUSINESS SUSTAINABILITY FROM THE POINT
OF VIEW OF THE METHODOLOGY OF ECONOMIC
ANALYSIS OF LAW: PROTECTIVE INEFFICACY OF
TRADITIONAL LEGAL ANALYSIS

Joana D’Arc Dias Martins*
Maria de Fátima Ribeiro**

*Doutoranda e mestre em Direito pela UNIMAR. Promotora de Justiça do Estado do Acre.
E-mail: joanamartins.ac@gmail.com

**Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Pós Doutora em Direito Fiscal pela UL – Lisboa, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR.
E-mail: joana.darc@ac.gov.br

Como citar: MARTINS, Joana D’Arc Dias; RIBEIRO, Maria de Fátima. Sustentabilidade Empresarial Sob a Ótica da Metodologia da Análise Econômica do Direito: Ineficácia Protetiva da Análise Jurídica Tradicional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 126-150, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p126. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A empresa contemporânea assumiu novos e importantes papéis no Estado Democrático de Direito, e nessa nova roupagem, o lucro, a despeito da sua imprescindibilidade no contexto da atividade empresarial, deixou de ser o objetivo exclusivo a ser buscado. As relações construídas junto à comunidade, meio ambiente, consumidores e trabalhadores passaram a fazer parte do conceito de “eficiência econômica”, constituindo eficaz instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável e configurador de diferencial competitivo diante do mercado concorrencial. O presente artigo pretende compreender este aparente conflito, verificar seus efeitos e a possibilidade de enfrentá-lo através da Análise Econômica do Direito pela compreensão que esse método, para além da **insuficiência da** análise jurídica tradicional, oferece possibilidades concretas de vincular a proteção ambiental quando das tomadas de decisões econômicas. Trata-se de pesquisa bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, por se tratar de abordagem teórica e conceitual-normativa.

Palavras-chaves: análise econômica do Direito, desenvolvimento econômico, empresa, eficiência, responsabilidade socioambiental.

Abstract: The contemporary company has taken on new and important roles in the Democratic Rule of Law, and in this new guise, profit, despite its indispensability in the context of

business activity, is no longer the exclusive objective to be pursued. The relationships built with the community, the environment, consumers and workers became part of the concept of “economic efficiency”, constituting an effective instrument for promoting sustainable development and configuring a differential element in the competitive market. This paper explores this apparent conflict, to verify its effects and the possibility of facing it with an Economic Analysis of Law by understanding that this method, in addition to the insufficiency of traditional legal analysis, offers concrete possibilities when linking environmental protection with economic decision-making. This paper utilizes literature review in conjunction with the deductive approach, as it is a theoretical and conceptual-normative analysis.

Keywords: economic analysis of Law, economic development, company, efficiency, Socio-environmental responsibility.

INTRODUÇÃO

A partir da década de 1970, com a crescente preocupação internacional com a degradação dos recursos ambientais - mormente diante da constatação da incompatibilidade entre crescimento econômico e sua capacidade de suporte -, intensificaram as tentativas de melhor equacionar os processos de desenvolvimento e o exercício das atividades econômicas. Esses esforços se desdobram em diferentes campos do conhecimento.

Malgrado as soluções para os problemas ambientais perpassar, obrigatoriamente, pelo envolvimento interdisciplinar dos diversos ramos do conhecimento, não remanesce dúvida de que o maior entrave advém da seara econômica, sendo essencial descobrir como harmonizar economia e sustentabilidade, de modo que o almejado crescimento econômico de um país reflita necessariamente na melhoria da qualidade de vida de seus habitantes, principalmente no que concerne ao usufruto dos direitos socioambientais.

Portanto, o atual contexto econômico apresenta um dos grandes paradoxos contemporâneos, dado que, ao lado da expectativa e necessidade de um crescimento econômico – indispensável para o desenvolvimento nacional -, aliado aos necessários investimentos alocados junto aos setores produtivos, a sociedade depara-se com um robusto sistema jurídico de proteção socioambiental.

Nesse contexto, o desafio dos agentes econômicos está no desenvolvimento das atividades empresariais e o estabelecimento de um mercado concorrencial que, simultaneamente consiga enfrentar as novas demandas socioambientais - tradicionalmente registradas no cenário empresarial como uma externalidade - ocasionadora de aumento dos custos de transação e capaz de afastar parte dos agentes econômicos. Essa harmonização é o que se designa como desenvolvimento sustentável.

No campo da economia, as tentativas de conciliar a questão ambiental oferecem um conjunto diversificado de respostas, todavia, para o propósito deste trabalho, o interesse é compreender esse aparente conflito, verificar seus efeitos e a possibilidade de enfrentá-lo, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, principalmente ao se considerar a ineficácia protetiva através da análise jurídica tradicional.

À vista disso, o objetivo imediato deste artigo é desenvolver uma leitura que vincule os conceitos de eficiência econômica (otimalidade) ao de desenvolvimento sustentável (sustentabilidade) como modo de se vislumbrar a complexidade axiológica tutelada pelo Texto Constitucional, e cujo teor necessita ser interpretado de modo coordenado. Assim, fixam-se inicialmente as compreensões necessárias acerca do termo, valendo do potencial hermenêutico e epistemológico da Análise Econômica do Direito, para então avançar para uma discussão acerca da implicação dessa normatividade jurídica constitucional sobre a atividade econômica.

Igualmente, considerando que um dos mais importantes fenômenos históricos do capitalismo contemporâneo é justamente a exposição crescente dos negócios privados a formas variadas de julgamento público, busca-se analisar se as ações de responsabilidade socioambiental, *a priori* vistas como aumento de custos, constituem estratégias de posicionamento empresarial,

configuradora de eficiência e diferencial competitivo para seus produtos e marcas diante de mercado cada vez mais competitivo.

O método de estudo que se propõe neste trabalho - a despeito das críticas que sofre por tratar o tema ambiental a partir do individualismo metodológico típico da economia neoclássica -, conforme será demonstrado, tem o mérito de formular propostas concretas e, sobretudo, eficientes, para a inserção e valorização dos elementos ambientais quando da tomada de decisões econômicas, podendo contribuir para a máxima concretização desses direitos.

A pesquisa se justifica principalmente pela atualidade e a relevância do tema. O método de abordagem é dedutivo e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental. O artigo está dividido em quatro tópicos que seguem os objetivos específicos do trabalho.

1 CRESCIMENTO ECONÔMICO *VERSUS* DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A despeito de sua importância, a preocupação com a proteção ambiental é fenômeno relativamente novo na história da humanidade. Seu nascedouro está ligado à contradição entre o crescimento econômico e meio ambiente, sobretudo pela crescente degradação ecológica provocada pelas nações ricas e industrializadas nos seus processos econômicos, além da pobreza, que associada ao aumento populacional, estaria levando à deterioração do meio ambiente.

Ana Maria Nusdeo (2018, p. 54) aponta o marco das discussões sobre o impacto do sistema econômico sobre o meio ambiente a partir da década de 1960, por intermédio de algumas publicações que chamavam a atenção para a tendência de esgotamento de recursos naturais, dentre as quais se destacam *Silent Spring* (1962), de Rachael Carson, *The tragedy of commons* (1968), de Garret Hardin, e *Limits to Growth* (1972), estudo encomendado pelo Clube de Roma e coordenado por Donella Meadows.

Grosso modo, a noção de desenvolvimento sustentável, como conceito normativo, foi construído e moldado com base em um conjunto de documentos de projeção internacional, com destaque para a Declaração de Estocolmo (1972) e, principalmente, pelo *Relatório Brundtland* (1987). Posteriormente, em 1992, esse conceito foi ratificado pelos 176 países participantes da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92). A partir daí estabeleceu-se que a busca pelo desenvolvimento econômico precisava conciliar em seu processo mecanismos que assegurassem, de modo concomitante, o desenvolvimento social e a proteção ambiental, de modo a garantir que a satisfação das necessidades presentes não comprometeria o direito das gerações futuras de usufruir dos mesmos benefícios.

À luz dos debates sobre as relações entre o meio ambiente e desenvolvimento no cenário das negociações internacionais, a presença da proteção ambiental como um dos princípios da ordem econômica – artigo 170, inciso VI, combinado com o *caput* do artigo 225 - que faz referência ao elemento intergeracionalidade, permite a conclusão da adoção do princípio do desenvolvimento sustentável pela Constituição de 1988 (NUSDEO, 2018, p. 83).

Do mesmo modo, o art. 3.º, ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de apontar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III), estabelece, em seu inciso II, a garantia do desenvolvimento nacional como sendo um dos seus propósitos. De uma simples leitura desse dispositivo, depreende-se que o constituinte elencou como objetivo fundamental não o simples desenvolvimento econômico - tido como sinônimo de crescimento econômico -, mas, sim, o desenvolvimento, bem mais amplo e abrangente que aquele, cujo objetivo não se restringe a um mero crescimento econômico, e sim ao desenvolvimento de toda a nação brasileira.

Destarte, a noção de desenvolvimento preconizada pela CF/88 diverge da visão marcadamente liberal difundida por volta dos anos 60. A satisfação ao conceito de desenvolvimento, para além da preocupação exclusiva com a opulência econômica e o desenvolvimento dos mercados, está intimamente ligada ao valor da solidariedade (HACHEM, 2013, p. 150-151).

Segundo Amartya Sen (2000), só há desenvolvimento quando os benefícios do crescimento servem à ampliação das capacidades humanas, entendidas como o conjunto das coisas que as pessoas podem ser ou fazer na vida. O seu objetivo básico deve ser ampliar as liberdades humanas, expandindo a capacidade das escolhas que as pessoas possam fazer para ter vidas plenas e criativas. Sua concretização requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos.

Nada obstante, o apontado autor não considera que o desenvolvimento de uma nação prescindia do crescimento econômico, do aumento das rendas, da industrialização ou da modernização. Ao contrário, o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, contudo, ele é um importante meio para promover a liberdade dos membros da sociedade, propiciando acesso a recursos indisponíveis para exercício de uma autonomia (SEN, 2000, p. 25-27).

Enfim, em consonância com os objetivos fundamentais preconizados na Constituição de 1988, resta compreendido que é preciso pensar um modelo de desenvolvimento que contemple, a um só tempo, crescimento econômico compatível com o desenvolvimento. Em vista disso, percebe-se que a eficiência do desenvolvimento perpassa por uma profunda remodelação conceitual, afastando-se do viés anterior, ligado exclusivamente a critérios econômicos, para incorporar, também, as demandas socioambientais modernas.

2 DIREITO E ECONOMIA: UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE

O Direito e a Economia, enquanto ciências sociais, objetivam o estudo e a ordenação do comportamento das pessoas, todavia o fazem sob enfoques distintos. Enquanto a Economia investiga o ser humano a partir de suas escolhas racionais, das suas decisões e quais são as consequências geradas por elas, o Direito analisa o comportamento humano e busca regulá-lo a partir dos valores eleitos pelo corpo social.

Outrossim, pode-se dizer que o objeto de estudo da Economia é o modo pelo qual os seres humanos satisfazem suas necessidades, pressupondo a lei da escassez, ao confrontar as necessidades perante a finitude dos recursos. Nessa perspectiva, Posner (2007a, p. 25) afirma que: “[...] a economia é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, consiste em explorar as implicações de supor que o homem busca”.

No mesmo sentido, Ana Maria Nusdeo (2018, p. 16-17) esclarece que a economia objetiva gerenciar os recursos escassos através do sistema de preços, cuja finalidade é expressar necessidades, desejos e limites da sociedade e levar a decisões econômicas que resultem na provisão dessas necessidades pelo menor custo e de forma mais eficiente.

O Direito, por sua vez, em sentido bastante amplo, pode ser compreendido como a ordenação dos comportamentos por meio de um conjunto de normas destinadas à disciplinar e organizar a vida em sociedade (AMARAL, 2003). Contudo, diferentemente da economia – diretamente ligada à análise da realidade social, e a modelos construídos a partir de dados empíricos -, não possui uma teoria sobre o comportamento humano, se deparando com situações nas quais a falta de um instrumento adequado para antever como se comportariam os atores sociais frente às estruturas jurídicas, acaba por gerar atuações estatais (legislativas, executivas e judiciárias) inadequadas, cuja consequência é a não efetivação dos fins a que se propõe, ou acabam ocasionando até mesmo efeitos contrários.

Essa compreensão torna clara a interdependência entre as ciências jurídica e econômica e a necessidade de aproximação e inter-relacionamento entre elas, por integrarem “um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele” (NUSDEO, 2010, p. 30).

Em virtude de sua unidade enquanto fato social, não é possível separar-se o econômico do jurídico, notadamente diante da atuação conjunta do jurista e do economista, superando as contrariedades de outrora, para melhor compreensão e consecução dos objetivos sociais, notadamente a melhoria da qualidade de vida das pessoas (BENACCHIO, 2011).

Nessas tintas, ao se voltar para o estudo da produção e distribuição dos bens e serviços, dinamizando o mercado e o capital, a Economia não pode desconsiderar o valor do ser humano, do mesmo modo que o Direito não pode negar a escassez dos recursos na consecução da distribuição da riqueza na sociedade.

Sob esse enfoque, Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 74) assevera que “a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado” bem como do “[...] cidadão comum um ignorante generalizado”. Ao analisar a Economia e o Direito por essa perspectiva, o mesmo autor contextualiza:

[...] o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida; a economia, que legitimara o reducionismo quantitativo e tecnocrático com o pretendido êxito das previsões econômicas, é forçada a reconhecer, perante a

pobreza dos resultados, que a qualidade humana e sociológica dos agentes e processos econômicos entra pela janela depois de ter sido expulsa pela porta (SANTOS, 2010, p. 74-75).

Ao fim e ao cabo, conquanto o Direito não possa negar a Economia, mister o estabelecimento de seus rumos e finalidades, não deixando essas decisões exclusivamente ao alvedrio do mercado (IRTI, 2004), cuja importância, a despeito de inequívoca, não pode suplantar os valores maiores ligados à ética e à moral.

2.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Embora haja estudos anteriores, a denominada Análise Econômica do Direito (AED) desenvolveu-se, sobretudo, a partir da década de 1960, sendo composta por correntes doutrinárias variadas, como a Escola de Chicago, Escola de Yale e a Nova Economia Institucional. Um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito é Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, em sua obra intitulada *The Problem of Social Cost* (1960), em que analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, com críticas ao papel intervencionista do Estado – conforme proposto por Arthur Pigou – e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar.

Após, essa metodologia teve novo impulso, sobretudo com a publicação de Richard Posner (1973), *Economic Analysis of Law*, que consolida o movimento, trazendo em sua obra um estudo sistemático da maioria dos setores do sistema jurídico americano, sob uma perspectiva da análise econômica, bem como por conter as principais teses da tendência predominante polarizada na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico, desde a perspectiva do paradigma do mercado até a eficiência econômica.

Grosso modo, a AED nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico. Ou seja, uma abordagem econômica para compreender o direito no mundo e o mundo no direito (CARVALHO, 2014, p. 10), de modo a retirar “as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate” (SALAMA, 2008a, p. 53).

Como corolário, a economia servirá para a apreciação de questões não necessariamente consideradas “econômicas” ou referentes ao “mercado”, já que concebe um conjunto de instrumentos que permitem a verificação do comportamento humano. De acordo com Ivo Gico (2010, p. 16): “se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”.

A teoria microeconômica, através da abordagem proposta pela AED, fornece uma

teoria geral sobre como as pessoas tomam certas decisões (COOTER; ULEN, 2010, p. 54). Ela é composta de quatro elementos determinantes: O primeiro refere-se à chamada escassez, partindo do pressuposto de que “os indivíduos vivem em um mundo com recursos escassos”, o que demanda que as pessoas realizem escolhas (SALAMA, 2008a, p. 54). O segundo é o individualismo metodológico e as escolhas racionais, considerando que as pessoas agem sempre para maximizar sua satisfação, de acordo com os incentivos externos, visão semelhante ao utilitarismo de Jeremy Bentham. O terceiro elemento são os incentivos e, por fim, a eficiência.

Corroborando esse entendimento, Parreira e Benacchio (2012, p. 186) lecionam que:

No individualismo metodológico toda norma coletiva é a soma das respostas individuais, portanto, a ação humana individual é o ponto de partida. A maximização das escolhas racionais, também decorre do individualismo, uma vez que, tentam racionalmente estabelecer a diferença entre benefício e custos oriundos de suas condutas. Quando o indivíduo vai escolher, analisa todas as características do negócio, observa as informações e considera os custos de transação aferindo os benefícios almejados.

No que concerne à questão da maximização, importante compreender que essas escolhas racionais não dizem respeito exclusivamente ao critério monetário, mas sim a qualquer ganho pessoal que melhor atenda as pretensões individuais (POSNER, 2007b, p. 474).

Quanto à eficiência, esse é um atributo dos mercados, na sua capacidade de alocação de recursos econômicos e sociais. A eficiência alocativa se desdobra em duas teorias: A eficiência sob a perspectiva de Vilfredo Pareto, segundo a qual uma medida é eficiente se ela acarretar uma mudança vantajosa para um indivíduo, sem causar desvantagem alguma a qualquer outro. Ou seja, uma situação econômica é considerada ótima se não houver outro cenário que lhe seja mais eficiente no sentido parentiano. Essa situação é denominada “Ótimo de Pareto”. Dada à dificuldade de operacionalizá-la – considerando que poucas modificações passariam por esse teste -, o conceito de Pareto foi adaptado por Kaldor-Hicks, que descreve como eficientes alterações cujos benefícios sejam superiores às perdas, de modo a ser possível, em tese, compensar prejuízos sofridos por terceiros, ainda que essa compensação não se efetive na prática (NUSDEO, 2018, p. 17).

Os exemplos mais marcantes na fundamentação econômica do direito podem ser encontrados nos estudos realizados por Richard Posner e no seu entendimento acerca da racionalidade e do valor eficiência como a verdadeira medida do Direito. Na sua obra, a economia é utilizada para construir uma teoria explicativa dos institutos jurídicos que, segundo o autor, podem ser analisados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Igualmente, propõe uma teoria normativa, que avalia como as normas legais e sanções podem afetar o comportamento dos indivíduos e, a partir dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas mais eficientes (POSNER, 2007a, p. 25-26).

Nada obstante, mesmo diante da propalada contribuição que o instrumental econômico pode fornecer ao Direito, não convence a muitos juristas, sobretudo aqueles oriundos de países

de Direito filiado à família romano-germânico (*civil law*), sistema predominantemente utilizado no Brasil. Esses operadores do Direito se baseiam nas diferenças metodológicas entre os dois ramos do conhecimento, que imputam ser inconciliáveis, e veem com desconfiança e restrições às tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Olvidam, entretanto, que por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito (SZTAJN, 2005, p. 75-76).

Para esses críticos, caberia ao Direito preocupar-se exclusivamente com valores de justiça, moral e ética, ao passo que a Economia possui como premissa máxima a eficiência, o que inviabiliza qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas. Nesse sentido as ponderações de Bruno Salama (2008b, p. 5):

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Ronald Dworkin, por exemplo, foi um forte crítico do pensamento de Posner e da AED. O autor compreendia o Direito como um processo de interpretação e de integração de todos os princípios e não somente do princípio da eficiência e da maximização das escolhas, como entendia ser a proposta de Posner (DWORKIN, 2005, p. 108).

Incontroverso é que, a despeito de respeitáveis críticas acerca da aproximação entre o Direito e a Economia, aos poucos essa rejeição vem perdendo força diante da constatação que esse movimento é inevitável e que pode ser bastante positivo. Logo, é possível afirmar que a premissa de que a Economia busca exclusivamente eficiência econômica, enquanto o Direito se prende apenas à promoção da questão ser/dever ser, com o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis, mostra-se equivocada e despida de fundamentação.

Ao fornecer ferramentas tipicamente utilizadas no âmbito da ciência econômica ao estudo do direito, a metodologia da AED representa uma considerável vantagem advinda dessa proximidade. Nesse sentido, Sztajn (2005, p. 18) pondera que:

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como partidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos.

Essa constatação advém da observação de que as premissas fundamentais da AED são

universais. Além do já mencionado direcionamento do ser humano àquilo que lhe é mais vantajoso – no processo de maximização da sua utilidade –, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços e as regras legais que moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas, influenciando nas suas decisões de troca, produção, consumo e investimento. Inspirado em Arthur Pigou, a tributação ambiental visando corrigir os custos sociais das externalidades, é um exemplo. A elevação dos preços de produtos tidos como mais degradante busca desestimular o seu consumo, reduzindo a pressão sobre o meio ambiente. Por outro lado, incentivos fiscais podem ser concedidos às empresas visando fomentar modelos de negócios sustentáveis, tendente a enfrentar com sucesso um mercado cada vez mais competitivo e com maiores demandas ecológicas e sociais (MARTINS, 2021).

Portanto, “o que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante” (RODRIGUES, 2007, p. 14).

Destarte, não há que se olvidar que reagir contra o diálogo estabelecido entre o Direito e Economia é posição que carece de racionalidade. Mesmo quando os fatos são considerados sob a ótica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, portanto, devem ser consideradas elementos formadores do substrato normativo (SZTAJN, 2005, p. 82).

Por fim, vistas as bases do arcabouço teórico da AED, é possível progredir no estudo, a fim de avaliar de que forma essa metodologia pode contribuir para conciliar a aparente contradição verificada entre a atuação dos agentes econômicos – pautada primordialmente pelo crescimento econômico –, e o enfrentamento das demandas socioambientais.

2.2 ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: ESCASSEZ E EFICIÊNCIA COMO CONCEITOS SUBJACENTES

O objeto de estudo da Economia está voltado para a alocação eficiente de recursos escassos, sendo o sistema de preços o meio para tanto numa economia de mercado. Os valores formam-se como expressões de utilidade que os indivíduos atribuem a certos bens e serviços.

No mesmo sentido, o destacado economista austríaco, Prêmio Nobel de Economia de 1974, Frederick von Hayek, em um célebre texto de 1945, defendia o ponto de vista segundo o qual os preços contêm as informações necessárias e suficientes não só para que os indivíduos tomem decisões, mas também para garantir a melhor alocação dos recursos disponíveis pela sociedade como um todo (HAYEK, 1945).

Todavia, até pouco tempo a natureza não era vista como um recurso escasso, e como tal o modelo econômico típico não contemplava as restrições ambientais. Partia-se da equivocada

premissa de que todo o dano ambiental seria reversível. Longe de constituir uma perspectiva isolada, essa era a visão dominante entre os economistas convencionais.

O reconhecimento da finitude dos recursos naturais, conforme dito anteriormente, é um fenômeno recente na história da humanidade. Somente a partir daí a natureza, como matéria-prima indispensável à atividade econômica, passou a ser um problema econômico, encarado como uma falha de mercado e passível de monetarização. Nesse contexto, o Direito Ambiental, cuja lógica é econômica, foi concebido exatamente com a finalidade de proteger recursos escassos, considerados indispensáveis para a existência de uma vida digna.

Como pressuposto, a eficiência também é um conceito caro para o Direito Ambiental. Inclusive, em sua versão mais moderna, a “ecoeficiência”¹, sugere uma significativa ligação entre eficiência dos recursos naturais - sabidamente bens escassos - e responsabilidade ambiental. O resultado dessa prática é refletido diretamente na natureza, cujos recursos são utilizados de modo mais inteligente na competitividade de mercado, na satisfação das necessidades humanas de forma sustentável e na qualidade de vida.

Ao ponderar sobre a esgotabilidade dos recursos naturais e a necessidade da coexistência equilibrada com as atividades econômicas, Fiorillo (2009, p. 29) aponta que:

[...] constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

A Economia, diante dessa compreensão, inseriu os problemas ambientais no seu conjunto conceitual, descrevendo-o como falhas de mercado e utilizando suas ferramentas para propor respostas e soluções eficientes que pudessem inserir a escassez ambiental dentro do raciocínio econômico a partir dos seus instrumentos, fornecendo propostas concretas quando da tomada de decisões econômicas (externalidades² amplificadoras dos custos de transação).

Assim, resta evidenciado a interconexão entre Economia e Meio Ambiente, dado que a natureza, como matéria-prima, juntamente com o capital e o trabalho, forma o tripé da atividade econômica, evidenciado que a metodologia da AED, em consonância com as propostas da

1 Em 2008 o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) lançou a iniciativa da Economia Verde (*Green Economy*), fundamentada em três pilares: i) ecoeficiência; ii) consumo verde e iii) empregos verdes. Segunda essa proposta, a Economia Verde será o motor do desenvolvimento sustentável, e buscará reorientar a economia para promover investimentos em tecnologia verde e infraestrutura natural, buscando a conciliação entre o objetivo do desenvolvimento, nas dimensões econômica e social e a conservação do meio ambiente.

2 Na seara ambiental as externalidades são os efeitos causados pelos processos de produção ou de consumo que afetam ou beneficiam terceiros que não participaram da transação. Ou seja, os custos ou benefícios das atividades econômicas que, não sendo devidamente internalizados, circulam externamente ao mercado. Existem duas abordagens bem conhecidas para o problema das externalidades, ambas ancoradas na ideia de precificação dos recursos naturais. A primeira, derivada do trabalho de Arthur Pigou na década de 1920, defende a criação de um tributo pelo Poder Público equivalente à externalidade negativa provocada ou subsídios endereçados à externalidades positivas. A segunda advém de Ronald Coase na década de 1960, ligada a uma solução eficiente, onde os critérios de propriedade estão bem definidos. Coase criticou a abordagem *pigouviana* afirmando que as externalidades seriam um problema bilateral, não havendo razão para proteger uma parte em detrimento de outra que produz atividade eficiente e lucrativa. As partes poderiam, mediante uma compensação, transacionar “os bens que estão fora do mercado” sem a necessidade de intervenção direta do Estado e obterem um acordo sobre a alocação de recursos que é *Pareto eficiente*, independente de quem os direitos de propriedade eram inicialmente atribuídos.

“Economia Verde”, pode fornecer instrumental que possibilite um aumento na eficiência do uso sustentável do meio ambiente na busca pela melhoria no bem-estar da sociedade.

3 A EMPRESA COMO SUJEITO DE DIREITO: AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Em um regime capitalista onde a companhia - eminentemente econômica na alocação dos recursos - como é possível que o sistema econômico tenha qualquer outro objetivo que não seja sua expansão perpétua? Antes de responder esse questionamento e analisar se a empresa, além da busca pelo lucro, pode contribuir para o desenvolvimento sustentável a partir de uma gestão voltada para a responsabilidade socioambiental, e se essa atuação constitui um diferencial competitivo, faz-se necessário esclarecer algumas premissas no tocante a esse ente.

O atual Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, em seu artigo 966, inspirado no Código Civil italiano, aponta o conceito de empresário como sendo a pessoa, física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária), que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Nada obstante, foi omissivo em relação ao conceito de empresa.

Promovendo unificação legislativa com o Direito Comercial, o Código Civil esclareceu que o empresário seria o seu titular. Por analogia, a doutrina que segue a corrente civilista - e que se mostra contrária ao reconhecimento da personificação da empresa - a identificam como mero objeto de direito, definindo-a como a atividade econômica organizada para a circulação de bens e serviços.

Todavia, essa visão do Código Civil, que desconsidera a realidade social em que a empresa se encontra inserida, lança um olhar míope sobre a realidade. Tanto é verdade que na atualidade diversos ramos do Direito já a compreendem como sujeito, no correto tratamento, separando empresário e empresa, com ações, direitos e deveres próprios e específicos.

Destarte, uma grande questão a ser elucidada pelo Direito na atualidade é a de se considerar a empresa como sendo sujeito de direito, acatando-se a posição desenvolvida por Michel Despax³ (1957), ou entendê-la como seu objeto, fruto da atividade do empresário, como propugnado por Requião (1985, p. 56-57).

Diante de uma detida análise do Código Civil, resta patente que a visão comercialista de fato prepondera. Entretanto, o próprio código, ao discorrer sobre a responsabilidade (art. 931), acabou por gerar uma visão contrária. No apontado artigo, claramente se tem a empresa como sujeito, não objeto de direito. Isso decorre porque a malfadada unificação veio juntar ramos diversos, que não se unificam cientificamente, por particularidades específicas.

³ Despax adota o conceito econômico de empresa, tendo-a como o organismo que se dispõe a produzir para o mercado certos bens ou serviços, e que independe financeiramente de qualquer outro. A visão de Despax é de separar a noção de empresário da noção de empresa, pois o direito deve considerar a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empresário, e, possível de se opor, em determinados casos aos interesses do empresário, prevalecendo os da empresa.

Afora isso, é preciso considerar que modernamente o conceito de empresa evoluiu substancialmente, sobretudo quando analisada sob a perspectiva do Direito Econômico. A empresa já não é mais vista apenas como a atividade explorada pelo empresário, ao contrário, ela passou a ser encarada como um dos principais agentes transformadores da sociedade, e como tal, precisa ser compreendida.

Vaz (1993, p. 481), sob a ótica do Direito Econômico, faz os seguintes apontamentos acerca da importância da empresa e de sua personificação:

[...] instituição dotada de personalidade jurídica, no seio da qual se organizam os fatores da produção com vistas ao exercício de atividades econômicas ou prestação de serviços em face dos princípios ideológicos adotados na Constituição. No contexto de um modelo econômico que abriga princípios de economia de mercado, a empresa, pública ou privada, assume um papel tão preponderante e compromissos tão sérios perante a ordem jurídico-econômica, que considerá-la simples 'objeto' de apropriação do Estado ou do particular, não parece a posição mais adequada.

Outrossim, não há que se olvidar que na atualidade, quando se pensa em um empreendimento, é o nome da empresa que vem à mente do consumidor, e não dos eventuais proprietários. Esse ente, dado a sua importância perante a sociedade, passou a ser reconhecido como um sujeito que age em nome próprio. Independentemente do tamanho e poderio econômico que ostenta, está presente em todos os rincões do país, mesmo naqueles mais desassistidos pelo poder público, muitas vezes assumindo funções que seriam do Estado.

Ademais, a visão da empresa como sujeito de direito e não mero objeto da ação do empresário é acolhida pela moderna legislação brasileira, pela doutrina e jurisprudência. A aceitação de dano moral à empresa e a imputação criminal, prevista na legislação ambiental, respaldam essa compreensão. A própria CF/88, consoante ponderado por Souza (2002, p. 284), encampam este entendimento. Segundo o autor, no texto constitucional o tratamento da empresa personificada, comprometida com o interesse social e, embora garantida pela propriedade privada e pela livre concorrência, deve ser tratada pelo Código Civil com a indeclinável consideração para com estes princípios constitucionais.

Outrossim, diante da posição que ocupa atualmente no cenário nacional, principalmente quando se busca analisar responsabilidade socioambiental perante a sociedade, chega-se à inexorável conclusão de que a empresa não pode mais ser concebida como mero objeto da atuação do empresário. É a moderna linha da doutrina francesa, lançada por Dexpax e acolhida pelo Direito Econômico, Tributário e Ambiental.

Enfim, o papel desse ente na sociedade é ímpar, e reconhecê-lo como sujeito de direito é acolher a atual realidade econômica. Diante da sua relevância, impõe ao Estado empreender esforços contínuos para incentivar sua manutenção, pois em última análise, toda a comunidade se beneficia da sua existência, sendo ela agente imprescindível na concretização do almejado desenvolvimento sustentável.

3.1 AÇÕES DE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL: INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

“Podemos confiar no Capitalismo, para assegurar que o século 21 será um século sustentável?” – foi o questionamento introdutório do livro de Elkington (2001, p. 17). Nele, indaga-se a capacidade do Capitalismo de conciliar o desenvolvimento econômico, a preservação ambiental e a responsabilidade social, ou seja, de promover um desenvolvimento sustentável.

Diante da importância e os novos papéis que a empresa assumiu no contexto da CF/88, a resposta para esse questionamento perpassa necessariamente pela análise da responsabilidade socioambiental corporativa. A empresa contemporânea tem o compromisso ético de não sacrificar o meio ambiente em favor do lucro rápido e fácil, incorporando ao seu objetivo os componentes de proteção ao meio ambiente e igualdade social. Ou seja, a sustentabilidade passa a fazer parte dos processos de decisões das organizações.

Modernamente já não se admite mais a empresa egoística, cuja única finalidade seja voltada à geração de lucros. A importância desse ente é tão grande que transcende o interesse exclusivo dos sócios. Ela é uma expressão social, econômica e financeira, capaz de influenciar toda uma comunidade, razão pela qual boa parte da doutrina, sobretudo os cultores do Direito Econômico compreendem-na como um ente personificado.

O desenvolvimento econômico não pode ser imposto a qualquer custo e provocar a degradação do meio ambiente, indispensável à sadia qualidade de vida da presente e futuras gerações. Isto sem se olvidar que a sua proteção, entendido como valor permeado em toda a ordem constitucional, pode e deve ser utilizado como instrumento para alcançar a justiça social e a dignidade humana, consoante ponderado por Eros Roberto Grau (2012, p. 251):

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.

Assim, somente é possível reconhecer que a empresa exerce suas atividades de forma socialmente responsável quando ela a desenvolve em estreita observância ao equilíbrio ambiental, dado que a atividade econômica - apesar de ter como fundamento a livre iniciativa -, tem como limite a defesa do meio ambiente sadio, pressuposto da garantia de uma existência digna a todos (art. 170, inc. VI, da CF/88).

Visto por outro lado, com uma postura cidadã, transparente e eficaz, a empresa agrega valor⁴ e aumenta o interesse dos consumidores e investidores. Mais do que nunca ações de

⁴ Reginaldo Magalhães (2010) pontua que imagem e reputação empresarial não seriam conceitos equivalentes. Reputação não é algo exterior, um sorriso mecânico que a empresa manipula por meio de comunicadores engenhosos. Ela é constituída por relações sociais duráveis, dotadas de conteúdo informativo, concepções, ideias e valores sobre

responsabilidade socioambiental estão sendo valorizadas pelos consumidores e, também, pelos investidores. Tanto é verdade que o seguimento de investimento responsável, *Environmental, Social and Governance* (ESG)⁵, já bastante consolidado no cenário internacional, atualmente também está em alta no Brasil. Eventos recentes impulsionaram o debate, como a tragédia em Brumadinho envolvendo a Vale, crescimento dos incêndios na Amazônia e o vazamento de óleo na costa brasileira, com destaque para a pandemia de coronavírus, reconhecidamente de origem zoonótica, oriundas da degradação dos ecossistemas. Não bastasse isso, em janeiro de 2020, Larry Fink, presidente da *BlackRock* - maior gestora de investimentos do mundo, com quase US\$ 8,7 trilhões em ativos, é acionista importante da maioria das grandes companhias, inclusive no Brasil - anunciou que não vai mais investir em setores que emitem muito CO² na atmosfera, como a indústria de carvão, e pretende redirecionar o dinheiro para segmentos mais sustentáveis (BOLZANI, 2020).

Ademais, a conscientização acerca da finitude dos recursos naturais, e da sua imprescindibilidade para a manutenção da vida na terra, vem contribuindo para a expansão do consumo responsável, ligado ao desejo de adquirir bens produzidos de forma sustentável. Neste contexto, cidadãos ativos, acionistas indignados e consumidores são responsáveis pela mudança de paradigma, e como consequência direta, alterou-se a equação de Friedman⁶. Logo, extirpe de dúvidas que as empresas que terão maiores chances de se desenvolver no mercado econômico não serão as ditas “narcisistas”, e sim as que pautam sua atividade sob o manto da responsabilidade social.

Nessas tintas, não remanesce dúvidas que é através de sua conduta ética em relação à sociedade e, sobretudo ao meio ambiente, que a empresa melhora a sua imagem, beneficia a coletividade e cumpre a função social de sua atividade econômica.

Nada obstante, e ainda que pareça paradoxal, não se pode exigir que a empresa - sob o argumento de que tem uma função socioambiental a cumprir -, ignore seu objetivo primeiro que é a obtenção de lucro e a busca pela preservação da atividade empresarial, até porque esse é um pressuposto para o atendimento de todos os demais interesses que se projetam sobre ela.

Decerto que o cumprimento da função socioambiental não pode levar ao aniquilamento das liberdades e direitos dos empresários e, tampouco, transformar o empreendimento em mero instrumento para a consecução de fins sociais. Distante disso, “a função social tem por objetivo reinserir a solidariedade social na atividade econômica sem, contudo, desconsiderar a autonomia

o que significa fazer negócios. A acumulação de capital reputacional depende não só de competência em financiar, construir, produzir e vender, mas também da relação construída com os diversos atores sociais.

5 ESG é a sigla em inglês para “*environmental, social and governance*” (ambiental, social e governança, em português), usada para medir as práticas ambientais, sociais e de governança de uma empresa. Essas melhores práticas tem direcionado as atuações de instituições financeiras e vêm recebendo atenção mundial por estarem associadas a negócios sólidos, de baixo custo de capital e melhor resiliência contra riscos associados a clima e sustentabilidade. O conceito tem base no mercado financeiro e trata sobre empresas que, na busca pelo lucro, consideram essas três questões importantes.

6 Milton Friedman, um dos principais defensores do liberalismo da era contemporânea e ganhador do Nobel de Economia em 1976, era enfático em apontar o mercado como o meio eficaz para se alcançar os melhores resultados para a sociedade. Segundo o autor, qualquer ação que desvirtuasse os objetivos econômicos seria maléfica para a sociedade e causa de ineficiência econômica, visto que a responsabilidade social das empresas seria apenas gerar aumentar seus lucros (FRIEDMAN, 1970).

privada, fornecendo um padrão mínimo de distribuição de riquezas e redução das desigualdades” (FRAZÃO, 2018, p. 9). Caso contrário restaria totalmente inviabilizado o funcionamento dessa empresa e, conseqüentemente, traria ainda mais prejuízo para a sociedade

Por fim, ainda que se reconheça que a empresa tenha uma responsabilidade socioambiental a cumprir, sendo um importante agente da implementação do desenvolvimento sustentável, não se pode conceber que essas atribuições eliminem aquelas que, precipuamente, competem ao Estado, sobretudo a sua obrigação de guiar a nação ao bem-estar e a justiça social, conforme preconizado no texto constitucional.

Nesse contexto, mostra-se de fundamental importância a criação de incentivos que orientem as forças de mercado, seja por estabelecimento estatal, seja por posicionamento do mercado consumidor, valorizando as empresas que atendem os preceitos de sustentabilidade.

3.2 A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL COMO DIFERENCIAL COMPETITIVO: CONCEITO MODERNO DE EFICIÊNCIA

Um dos mais importantes fenômenos históricos do capitalismo contemporâneo é justamente a exposição crescente dos negócios privados a formas variadas de julgamento público. A sociedade não é simplesmente passiva e receptiva em sua relação com a economia. Cada vez mais cômicos de seu papel, os consumidores estão interessados em produtos e serviços que tenham impacto positivo no meio ambiente e na sociedade (ABRAMOVAY, 2012, p. 130).

A eficiência econômica não é mais garantia de sucesso do empreendimento. As empresas encontram-se mergulhadas na vida social e sujeita as suas influências. Logo, aquelas que não se adaptarem às novas exigências do mercado correm sérios riscos. Por outro lado, inegável que a gestão socioambiental responsável configura um importante diferencial competitivo para seus produtos e marcas perante suas concorrentes.

No atual mundo informatizado e globalizado, em qualquer lugar e a qualquer momento, o cliente tem à sua disposição os produtos e serviços que deseja. Dentro dessa realidade, os empreendimentos que conseguem se diferenciar na mídia, sobretudo através de uma atuação ética, comprometimento com a sustentabilidade, fortalece sua imagem e ganha mercado, pois os consumidores atuais sabem do poder de suas escolhas e atribuem um importante valor aos produtos e serviços de empresas que apoiam uma determinada causa social ou ambiental, pois acreditam que ao consumi-los estarão também contribuindo para tornar o mundo melhor.

Segundo Muhammad Yunus (2008, p. 31), a população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas, uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. O autor fala em responsabilidade social corporativa ao se referir a tais empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente, etc.

Por consequência, o empresário que deseja fortalecer sua marca e apresentar seus produtos e serviços como atrativos ao mercado consumidor, precisa demonstrar para a sociedade que tem genuínas preocupações sociais. Por outro lado, a população consumerista exerce uma forte influência no mercado e tem o poder de causar prejuízos consideráveis a um empresário socialmente irresponsável. Os clientes, ao exercer seu direito de escolha e migrar para os concorrentes, dispõem de uma indiscutível capacidade de dissuasão. “A cidadania organizada pode levar os dirigentes empresariais a agir de forma responsável em detrimento, até, de suas convicções íntimas” (SROUR, 2003, p. 52).

Ademais, não há dúvidas que os problemas sociais do mundo moderno cresceram de forma exponencial. Desse modo, as funções que outrora incumbiam com exclusividade ao Estado, se estenderam também para as empresas e a comunidade, possibilitando uma atuação direta nos problemas sociais. O poder público deixou de atuar como provedor único de bens e serviços e de promover o crescimento econômico e social, passando a ser um facilitador e regulador na sociedade. Por outro lado, mais cômicos de suas responsabilidades, empresas e sociedade passaram a contribuir para a mudança do quadro de exclusão social existente.

Instadas por essa nova realidade, os desafios que se apresentam às empresas são o de estarem aptas a acompanhar e, por que não, se anteciparem às novas configurações decorrentes, produzindo algum diferencial que garanta vantagem competitiva sustentável à longo prazo.

Por óbvio que os fatores, caracterizadores de vantagem competitiva sustentável, são muito sutis, e que, diante de produtos considerados similares, seja difícil identificar entre um e outro. Não obstante, essa diferenciação pode ser obtida e mantida, conforme bem analisado por Kotler (1997, p. 175), quando a empresa trabalha de forma séria o seu caráter cívico e constrói, de forma sistemática, um capital reputacional que a faz diferente de suas concorrentes. Ou seja, criar valor transcende a noção de lucro.

Nesse contexto, com o acirramento da competição, em um mundo repleto de produtos e serviços, todos feitos com tecnologia e materiais análogos e preços parecidos, empresas que reconhecidamente investem em responsabilidade socioambiental são naturalmente mais atrativas ao mercado e aos consumidores.

Esse novo consumidor não deseja apenas adquirir produtos, ele quer também “consumir melhor”, ainda que isso signifique pagar mais caro por produtos que preservam o meio ambiente, razão pela qual dá especial preferência às empresas que atuam de maneira ética e incorporam em sua atividade práticas socialmente responsáveis (LIPOVETSKY, 2007, p. 344).

A sociedade mudou e as empresas precisam se adaptar. O consumidor quer adquirir produtos e serviços de empresas que não poluem, não fazem propaganda enganosa, contribuem para a melhor qualidade de vida. Responsabilidade social, hoje, pode ser a diferença entre vender ou não vender, sobreviver ou não. É “um conceito estratégico e quem não enxergar isto vai rapidamente deixar o convívio social, isto é, vai sair do mercado” (GARCIA, 1999, p. 2).

Conclui-se, portanto, que uma empresa engajada socioambientalmente tem no seu compromisso voltado para a promoção da dignidade humana e o desenvolvimento da comunidade

os seus diferenciais competitivos. Através do exercício da cidadania, ela se distingue de seus concorrentes porque reforça sua imagem ética, principalmente através do apoio da mídia espontânea e da sinergia com o consumidor que se identifica com a empresa, e ainda promove a fidelização aos seus produtos. Esse é o conceito moderno de eficiência!

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL EMPRESARIAL

Cada vez mais a AED vem sendo instada a dar respostas para diversas situações jurídicas. Contudo, diante de questões não puramente econômicas, tais como as demandas socioambientais, que possuem natureza pautada pela indisponibilidade, essa aproximação com a ciência econômica confere uma série de dificuldades, surgindo, então, a aparente colisão entre tais valores.

No mesmo sentido, Maurício Amazonas (2002, p. 108) ao analisar as dificuldades de se estabelecer essa abordagem, aponta que a economia neoclássica, construída sobre os pilares do utilitarismo-individualista, define-se por uma racionalidade de maximização das utilidades individuais com a resultante determinação do uso “ótimo” ou “eficiente” dos recursos. Entretanto, nos dizeres do autor, racionalidade não guarda compromisso com a ideia de sustentabilidade. Assim, a questão fundamental que se coloca é como compatibilizar “otimalidade” com a “sustentabilidade”.

Todavia, firme nos valores tutelados na CF/88, e cujo teor necessita ser interpretado de modo coordenado, não se pode olvidar que a atuação dos agentes econômicos não ocorre em um contexto limitado ao critério econômico puro, mas, também, por critérios éticos, sociais e ambientais. A autonomia do empresário não é um completo exercício do livre arbítrio. Ao contrário. Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, e sim estarem em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida constitucionalmente: busca pela dignidade da pessoa humana e da justiça social. Portanto, analisar a questão sob o viés da metodologia econômica significa conceber a possibilidade de vinculação dos conceitos de eficiência econômica ao de desenvolvimento sustentável.

Outrossim, na atualidade o desafio proposto aos agentes econômicos é desenvolver suas atividades e atuar num cenário econômico em busca da maximização de resultados em consonância com uma gestão socioambientalmente responsável, de modo que essa atividade convirja para a implementação de um verdadeiro desenvolvimento sustentável.

Esse aparente conflito permite, ainda, maiores reflexões, de forma a minimizá-lo. A CF/88, influenciada pelo emergir da consciência ecológica no cenário internacional, buscou contemplar em um mesmo projeto político os três pilares do desenvolvimento sustentável (WINTER, 2009, p. 2), quais sejam: erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, I e II), o estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (artigo 170, VI) e a proteção ambiental (artigo 225, *caput*).

De mais a mais, conforme dito alhures, é preciso não se olvidar que na atualidade a atuação empresarial, em consonância com um desenvolvimento sustentável, é essencial não apenas em relação aos impactos de sua atuação, mas, também, para sua própria sobrevivência no novo mercado econômico, cada vez mais exigente no que se refere ao fornecimento de produtos e serviços que agreguem valor à sociedade pelas vias dos procedimentos adequados aos preceitos socioambientais.

Logo, a aplicação restrita da eficiência econômica - ligada à maximização do lucro -, não bastam para caracterizar uma atuação empresarial conforme a Constituição. Faz-se necessário que a eficiência tenha como suporte a maximização de resultados dentro da limitação do uso de recursos escassos (social e capital natural). A eficiência econômica não pode ser buscada a despeito dos padrões de qualidade, muitos dos quais fornecidos pelas normas e certificações de padrões de gestão adequada à responsabilidade socioambiental. Muitas das vezes, a interpretação do caso concreto leva à ponderação da proporcionalidade do sacrifício de cada uma dessas dimensões em nome dos valores constitucionais.

Nesse sentido, Venturi e Koladicz (2011) são categóricos em afirmar que a eficiência econômica, redimensionada pelo cenário complexo, pode incorporar os preceitos socioambientais, diante da redefinição da própria noção de economia, de modo que o conceito de “eficiência econômica” passa a ser justamente aquela que atende aos preceitos socioambientais, razão pela qual o trabalho é verdadeiramente de contemporaneização do termo.

Perfilhando entendimento análogo, Martins e Razuc (2013, p. 350) pontuam a necessidade de equilíbrio entre os agentes econômicos (titulares das atividades econômicas), a sociedade e o meio ambiente:

Se concebêssemos a questão do ótimo de Pareto, pura e simplesmente, através de uma supremacia do critério econômico sobre os demais, realmente não parece possível resolver o paradoxo por este viés. Porém, deve-se compreender que este critério econômico não se isola, tampouco se sobreposiciona sob os preceitos sociais e ambientais. Isso decorre da própria interpretação integral do conteúdo constitucional. Ou seja, o modelo constitucional, por si mesmo, já apresenta determinados limites ou barreiras ao capitalismo puro, tal como limitações à iniciativa privada, livre concorrência e propriedade.

Com essa nova interpretação, como bem analisado por Cristiane Derani, a eficiência, em consonância com a complexidade axiológica tutelada pelo Texto Constitucional, sendo concebida através do chamado ótimo de Pareto, aproxima-se definitivamente do chamado desenvolvimento sustentável. Segundo Derani, (2001, p. 115):

[...] a economia de mercado atinge seu grau ótimo quando realiza uma satisfatória relação entre o uso de um recurso natural e sua conservação, encontrando um preço que permite a utilização do bem ao mesmo tempo que conserva. Em outras palavras, a relação uso e não uso deve atingir um estágio ótimo que permita a continuação desta prática econômica, ou seja, a sustentabilidade do

desenvolvimento.

Um importante instrumental para mensurar as ações empresariais são as ferramentas de gestão de responsabilidade socioambiental e os indicadores de sustentabilidade (LOUETTE, 2007). Através da livre aderência e progressiva qualificação do agente econômico, essas referências possibilitam o estabelecimento de uma cultura e consciência organizacional, insculpindo valores internos e traçando procedimentos de prevenção de danos ao ambiente e aos consumidores.

Através desses instrumentos, o mecanismo dos preços vai perdendo seu tradicional monopólio como dispositivo informacional a respeito da alocação dos recursos sociais. Essa é uma tendência mais geral e que faz da inserção da economia e das empresas no mundo social uma das principais fontes da sua própria vitalidade. De acordo com Abromovay (2012, p. 142): “Aos preços juntam-se outras formas de organização dos processos concorrenciais que passam pela capacidade de expor de maneira pública e sintética indicadores dos efeitos da produção e do uso dos produtos na vida social e no patrimônio natural em que ela se assenta”.

Em território nacional cabe citar o chamado Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE)⁷. Criado em 2005, esse índice é uma ferramenta para análise comparativa da performance das empresas listadas na B3 sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa. Igualmente, fornece aos investidores uma opção em formação de carteira de ações a partir de empresas com reconhecidas práticas de responsabilidade socioambientais e estimula a responsabilidade ética das corporações. Segundo dados da B3, em 2021, 78 companhias se inscreveram para participar do processo seletivo do ISE. O número é quase 70% maior que o registrado em 2019 (ISEB3, 2021).

Nessas tintas, observa-se que os sistemas de legitimidade são bem mais que uma questão de *marketing* ou de imagem. Ao aderir aos padrões de sustentabilidade, a empresa reduz o risco corporativo medido pelo risco sistemático, determinando assim a redução do custo de capital próprio e aumentando o valor econômico da empresa.

À vista disso, não há que se olvidar que na atualidade, eficiência/eficácia econômicas convergem para um desenvolvimento sustentável, na medida em que a perspectiva de adequação dos meios direcionados a um fim - com a eliminação de desperdícios e custos desnecessários - representa controle racional sobre os rumos das atividades econômicas, composta tanto de aspectos que a economia identificará, produzindo suas leis empíricas para explicar padrões, quanto de normas jurídicas, fixadas pelo legislador para regular as falhas de mercado (VENTURI; KOLADICZ, 2011).

Ao fim e ao cabo, ainda que a escassez de recursos e a maximização dos ganhos sejam

⁷ Iniciativa pioneira na América Latina, o ISE B3 busca criar um ambiente de investimento compatível com as demandas de desenvolvimento sustentável da sociedade contemporânea e estimular a responsabilidade ética das corporações. Operado pelo B3 com apoio técnico da ABC Associados, teve início em 2005, foi originariamente financiado pela *International Finance Corporation* (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, e seu desenho metodológico foi desenvolvido pela FGVces e B3 (ISEB3, 2021).

debates que possam criar barreiras sobre a necessária responsabilidade socioambiental junto aos agentes econômicos, fato incontroverso é que a eficiência é um conceito primordial tanto à Economia quanto para o Direito Ambiental, guardando íntima relação com o objetivo do desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das questões propostas no artigo, pode-se extrair que a metodologia da AED, se concebida exclusivamente para uma interpretação de viés econômico puro, estará limitada na sua capacidade de responder as demandas socioambientais do mundo contemporâneo.

Por outro lado, a sua compreensão como método que permite a contemplação de critérios não exclusivamente econômicos, poderá convergir à elaboração de perspectivas de resposta ao aparente paradoxo existente entre crescimento econômico e demanda socioambiental.

A primeira perspectiva conclusiva abordada na pesquisa refere-se à compreensão de que a empresa e a atividade empresarial, notadamente com os novos papéis assumidos no contexto da CF/88, não é um completo exercício do livre arbítrio, ao contrário, refletem uma prática social que deve estar dotada de estrutura, organização e agentes comprometidos com critérios éticos a serem projetados sobre todas as esferas de suas relações, sejam privadas ou públicas. Ademais, essas atividades, de forma alguma poderão estar dissociadas do sistema integral constitucional, do qual decorre a necessidade de um desenvolvimento sustentável.

Demonstrou-se, também, que as ações de responsabilidade socioambiental representam um conceito moderno de eficiência, configuram um importante diferencial competitivo para seus produtos e marcas, principalmente considerando a dinâmica de mercado cada vez mais globalizado e competitivo.

Aumentar a eficiência e reduzir a desigualdade no uso dos recursos: esses são os objetivos estratégicos de uma nova economia que tenha a ética no centro da tomada das decisões.

Por derradeiro, diante desse novo cenário, resta patente que a eficiência econômica necessita ser interpretada sobre um aspecto mais amplo, de modo a contemplar, a um só tempo, aos preceitos socioambientais. Assim, o ótimo de Pareto refletiria a eficiência, consubstanciada no equilíbrio do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMAZONAS, Maurício C. Desenvolvimento sustentável e a teoria econômica: o debate conceitual

nas perspectivas neoclássica, institucionalista e da economia ecológica. *In*: NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício C. **Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito**. Brasília: IBAMA, 2002.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 191-213.

BOLZANI, Isabela. Entenda o que é o ESG e como ele está se tornando um pré-requisito no mercado financeiro. Folha de São Paulo, São Paulo, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/entenda-o-que-e-o-esg-e-como-ele-esta-se-tornando-um-pre-requisito-no-mercado-financieiro.shtml>. Acesso: 17 abr. 2021.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1968.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica da tributação. *In*: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 246-265.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p.1-44, oct. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DESPAX, Michel. **L'entreprise et le droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELKINGTON, John. **Canibais de garfo e faca**. São Paulo: Makron Books, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de (coord. de tomo). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP, tomo 4: direito comercial**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/funcao-social-da-empresa_5b47ef7ed1565.pdf. Acesso: 21 abr. 2021

FRIEDMAN, Milton. A Friedman doctrine: the social responsibility of business is to increase its profits. **The New York Times**, New York, 13 set. 1970. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>. Acesso: 28 abr. 2021.

GARCIA, Ademerval. Responsabilidade social não é ajuda, é respeito. **Gazeta Mercantil**. Interior Paulista. 23 nov.1999.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, jul./set. 2013, p. 133-168.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, Washington, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.162.3859.1243>. Acesso em: 7 mar. 2021.

HAYEK, Friedrich von. The use of knowledge in society. **The American Economic Review**., Nashville, v. 35, n. 4, p. 519-530, sept. 1945. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1809376?seq=1>. Acesso: 1 maio 2021.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Milano: Laterza, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOUETTE, Anne.(org.) **Gestão do conhecimento**: compêndio para a sustentabilidade: ferramentas de gestão de responsabilidade socioambiental. 1ª ed. São Paulo: Antakarana: Willis Harman House, 2007.

KOTLER, Philip. Competitividade e caráter cívico. *In*: Frances Hesselbein et al. (ed.). **A organização do futuro**: como preparar hoje as empresas de amanhã. São Paulo: Futura, 1997. p. 69-85.

MAGALHÃES, Reginaldo Sales. **Lucro e reputação**: interações entre bancos e ONGs na Constituição das políticas socioambientais. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Ambiental) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-19082011-201545/publico/TeseMagalhaes.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2021.

MARTINS, André Luis Agner Machado; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Sustentabilidade empresarial: a questão socioambiental sob a ótica da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 335-360, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2641>. Acesso: 28 de abr. 2021.

MARTINS, Joana D'Arc Dias. **Tributação, consumo e meio ambiente**: a tributação ambiental como controle do consumo e seus reflexos no meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2021.

MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. **Limites do crescimento**. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1972.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Direito ambiental & economia**. Curitiba: Juruá. 2018.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

O QUE é o ISE B3. **ISEB3**, 2021. Disponível em: <http://iseb3.com.br/o-que-e-o-ise>. Acesso: 28 abr. 2021.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./jun., p. 179-206, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>. Acesso: 27 de abr. 2021.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Wolkers Kluwer, 1973.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007a.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo. Saraiva. 1985. v. 1.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. *In*: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, estudo 22, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Afrontamento, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O novo código civil, e empresa e o direito econômico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 42, p. 249-286, jul./dez. 2002.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial: a gestão da reputação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia**: Análise econômica do direito e das organizações. 2. ed. Rio de Janeiro:

Elsevier, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

VENTURI, Eliseu Raphael; KOLADICZ Aline. Eficiência econômica e desenvolvimento integral: economia e direito cerrados à consecução constitucional. *Âmbito Jurídico*. 1 de maio de 2011. n. 88, ano XIV. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/eficiencia-economica-e-desenvolvimento-integral-economia-e-direito-cerrados-a-consecucao-constitucional/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

WINTER, Gerd. Um fundamento e dois pilares: o conceito de desenvolvimento sustentável 20 anos após o Relatório Brundtland. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Tradução de Carol Manzoli Palma. Campinas: Millennium Editora, 2009.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

Como citar: MARTINS, Joana D’Arc Dias; RIBEIRO, Maria de Fátima. Sustentabilidade Empresarial Sob a Ótica da Metodologia da Análise Econômica do Direito: Ineficácia Protetiva da Análise Jurídica Tradicional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 126-150, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p126. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 10/25/2021

Aprovado em 12/23/2021

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ALGORITHMS AND THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON THE LEGAL PROCESSES OF THE INFORMATION SOCIETY

Jorge Shiguemitsu Fujita*
João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa**

*Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da FMU (São Paulo). Advogado. E-mail: jorge.fujita@fmu.br.

**Mestrando em Direito (FMU-SP). Graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2008). Advogado. E-mail: joaomarcelo1@gmail.com

Como citar: FUJITA, Jorge Shiguemitsu; PEDROSA, João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa. Inteligência artificial, algoritmos e o impacto das novas tecnologias nos processos judiciais da sociedade da informação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 151-167, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p151. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo se propõe a analisar o cenário de revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação e da comunicação que remodelou a base material da sociedade em ritmo acelerado, a partir do final do Século XX, mas especialmente os efeitos dos algoritmos e das Inteligências Artificiais, nas aplicações tecnológicas do sistema jurídico, em especial no que se relacionam à sua utilização para o Judiciário, uma vez que a partir da década de 1990, quando a internet se popularizou e houve um aumento vertiginoso e progressivo do número de demandas em tramitação, o que acaba por se desdobrar em morosidade no processamento e no julgamento de tais demandas. Por essa razão, com o intuito de superar essa desafiadora realidade decorrente do crescimento progressivo do volume de demandas judiciais em tramitação, cenário crítico que acomete o Poder Judiciário brasileiro, tem ponderado e buscado soluções das mais diversas. É assim que o emprego das tecnologias da informação, em especial os algoritmos e as Inteligências Artificiais para o direito (atualmente chamadas de “*Lawtechs*”), vem sendo cogitado e levado a efeito no Poder Judiciário, como alternativa tecnológica

para auxiliar nas questões atinentes ao sistema judiciário.

Palavras-chave: inteligência artificial, algoritmos, novas tecnologias, processos judiciais, sociedade da informação.

Abstract: This article analyzes the scenario of technological revolution concentrated in information and communication technologies that remodeled the material base of society at an accelerated pace, from the end of the 20th century, but especially the effects of algorithms and Artificial Intelligences, in technological applications of the legal system, especially with regard to its use by the Judiciary, since from the 1990s onwards, when the internet became popular and there was a vertiginous and progressive increase in the number of claims in process, which it ends up resulting in delays in processing and judging such demands. For this reason, in order to overcome this challenging reality resulting from the progressive growth in the volume of lawsuits in progress, a critical scenario that affects the Brazilian Judiciary, it has pondered and sought out the most diverse solutions. This is how the use of information technologies, especially algorithms and Artificial Intelligences for the law (currently called “Law-techs”), has been considered and carried out in the Judiciary, as a technological alternative to assist in matters pertaining to the judicial system.

Keywords: artificial intelligence, algorithms, new technologies, court lawsuits, information society.

INTRODUÇÃO

Em uma análise objetiva, mas extremamente precisa, Castells afirma que no final dos anos 1990, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário social da vida humana. Uma verdadeira revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação e da comunicação passou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado, a tal ponto que o Século XXI apresenta-se ao mundo como um estágio completamente novo e absolutamente inexplorado do desenvolvimento histórico, econômico, cultural, social, jurídico e político. A esse estágio o autor dá o nome de sociedade em rede (2002, p. 39).

Inaugura-se, com o despertar deste novo tempo, uma nova sociedade, impulsionada, nas palavras de Barreto Junior (2007, p. 62), por três fenômenos: a) um novo estágio do modo de produção capitalista, projetado pela chamada convergência tecnológica; b) um exponencial crescimento – e conseqüente diminuição dos custos – da produção de equipamentos informáticos e c) pela disseminação em escala mundial da Internet¹.

Este artigo se propõe a analisar esse cenário de transformações de ordem tecnológica, especialmente os efeitos dos algoritmos e das Inteligências Artificiais, nas aplicações tecnológicas do sistema jurídico, em especial no que se relacionam à sua utilização para o Judiciário em suas mais variadas vertentes.

Neste sentido, visando a pontuar histórica e socialmente a questão, é necessário dizer que a realidade enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, a partir da década de 1990, quando a internet se popularizou em todo o mundo, é marcada por um aumento vertiginoso e progressivo do número de demandas em tramitação, o que acaba por se desdobrar em morosidade no processamento e no julgamento de tais demandas, uma vez que estas crescem em ritmo mais acelerado do que é viável a adaptação da estrutura do Poder Judiciário pátrio, a fim de comportá-las.

Em concreto, de acordo com o relatório “Justiça em Números” referente ao ano de 2020, da lavra do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2019 com 77.100.000 (setenta e sete milhões e cem mil) processos em tramitação, aguardando solução definitiva.

Esses números, não é necessário ser um especialista, denotam um sério prejuízo à celeridade, à eficiência e à própria qualidade do processamento e julgamento das demandas judiciais, motivo porque as soluções tecnológicas para essas questões vêm se tornando um tema de preocupação premente por parte da cúpula do Judiciário e de outros Poderes de Estado, que não ignoram as reais possibilidades de um colapso dos órgãos a ele subordinados.

O cenário de acúmulo de acervo, com constante crescimento no volume de novas ações

1 Sobre esse contexto, Barreto Junior escreve que “este processo decorreu em razão de três fenômenos, inter-relacionados, que responderam pela gênese da transformação assistida: a) convergência da base tecnológica – possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padronização tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável; b) dinâmica da indústria – proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, softwares, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede. c) crescimento e expansão da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional”. BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, p.62.

judiciais propostas, também implica em custo relevante para o país. De acordo com o CNJ, em 2019, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 100.200.000.000,00 (cem bilhões e duzentos milhões de reais), representando nada menos do que 1,5% do Produto Interno Bruto do país e 2,7% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A monta é superior àquelas investidas pela União no mesmo ano de 2019, em ciência e tecnologia (R\$ 6,37 bilhões), em energia (R\$ 2,34 bilhões), na indústria (R\$ 1,70 bilhão), em habitação (R\$ 0,05 bilhão), em segurança pública (R\$ 9,02 bilhões) e em transporte (R\$ 8,67 bilhões), segundo informações disponíveis no portal da transparência do Governo Federal (CNJ, 2020).

Por essa razão, com o intuito de superar essa desafiadora realidade decorrente do crescimento progressivo do volume de demandas judiciais em tramitação, cenário crítico que acomete o Poder Judiciário brasileiro, tem ponderado e buscado soluções das mais diversas. Entre elas estão: o aumento no número de magistrados e de servidores judiciários contratados (o que acaba por desaguar em mais aumento e vinculação de receitas), a instituição do processo judicial eletrônico, o incentivo à mediação e à arbitragem, bem como o desenvolvimento de mecanismos de solução de conflitos de forma extrajudicial, entre outras.

E muito embora se tratem todas estas medidas de iniciativas importantes e que contribuem para a redução do número de demandas judiciais em tramitação nos Tribunais brasileiros, a verdade é que o problema do excesso de ações em processamento perante os Tribunais permanece e não parece possuir termo final.

É assim que o emprego das tecnologias da informação, em especial os algoritmos e as Inteligências Artificiais para o direito (atualmente chamadas de “*Lawtechs*”), vem sendo cogitado e levado a efeito no Poder Judiciário, como alternativa tecnológica para auxiliar nas questões atinentes ao sistema judiciário, desafogando juízes, servidores, advogados e os demais participantes na condução das demandas judiciais em processamento, perante os diferentes Tribunais do Brasil (TACCA; ROCHA, 2018).

1 ALGORITMOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS NOVOS DILEMAS SOCIAIS

As aplicações informáticas atuais são capazes de oferecer respostas para as mais diversas perguntas humanas. Essas aplicações são desenhadas na forma de algoritmos que podem ser imaginadas como sequências de linhas de códigos e repletas de complexos cálculos matemáticos. Na medida em que a revolução tecnológica propicia a digitalização de quantidades de dados, cujos volumes crescem de forma exponencial, os algoritmos se tornam cada vez mais poderosos, pois possuem a capacidade de aprender através de exemplos. Como é sabido, nas diversas atividades com aplicação de Inteligência Artificial há emprego de algoritmos capazes de coletar e classificar informações, avaliá-las, tomar decisões e atuar, até mesmo, com efeitos no mundo físico e consequências práticas para indivíduos que travam relações jurídicas intermediadas pelo uso desses sistemas, ou mesmo exclusivamente entre agentes eletrônicos (MARANHÃO, 2017). Não é pos-

sível, assim, dissociar inteligência artificial e os algoritmos de programação que, efetivamente, a fazem funcionar.

O termo Inteligência Artificial, por sua vez, foi cunhado por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon em documento datado de 31 de agosto de 1955, intitulado “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”. Trata-se da proposta de realização do primeiro evento científico sobre tema, ocorrido no verão de 1956 no Dartmouth College, que é considerado o marco inaugural do estudo da Inteligência Artificial (MCCARTHY, 2006, p. 12-14).

De forma sintética, a Inteligência Artificial pode ser entendida como o desenvolvimento de ferramentas informáticas que emulem a inteligência humana ou que executem funções a ela relacionadas, tais como raciocínio, aprendizagem, adaptabilidade, percepção e interação com o meio físico etc. Nesse conceito estão abarcadas inúmeras técnicas que, diferentemente, da rigidez da programação computacional e algoritmos clássicos, visam a dotar os sistemas computacionais com capacidade de propor soluções criativas, com critério de adaptabilidade e fundadas em comportamento autônomo, tais como machine learning (aprendizagem de máquina) e deep learning (aprendizagem profunda), por meio de redes neurais artificiais², processamento da linguagem natural (natural language processing) e análise de grandes conjuntos de dados (big data).

Apesar de parecer um tema altamente complexo e distante, a Inteligência Artificial (IA) é assunto cada vez mais frequente nos noticiários, anúncios de publicidade e em estudos acadêmicos, além de seguir crescendo em importância no cotidiano das pessoas, muitas vezes sem ser percebida. Trata-se de uma das tecnologias emergentes que impulsionam a Quarta Revolução Industrial (a chamada Indústria 4.0), a qual se caracteriza, precipuamente, pela fusão e integração entre os domínios físico, digital e biológico, em uma espécie de norte para as novas tecnologias (SCHWAB, 2019, p. 35).

Deste giro, não se pode olvidar a perspectiva de que o uso da Inteligência Artificial, em maior ou menor intensidade, impactará praticamente todas as profissões e atividades humanas daqui para o futuro, inclusive de forma disruptiva, causando intensas e rápidas alterações nas relações sociais e de trabalho, trazendo, ademais, paradigmas e dilemas sociais absolutamente novos.

Tomando-se por base os saltos tecnológicos e do conhecimento que marcaram o final do século XX e a transição para o XXI, o que se tem é que nada impede que reconheçamos a evolução do ser humano enquanto espécie, reconhecendo, até com certo destaque, o progresso social, cultural e educacional, obtidos neste período, entretanto, algo que não se pode perder de vista, é que nem sempre essa evolução virá livre de custos, para determinados direitos ou determinadas pessoas.

Não sem razão, em seu livro “21 Lições para o Século 21”, Yuval Harari, no capítulo relacionado ao trabalho, provoca o debate ao propor que “quando você crescer, talvez não tenha um

² As redes neurais artificiais foram criadas inspiradas no funcionamento dos neurônios, por meio de unidades de processamento conectadas por ligações direcionadas e com pesos específicos, podendo estar dispostas em várias camadas. Por meio de treinamento (supervisionado por humanos ou não supervisionado), essas redes têm a capacidade de reconhecer padrões, possibilitando que estes sejam aplicados a novas situações (generalização), assim como permite a classificação e agrupamento de dados. ARTERO, Almir Olivette. Inteligência artificial: teoria e prática. São Paulo: Livraria da Física, 2009. p. 121-152.

emprego”, quando afirma:

Não temos ideia de como será o mercado de trabalho em 2050. Sabemos que o aprendizado de máquina e a robótica vão mudar quase todas as modalidades de trabalho — desde a produção de iogurte até o ensino da ioga. Contudo, há visões conflitantes quanto à natureza dessa mudança e sua iminência. Alguns creem que dentro de uma ou duas décadas bilhões de pessoas serão economicamente redundantes. Outros sustentam que mesmo no longo prazo a automação continuará a gerar novos empregos e maior prosperidade para todos. Estaríamos à beira de uma convulsão social assustadora, ou essas previsões são mais um exemplo de uma histeria ludista infundada? É difícil dizer. Os temores de que a automação causará desemprego massivo remontam ao século XIX, e até agora nunca se materializaram. Desde o início da Revolução Industrial, para cada emprego perdido para uma máquina pelo menos um novo emprego foi criado, e o padrão de vida médio subiu consideravelmente. Mas há boas razões para pensar que desta vez é diferente, e que o aprendizado de máquina será um fator real que mudará o jogo.

E o autor ainda diz mais. Em síntese, leciona em seu texto que os humanos têm dois tipos de habilidades – físicas e cognitivas. No passado, as máquinas competiam com os seres humanos quase que exclusivamente em habilidades físicas. E dessa maneira, mesmo quando nós – humanos – passamos a perder espaço para máquinas capazes de fazer trabalhos manuais de maneira mais rápida, mais precisa ou com mais capacidade e menos esforço ou custos mais baixos, sempre nos mantivemos à frente das máquinas em capacidade cognitiva. Quando os trabalhos manuais na agricultura e na indústria foram automatizados, surgiram novos trabalhos no setor de serviços que requeriam o tipo de habilidade cognitiva que só os humanos possuíam: aprender, analisar, comunicar e acima de tudo compreender, apenas para citar algumas habilidades (HARARI, 2018, p. 28).

Ocorre que a Inteligência Artificial passa agora a superar os humanos em um número cada vez maior de habilidades, inclusive naquelas que demandam compreensão das emoções humanas. Nas últimas décadas a pesquisa em áreas como a neurociência e a economia comportamental permitiu que cientistas entendessem a rotina de processos humanos de avaliação e julgamento e adquirissem uma compreensão muito melhor de como os humanos tomam essas decisões. Constatou-se que todas as escolhas, desde comida até parceiros sexuais, resultam não de algum misterioso livre-arbítrio, e sim de bilhões de neurônios que calculam probabilidades numa fração de segundo. A tão provalada “intuição humana” é na realidade a capacidade de reconhecer padrões.

Constatou-se também que os algoritmos bioquímicos do cérebro humano estão longe de ser perfeitos. Isso quer dizer que a IA pode superar o desempenho humano até mesmo em tarefas que supostamente exigem “intuição”. Em especial, a IA pode ser melhor em tarefas que demandam intuições sobre outras pessoas. Muitas modalidades de trabalho requerem a capacidade de avaliar corretamente as emoções e os desejos de outra pessoa.

Por isso, é certo dizer que o grande mote da revolução da IA não se trata apenas de tornar os computadores mais rápidos, mas sim que, quanto mais compreendemos os mecanismos bioquí-

micos que sustentam as emoções, os desejos e as escolhas humanas, melhores podem tornar-se os computadores na análise do comportamento humano, na previsão de decisões humanas, e assim substituir os humanos em funções que exijam essa sorte de conhecimentos. Daí que:

Quando se pensava que essas emoções e esses desejos eram gerados por um espírito imaterial, parecia óbvio que os computadores nunca seriam capazes de substituir motoristas, banqueiros e advogados humanos. Pois como poderia um computador compreender o divinamente criado espírito humano? Mas, se essas emoções e esses desejos na realidade não são mais do que algoritmos bioquímicos, não há razão para os computadores não decifrares esses algoritmos — e até certo ponto, melhor do que qualquer *homo sapiens*. (HARARI, 2018, p. 29)

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER JUDICIÁRIO

Malgrado se observe que a discussão sobre a inteligência artificial e suas possibilidades tenha um fundo extremamente técnico, cumpre salientar que grande parte dos sistemas de Inteligência Artificial em operação na área jurídica nos dias atuais empregam técnicas de “raciocínio baseado em casos”, o chamado RBC, jurimetria e/ou analytics, a fim de que o programa proponha soluções jurídicas a partir da análise comparativa com decisões judiciais tomadas em casos semelhantes.

Trata-se, pois, de estratégia que potencializa a acurácia e simplifica, em grande medida, o trabalho de desenvolvimento do programa e o processo de tomada de decisão, uma vez que torna despicienda a construção de um sistema complexo o bastante para ser capaz de interpretar adequadamente o Direito e criar uma solução jurídica do zero. Ao invés disso, utiliza-se uma espécie de algoritmo menos complexo, que busca identificar e tomar como referência, decisões judiciais já existentes, nas quais o trabalho de interpretação já foi realizado por humanos (juízes), seja em um único caso semelhante, seja por meio da análise de um conjunto de decisões, a fim de apurar o entendimento dominante. Essa técnica tem grande potencial de aplicação, em especial no gerenciamento das chamadas demandas repetitivas (casos repetitivos) e no fortalecimento do sistema de precedentes.

Nessas condições, o algoritmo considerará a decisão judicial paradigma como referencial ou fundamento jurídico a ser aplicado (ou replicado) ao problema analisado. Vale dizer que, para esse sistema de Inteligência Artificial, o direito aplicável ao caso consiste naquilo que a decisão judicial pretérita definiu. O programa não analisa criticamente os fundamentos da decisão e não desenvolve raciocínio com base no que dispõem a lei e a doutrina, apenas assume a decisão judicial paradigma como a solução correta, conforme descrito em seu algoritmo de desenvolvimento.

O que SOURDIN (2018, p. 1123-1124) defende que ocorrerá em um futuro próximo (e o que vem nos mostrando os dias atuais) é que a preocupação social não deve residir neste tipo de Inteligência Artificial ou neste tipo de programação algorítmica, mas sim no desen-

volvimento de sistemas de Inteligência Artificial que sejam capazes de acessar bases de dados de textos legislativos e que contenham em seu algoritmo uma lógica de operação dos critérios interpretativos para a subsunção do problema às regras do ordenamento jurídico, a fim de fornecer a solução jurídica (desenvolvida de um marco jurídico zero). Sim, porque aqui a estratégia para a resolução de problemas jurídicos não parte da comparação com casos concretos semelhantes, mas da tentativa de reproduzir o processo racional de tomada de decisões e de construção/extração da norma jurídica aplicável a partir dos textos legais, comparações jurisprudenciais e métodos interpretativos.

E o que costumeiramente se argumenta é que uma IA com esse tipo de programação não produziria soluções jurídicas adequadas para casos concretos, por desconsiderar certos valores (e.g. morais, sociais) necessários à correta aplicação do Direito. Nesse sentido, seria necessária maior sofisticação dos programas e aplicações, com ferramentas capazes de captar, mensurar e avaliar esses dados de forma valorativa e qualitativa.

De fato, os algoritmos de Inteligência Artificial aplicados à tomada de decisão judicial devem ser constituídos com um roteiro lógico-interpretativo que possibilite ao programa receber dados fáticos e jurídicos (input), interpretá-los (processamento) e formular uma solução/decisão (output), à semelhança do que ocorre com o processo cognitivo do julgador humano (MARANHÃO, 2017).

Conforme apontado, nem mesmo a incerteza semântica dos textos jurídicos (sejam eles legislativos, executivos ou doutrinários) e a complexidade e dinamicidade da Ciência Jurídica são obstáculos intransponíveis para o desenvolvimento da Inteligência Artificial no Direito. Não se está afirmando, todavia, que toda e qualquer decisão judicial possa ser tomada por máquinas (embora, a cada dia, os avanços tecnológicos ampliem esse rol), muito menos que todas as decisões devam ser tomadas por sistemas autônomos. A questão não é meramente de viabilidade tecnológica, pois envolve também aspectos jurídicos e éticos que implicarão uma opção política da sociedade sobre se, quais e quando as decisões judiciais poderão ser proferidas por Inteligência Artificial.

De acordo com a vontade dos tribunais ou do que disporá a legislação, e considerando o grau de desenvolvimento da Inteligência Artificial, é possível imaginar a adoção dessa tecnologia na atividade do Poder Judiciário em diferentes níveis de automação, desde um modelo com baixo nível de automação, em que a Inteligência Artificial apenas auxilia o trabalho humano, até o mais alto nível de automação, no qual o sistema de Inteligência Artificial pode efetuar a tomada de decisão sem qualquer interferência humana.

Nesse sentido, Nieva Fenoll (2018. p. 17-34) classifica a automação do sistema judiciário em três níveis. No nível mais básico, a Inteligência Artificial é empregada para informar, apoiar e aconselhar o ser humano (tecnologia de apoio). No nível intermediário, a tecnologia pode substituir funções e atividades que antes eram realizadas por seres humanos (tecnologias de substituição). No terceiro nível, a tecnologia se apresenta com potencial de alterar significativamente o modo como os juízes trabalham e de fornecer novos modelos de justiça (tecnologia disruptiva).

No primeiro nível, a Inteligência Artificial é empregada como ferramenta auxiliar, as-

sistindo a atividade decisória desempenhada pelo ser humano, que permanece com a responsabilidade pela decisão tomada. Isso pode ocorrer por meio da automação das tarefas acessórias ou burocráticas, como a consulta e constrição automatizada de bens via convênios (BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD), triagem de processos por assunto, identificação de casos repetitivos, de precedentes vinculantes aplicáveis ao caso etc. Também pode produzir assistência e aconselhamento para a tomada de decisão humana, realizando pesquisas legislativa, jurisprudencial e doutrinária, alertando sobre eventuais equívocos e sugerindo modelos de fundamentação ou até mesmo elaborando minutas de decisão, que, não obstante, serão conferidas pelo julgador humano. Ressalte-se que a maior parte dos atuais sistemas de Inteligência Artificial em operação no Poder Judiciário assume esse modelo de assistência à decisão humana, e deve continuar a ser o modelo prevalente enquanto a Inteligência Artificial não alcançar sua maturidade e comprovar sua confiabilidade na área judicial, eliminando o ceticismo e a insegurança do público acerca da tomada de decisões por máquinas.

Em um segundo nível, a Inteligência Artificial é empregada para a automação da gestão procedimental. Imagina-se, aqui, um modelo de operação no qual o sistema inteligente impulse autonomamente a marcha procedimental, efetivando atos ordinatórios e até mesmo despachos mais singelos sem a necessidade de conferência humana. A atuação do julgador humano estaria concentrada em pronunciamentos de conteúdo decisório relevante (sentenças e decisões interlocutórias), como a apreciação de tutela provisória, decisão de saneamento e organização do processo e o julgamento do processo.

No terceiro nível, a Inteligência Artificial seria aplicada na automação da tomada de decisão judicial. Aqui, a tecnologia atua diretamente na atividade-fim de prestação jurisdicional, assumindo o trabalho tradicionalmente atribuído a juízes, decidindo questões processuais e o mérito das demandas, sem interferência ou supervisão humana.

Evidentemente, o uso da Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais em substituição ao julgador humano ainda é alvo de grande polêmica. E muito embora existam autores que preferam apontar vantagens à utilização desta ferramenta, existem aqueles que enxergam mais preponderantemente os riscos de se conceder à Inteligência Artificial (em especial aquelas dotadas de capacidades de aprendizado – como o *machine learning* ou *deep learning*) poder de decisão.

3 SER HUMANO VS. MÁQUINA

Neste sentido, Harari (2012, p. 31) afirma que, mesmo nos dias atuais, as aplicações de inteligência artificial já estão em posição de superar os homens no que eram, até agora, habilidades exclusivamente humanas, além de possuir de modo exclusivo habilidades não humanas, o que torna a diferença entre a máquina e um trabalhador humano uma questão qualitativa e não apenas quantitativa. Diz o autor: “duas habilidades não humanas especialmente importantes da IA são a conectividade e a capacidade de atualização”.

Como humanos são seres individuais, e ainda não há como realizar uma conexão pela via telepática, é impossível que estejamos conectados uns aos outros e, assim, certificar-se de que estão todos igualmente atualizados. Em contraste, computadores não são indivíduos, de modo que não há dificuldade em integrá-los em rede.

Por isso estaríamos diante não da substituição de milhões de trabalhadores humanos individuais por milhões de robôs e computadores individuais, mas, provavelmente, diante da substituição de humanos individuais por uma rede integrada. Utilizando-se o exemplo do trânsito e dos veículos autodirigidos, teríamos que muitos motoristas não estão familiarizados ou simplesmente não cumprem todas as regras de trânsito e frequentemente as transgridem. Além disso, como cada veículo é uma entidade autônoma, quando dois deles se aproximam do mesmo cruzamento ao mesmo tempo, os motoristas podem comunicar erroneamente suas intenções e colidir. Carros autodirigidos, em contraste, podem ser conectados entre si. Quando dois desses veículos se aproximam do mesmo cruzamento eles não são duas entidades separadas, são parte de um único algoritmo. As probabilidades de que possam se comunicar erroneamente e colidir são, portanto, muito menores.

E mais, se o Ministério dos Transportes decidir mudar qualquer regra de trânsito, todos os veículos autodirigidos podem ser atualizados com facilidade e exatamente no mesmo momento, e, salvo a existência de algum *bug* no programa, todos seguirão o novo regulamento à risca. Os veículos autodirigidos, então, poderiam oferecer às pessoas serviços de transporte muito melhores e reduzir a taxa de mortalidade por acidentes de trânsito. Hoje, cerca de 1,25 milhão de pessoas morrem todo ano em acidentes de trânsito (o dobro das mortes causadas por guerra, crime e terrorismo somadas). Mais de 90% desses acidentes são causados por erros humanos: alguém que bebeu e dirigiu, alguém digitando uma mensagem enquanto dirige, alguém que adormeceu ao volante, alguém sonhando acordado em vez de prestar atenção à estrada. A Administração Nacional de Segurança de Trânsito em Estradas dos Estados Unidos estimou que, em 2012, 31% dos acidentes fatais no país envolveram uso abusivo de álcool, 30% envolveram excesso de velocidade e 21% envolveram desatenção do motorista. Veículos autodirigidos nunca farão nada disso. Embora tenham seus próprios problemas e limitações, e embora alguns acidentes sejam inevitáveis, espera-se que a substituição de motoristas humanos por computadores reduza mortes e ferimentos na estrada em cerca de 90%. Em outras palavras, a mudança para veículos autônomos pode poupar a vida de 1 milhão de pessoas por ano.

Da mesma forma, se a Organização Mundial de Saúde identificar uma nova doença, ou se um laboratório produzir um novo remédio, é quase impossível atualizar todos os médicos humanos no mundo quanto a esses avanços. Em contraste, mesmo que haja 10 bilhões de médicos de IA no mundo — cada um monitorando a saúde de um único ser humano —, ainda poder-se-á atualizar todos eles numa fração de segundo, e todos serão capazes de dar uns aos outros *feedbacks* quanto às novas doenças ou remédios. Essa vantagem potencial de conectividade e capacidade de atualização é tão enorme que ao menos em algumas modalidades de trabalho talvez faça sentido substituir todos os humanos por computadores, mesmo que individualmente alguns humanos sejam melhores em seu trabalho do que as máquinas.

3.1 FALHA DE PROGRAMAÇÃO OU PRECONCEITO ALGORÍTMICO

O contraponto fica a cargo das falhas de sistema de conectividade ou mesmo de um erro no sistema que neste caso poderia causar um prejuízo irreversível ou uma situação absolutamente indesejável. Basta pensar na quebra da individualidade, típica dos seres humanos. Se um médico humano fizer um diagnóstico errado, ele não vai matar todos os pacientes do mundo e não vai bloquear o desenvolvimento de todos os novos medicamentos. Em contraste, se todos os médicos são na verdade um único sistema de IA, e se esse sistema comete um erro, este erro poderia custar a vida de todos os pacientes atendidos por aquele programa.

Outro exemplo bastante conhecido é o da COMPAS – *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, um programa de avaliação de risco (*risk assessment*) utilizado por alguns órgãos de justiça criminal nos Estados Unidos para classificar o risco de reincidência de réus. A organização não governamental ProPublica realizou um estudo analítico de mais de sete mil casos de pessoas presas no Condado de Broward, na Flórida, nos anos de 2013 e 2014, verificando os números de reincidência. A pesquisa concluiu que o COMPAS tinha a tendência de atribuir uma classificação de risco mais alta a presos negros, comparativamente aos presos brancos. Nesse sentido, réus negros que não voltaram a reincidir no período de dois anos tinham o dobro de chances de terem sido classificados erroneamente como de alto risco de reincidência (45% contra 23%). Além disso, o percentual de réus brancos classificados como de baixo risco e que cometeram novos delitos nos dois anos seguintes foi quase o dobro do percentual de negros (48% contra 28%) (PROPÚBLICA, 2020).

Assim, focando especificamente na automação da tomada de decisão, já há sistemas de Inteligência Artificial capazes de produzir minutas de decisões, identificando e comparando processos semelhantes, com significativo grau de acurácia. Percebe-se que, a partir do momento em que a máquina é capaz de construir uma minuta com um grau de acurácia suficiente, dispensar a revisão humana desse documento e automaticamente publicá-la como decisão passam a ser uma escolha político-jurídica dos tribunais e da sociedade, muito mais do que um problema de viabilidade técnica.

A questão subjacente nessa escolha reside em definir se o exercício da jurisdição deve ser privativo do ser humano, isto é, se a atividade decisória, como expressão da função típica do Poder Judiciário, pode ser executada por máquinas ou se necessariamente deve ser realizada por seres humanos, juízes togados ou não – mas investidos do poder de jurisdição. E, complementarmente, deve-se responder se todas as decisões judiciais podem ser automatizadas ou se há decisões que devam permanecer reservadas ao ser humano, pois, como se observa, algoritmos também estão sujeitos a incorreções, análises equivocadas de vícios ou sujeitas a enviesamentos, que podem decorrer dos *inputs* recebidos ou do próprio aprendizado da máquina.

No livro *Weapons of Math Destruction* (Armas de Destruição Matemática), Cathy O’Neil (2016), aborda aspectos importantes relacionados aos algoritmos, ao afirmar que modelos matemáticos são o motor de nossa economia digital. Com base nessa premissa a autora formula dois

insights – “que podem surpreender legiões de pessoas que veem as máquinas como simplesmente neutras”: a) Aplicações baseadas em matemática e que empoderam a Economia de Dados são baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis; e b) esses modelos matemáticos são opacos, e seu trabalho é invisível para todos, exceto os cardeais em suas áreas: matemáticos e cientistas computacionais. Seus vereditos são imunes a disputas ou apelos, mesmo quando errados ou nocivos (O’NEIL, 2016).

Não sem razão, BOURCIER (2003, p. 165-168) identifica cinco argumentos que se prestam a justificar o controle das decisões automáticas: a) a decisão só pode provir do homem – nessa linha, justifica-se que só o ser humano é capaz de apreciar um comportamento humano, não podendo a máquina substituí-lo na atividade de julgar. Traduz um argumento filosófico, embasado nos princípios da humanidade e da responsabilidade e no temor da desumanização da decisão, bem como na ideia de que cada homem é um ser único; b) a decisão só pode se fundar em conhecimentos interpretados – a interpretação é uma atividade propriamente humana, máxime quando se trata de um texto normativo; c) nenhum modelo computacional pode representar ou prever o comportamento humano; d) não há decisão sem autor – a decisão autônoma tem potencial de vulnerar a competência e a responsabilidade do juiz, pois a programação do sistema pode ter a participação de terceiros, bem como porque a máquina não poderia ser autora de sua decisão, pois ou é pré-programada (e a decisão partiria do programador), ou atua apenas como assistente de quem está decidindo; e) determinadas situações tecnicamente simuláveis em computador devem ser excluídas do âmbito de aplicação das decisões automatizáveis (por razões éticas).

Sob essa perspectiva, SOURDIN (2018, p. 1.117) prevê que a tecnologia não substituirá os juízes, “pelo menos não inicialmente”, pois são muitos os fatores que influenciam a tomada de decisões judiciais, inclusive indução, intuição e capacidade de avaliar o impacto social das decisões. Lembra o autor:

Os defensores da opinião de que os juízes podem ser substituídos pela IA estão, sem dúvida, desconsiderando o ponto em relação ao que os juízes contribuem para a sociedade para além do julgamento e inclui questões importantes e muitas vezes não examinadas relacionadas ao cumprimento e aceitação do Estado de Direito.³

3.2 EM BUSCA DO PADRÃO IDEAL: ROBÔS E O JUDICIÁRIO

Assim, é provável que a Inteligência Artificial possa assumir parcela da atividade decisória, em especial no julgamento de questões em que a tese jurídica esteja bem delineada e não exigir maior esforço interpretativo, como em casos repetitivos; e também em causas de cunho patrimonial de menor expressão econômica, em que o risco de uma decisão equivocada é menos

³ No original: “Proponents of the view that judges can be replaced by AI are arguably missing the point in relation to what judges contribute to society which extends beyond adjudication and includes important and often unexamined issues relating to compliance and acceptance of the rule of law”.

danosa. Alguns tipos de decisões judiciais deverão permanecer sob o crivo humano (ainda que indiretamente – HITL, HOTL e HIC), seja por sua complexidade e ineditismo, seja pela importância do direito discutido, em especial quando envolver a definição dos rumos da sociedade, de vez que a função jurisdicional desempenhada de forma típica pelo Poder Judiciário é uma manifestação do poder soberano (artigo 1º, parágrafo único, e artigo 2º, *caput*, da Constituição Federal). Provavelmente serão estabelecidos critérios seletivos para a automação das decisões judiciais como, por exemplo, pela matéria discutida, pelo rito ou fase processual adotados (juizados especiais, execução ou cumprimento de sentença), pela existência de precedentes etc.

Outra preocupação importante no que diz respeito à utilização de Algoritmos e Inteligência Artificial como instrumento de aumento de eficiência no processamento, tratamento e julgamento de demandas judiciais, diz respeito ao dever de fundamentação de decisões judiciais, nos termos dispostos no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e o artigo 11 do Código de Processo Civil.

Tal fundamentação, evidentemente, deve ser jurídica. E construída a partir de análise, igualmente jurídica, acerca da demanda objeto de julgamento.

Nesse sentido, importa retomar que a Inteligência Artificial é analítica, mas não jurídica. Os *inputs* inseridos pelo programador quando da configuração da Inteligência Artificial em questão, pelo menos até o presente momento, não abarcam e nem são capazes de abarcar raciocínio jurídico completo. Trata-se de *inputs* lógicos que produzem resultados – quer sejam de organização e classificação de processos, de sinalização de informações constantes em documentos, ou de sugestão de minutas de petições ou decisões – com utilidade jurídica. Mas que não são construídos a partir de raciocínio jurídico integrado e completo, por um jurista; decorrendo somente de *inputs* inseridos em programação.

Com efeito, enquanto agregadora de eficiência, a Inteligência Artificial introduz diversos benefícios, a começar pela redução de custos operacionais, viabilizando melhor e mais eficiente aproveitamento do trabalho intelectual humano – deixando-se a cargo das máquinas a realização das tarefas meramente repetitivas e administrativas, viabilizando, assim, que os diversos atores na esfera jurídica, quer sejam magistrados, servidores ou advogados, dediquem mais tempo, esforços e recursos ao trabalho efetivamente intelectual.

As soluções de Inteligência Artificial nesse sentido podem ser projetadas e estruturadas para atender a demandas e características próprias de cada instituição: seja Tribunal Superior, Federal, Estadual ou Eleitoral, ou ainda um escritório de advocacia com atuação contenciosa, devendo-se atentar, entretanto, para que a Inteligência Artificial se apresente como mero instrumento de auxílio.

Nesse sentido, o estudo Tecnologia Aplicada a Gestão de Conflitos no Poder Judiciário, coordenado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas, demonstrou que o Poder Judiciário brasileiro tem ampliado os investimentos em Inteligência Artificial ao longo dos últimos anos. De forma que, atualmente, cerca metade dos tribunais do país já usa este tipo de tecnologia, de alguma maneira.

O mencionado estudo da Fundação Getúlio Vargas aponta que existem hoje 72 (setenta e dois) diferentes projetos de Inteligência Artificial sob a gestão do Poder Judiciário brasileiro, projetos estes em diferentes fases de implementação, contemplando o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os tribunais de Justiça estaduais, os tribunais regionais federais e os tribunais regionais do trabalho, além do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (FGV, 2020).

Dessa forma, corrobora-se a assertiva de que o uso da Inteligência Artificial no Poder Judiciário nacional já é uma realidade, apresentando-se como importante ferramenta para auxiliar os tribunais em tarefas como a leitura automatizada de documentos, a organização de jurisprudência e categorização de tipos de demanda, além da adoção de outras providências burocrático-organizacionais como forma de suporte aos magistrados e servidores, visando, assim, a diminuir o já mencionado desafio e problema quanto ao excesso de demandas judiciais em tramitação.

Como exemplo nesse sentido, cumpre referir que no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, foi desenvolvido o robô *Victor*. Trata-se de robô criado para classificar peças processuais, identificando quais dos recursos extremos propostos estão vinculados a determinados temas de repercussão geral já decididos pela Corte Suprema. Estima-se que, desde a sua implementação, tenha havido uma queda de 60% (sessenta por cento) no tempo de trâmite dos recursos extremos no âmbito do STF.

Nessa mesma seara, o Superior Tribunal de Justiça – STJ traz outro exemplo bem-sucedido de emprego da Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário pátrio. Trata-se do robô denominado *Sócrates*. Referido robô é capaz de identificar grupos de processos similares, tendo a capacidade de organizar cerca de 100.000 (cem mil) processos em menos de 15 (quinze) minutos. O robô *Sócrates* também é capaz de buscar processos que tratam da mesma matéria, em meio a um universo de cerca de 2.000.000 (dois milhões) de processos e 8.000.000 (oito milhões) de peças processuais disponíveis para busca.

Tudo isso sem falar nas outras inúmeras aplicações de IA de cada um dos tribunais estaduais (TJ-MG, TJ-DFT, TJ-RN, TJ-PB, TJ-AL), cada um com nomes, funções e ferramentas próprias, destinadas a prestar suporte aos servidores do judiciário em algum momento do processo.

Em paralelo aos Tribunais, os advogados também são parte do cotidiano do Poder Judiciário brasileiro, enfrentando, assim como os próprios tribunais, o desafio de bem conduzir um número importante de ações judiciais em andamento. Os advogados e as grandes firmas e escritórios têm também investido em tecnologia de Inteligência Artificial, a fim de automatizar os seus processos mais simples, tais como o preenchimento de formulários, a realização de cálculos processuais meramente aritméticos, a elaboração de contratos e de petições iniciais padronizados, entre outros.

Nesse sentido, a lawtech Tikal Tech (2017) criou o primeiro robô assistente de advogado no Brasil, denominado Enhanced Legal Intelligence – ELI. O robô ELI utiliza tecnologia de Inteligência Artificial para realizar cadastro do processo judicial no sistema do escritório, definindo, também, propostas de petição inicial e/ou de defesa, a serem validadas e aperfeiçoadas pelo advo-

gado responsável pela condução do caso. O ELI também conta com competências especializadas, por exemplo a elaboração de petições iniciais para a restituição do ICMS aplicado sobre contas de energia elétrica, e a realização automatizada de cálculos pertinentes a pleitos trabalhistas.

No mesmo sentido, é digno de destaque o conhecido robô ROSS. Referido robô foi projetado para entender a linguagem humana e fornecer respostas a perguntas jurídicas, com as teses, disposições de lei e precedentes judiciais aplicáveis a determinada hipótese. A tecnologia de Inteligência Artificial do ROSS possibilita que os advogados formulem ao robô questionamentos jurídicos em linguagem natural, sem o uso de códigos ou de linguagem de computação. A tecnologia de Inteligência Artificial ROSS atua como um pesquisador jurídico e monitora a lei e a jurisprudência 24 (vinte e quatro) horas por dia, a fim de, para além de responder a perguntas pontuais formuladas, também notificar os advogados a respeito de mudanças legislativas ou de novas decisões judiciais que possam afetar as ações judiciais que conduzam.

4 CONCLUSÃO

Conforme foi exposto, o uso da Inteligência Artificial aplicada a demandas judiciais, tanto pelos Tribunais, como por advogados, não é mera possibilidade futura – mas sim realidade presente. O emprego de tecnologias de Inteligência Artificial é um fato, que tende a se acentuar, visando a agregar eficiência no processamento e no julgamento de demandas judiciais perante as cortes brasileiras.

Em um cenário de grande volume de demandas judiciais pendentes de tramitação, aguardando solução definitiva perante os diversos tribunais pátrios, a Inteligência Artificial sem dúvida se apresenta como ferramenta tecnológica interessante e, mais do que isso, importante. Nada obstante, a utilização da tecnologia de Inteligência Artificial no âmbito de demandas judiciais requer o necessário atendimento a toda legislação pertinente, bem como a toda uma gama de preceitos éticos bem delineados nas principais diretrizes internacionais.

E isso porque no futuro, a depender da confiabilidade a ser alcançada pela Inteligência Artificial, é possível que a visão social a respeito da possibilidade de máquinas tomarem decisões judiciais e a necessidade de supervisão humana poderá ser bem distinta da atual. Por isso mesmo, e até que esteja madura, a implementação da Inteligência Artificial no processo decisório deverá ocorrer progressivamente, pautando-se pela precaução, com constante acompanhamento dos resultados alcançados, a fim de se assegurarem a construção e a operação de sistemas confiáveis, dotados de solidez e que respeitem os princípios éticos e jurídicos. Isso porque, seguindo as bases das diretrizes internacionais acerca do tema, um sistema autônomo na tomada de decisões judiciais deve fornecer uma explicação satisfatoriamente auditável por uma autoridade humana competente.

Não se ignora o fato de que a Inteligência Artificial possa oferecer inúmeros benefícios à sociedade. É inegável, entretanto, a preocupação mundial existente em relação aos possíveis danos que sistemas dotados de IA possam ocasionar. *A contrario sensu* do que se imaginava, e

como comentamos, decisões algorítmicas são suscetíveis a desvirtuações ou deturpações. A despeito do que muitos acreditam, algoritmos não são neutros, tampouco imparciais. Ainda que em muitos casos os sistemas não recebam de seus programadores *inputs* eivados de preconceitos, é possível que assimilem conteúdo discriminatório contido no conjunto de dados com que realizam seu aprendizado de máquina e então passem a replicá-lo.

Por isso, as “Orientações Éticas para uma IA de Confiança”, da Comissão Europeia, indicam que a supervisão humana é requisito para a construção de uma Inteligência Artificial confiável, devendo ser assegurada a via recursal, bem como mecanismos que possibilitem às autoridades responsáveis pela aplicação da lei efetuar a revisão da decisão tomada pela máquina, seja na modalidade que permite intervenção ou fiscalização humana (HITL ou HOTL – Human-in-the-loop ou Human-on-the-loop) ou mesmo na modalidade de controle humano (HIC – Human in Command), em que compete a um ser humano a responsabilidade de supervisionar toda a atividade do sistema de IA (incluindo o seu impacto econômico, societário, jurídico e ético mais geral) e de decidir quando e como utilizar o sistema em qualquer situação específica.

Dessa forma, constata-se que a implementação de tecnologias de Inteligência Artificial já é uma realidade no âmbito do Poder Judiciário pátrio, visando a agregar eficiência, com automação de atividades com menor grau de intelectualidade, otimizando processos e procedimentos, de modo a contribuir para a celeridade e eficiência processuais, viabilizando que os julgadores e a serventia dediquem mais tempo e esforços às tarefas intelectuais que precisam desempenhar e perdendo menos tempo com tarefas mecanizadas, mas que deve, necessariamente, obedecer ao disposto na legislação e aos padrões de ética vigentes.

REFERÊNCIAS

ANGWIN, Julia et al. Machine Bias: there’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks. **ProPublica**, 23 maio 2016. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 6 jun. 2019.

ARTERO, Almir Olivette. **Inteligência artificial: teoria e prática**. São Paulo: Livraria da Física, 2009. p. 121-152.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOURCIER, Danièle. **Inteligencia artificial y derecho**. Barcelona: Editorial UOC, 2003. E-book. p. 165-168.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MARANHÃO, Juliano. A pesquisa em inteligência artificial e direito no Brasil. **Consultor Jurídico**, 9 dez, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/juliano-maranhao-pesquisa-inteligencia-artificial-direito-pais>. Acesso em: 09. dez. 2017.

MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. **Inteligência artificial aplicada à atividade jurisdicional**. Orientador: José Miguel Garcia Medina. 2020, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual e Cidadania) – Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama, 2020, p. 31, 50 e 55.

MCCARTHY, John et al. A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. **AI Magazine**, v. 27, n. 4, p. 12-14, 2006. Disponível em: www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/view/1904/1802. Acesso em: 27.09.2019. p. 12-14.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madri: Marcial Pons, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Crown Publishing Group's, 2016.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019. E-book.

SOURDIN, Tania. Judge v. Robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making. **University of New South Wales Law Journal**, v. 41, p. 114-1133, 2018. Disponível em: www8.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2018/38.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. **Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38. n. 2, p. 53-68, jul./dez. 2018. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963. Acesso em: 04 fev. 2019.

TIKAL TECH. Disponível em: www.startse.com/noticia/empreendedores/tikal-tech. Acesso em 10 set. 2020.

Como citar: FUJITA, Jorge Shiguemitsu; PEDROSA, João Marcelo Braga Fernandes Pedrosa. Inteligência artificial, algoritmos e o impacto das novas tecnologias nos processos judiciais da sociedade da informação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 151-167, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p151. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 06/24/2021

Aprovado em 19/23/2021

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA
DOCTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: LIBERDADE
NEGOCIAL NA ESCOLA BAIANA DE DIREITO
PROCESSUAL**

PROCEDURAL AGREEMENTS IN BRAZILIAN
LEGAL DOCTRINE AFTER THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE

Homero Chiaraba*

Como citar: CHIARABA, Homero. Negócios jurídicos processuais na doutrina jurídica brasileira: liberdade negocial na escola baiana de direito processual. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 168-188, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p168. ISSN: 2178-8189.

*Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é pesquisador de pós-doutorado no Laboratório de História das Ciências (LAHCIC), vinculado ao PPGEFCH/UFBA. Email: chiaraba.homero@gmail.com

Resumo: O negócio jurídico processual é um tema novo. Através de uma revisão sistemática busca-se o mapeamento do debate recente sobre o negócio jurídico processual. O objetivo deste trabalho foi identificar os impactos da alteração do Código de Processo Civil na pesquisa jurídica sobre negócios jurídicos processuais. A metodologia utilizada foi a revisão sistemática de literatura (2015-2017), associada à uma análise qualitativa dos poucos trabalhos anteriores a este período e daqueles encontrados entre janeiro e maio de 2018 (mês de execução da pesquisa). O artigo divide-se em três partes. A primeira parte tem como objeto responder às questões “quem” e “onde se pesquisa sobre negócios jurídicos processuais” no Brasil; no segundo momento tem-se por objetivo mapear os *topoi* em torno dos quais o debate tem se estruturado. A terceira e última parte será dedicada a um diagnóstico de tendências e oportunidades para o desenvolvimento das pesquisas no campo do negócio jurídico processual. O principal achado desta pesquisa consiste na identificação de uma escola baiana de direito processual, que vem modificando o paradigma vigente na concepção de processo civil no Brasil, através da introdução sistemática da liberdade negocial dentro deste campo sempre tido como terreno exclusivo do direito público.

Palavras-chave: negócio jurídico, processo civil, acordos processuais.

Abstract: The procedural legal business is a new topic. Through a systematic review, we seek to map the recent debate on the procedural legal business. The objective of this work is to identify the impacts of the amendment to the Code of Civil

Procedure on legal research in procedural legal transactions. The methodology used was a systematic literature review (2015-2017), associated with a qualitative analysis of the few works prior to this period and those found between January and May 2018 (month of research execution). This article is divided into three parts. The first part aims to answer the questions “who” and “where do you find procedural legal transactions” in Brazil; in the second moment, the objective is to map the topics around which the debate has been structured. The third and last part will be dedicated to a diagnosis, identifying trends and opportunities for the development of research in the field of procedural legal business. The main finding of this research is the identification of a Bahian school of procedural law, which has been modifying the current paradigm in the conception of civil procedure in Brazil, through the systematic introduction of negotiating freedom within this field, which has always been considered the exclusive terrain of public law.

Keywords: procedural deal, due process law transaction.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por escopo avaliar os impactos da introdução do paradigma da liberdade negocial na processualística civil brasileira. O tema ganha relevância graças à promulgação e entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC). Assunto antes nebuloso – especialmente considerando o paradigma sob o qual foi construído o Código de Processo Civil de 1973 – mostra-se na atualidade terreno fértil para a prática judiciária e, por conseguinte, para a academia. Por esta razão, o foco da pesquisa é mantido nos trabalhos publicados após a promulgação do novo CPC. Acredita-se que um balanço do estado da arte da produção já seja útil para identificar-se tendências do debate atual, apontando direções e linhas de investigação que possam ser desenvolvidas sobre o tema. Um ponto extra obtido através da pesquisa consiste na identificação de uma Escola Baiana de Processo Civil, que introduz sistematicamente a liberdade negocial no terreno publicista do processo civil.

Neste trabalho foi executada uma revisão sistemática semiestruturada, consistente na aplicação de uma revisão de literatura metódica sobre o material produzido no Brasil sobre o negócio jurídico processual entre os anos de 2015 e 2017. O estudo teve como problema de pesquisa identificar as tendências que a mudança do Código de Processo Civil brasileiro impactou na pesquisa sobre o tema dos negócios jurídicos processuais. O recorte foi estabelecido levando em consideração a data de aprovação do Código de Processo Civil no Brasil e o mês de realização desta pesquisa (maio de 2018). Ainda assim, residualmente, foram consideradas a produção anterior a este período, muito escassa, a fim de estabelecer o contexto a partir do qual os negócios jurídicos processuais se desenvolvem no Brasil; e alguns trabalhos de 2018, considerados na etapa qualitativa da pesquisa. Em uma etapa seguinte da pesquisa, os trabalhos identificados na revisão de literatura foram confrontados com uma busca pelo termo “negócio jurídico processual” na plataforma *Jus Brasil*, a fim de confrontar as pesquisas identificadas com a jurisprudência, para verificar possíveis questões ignoradas pela literatura. A principal base de dados utilizada foi o Google Scholar. Considerou-se esta base de dados suficiente para a pesquisa, visto que as principais bases privadas - EBSCO, WOS e SCOPUS – possuem uma quantidade muito pequena de periódicos jurídicos indexados. Além do mais, as principais bases de dados de acesso aberto, como a SCIELO, estão conectadas ao Google Scholar. Não obstante o recorte pareça restrito, pelas razões acima citadas é possível acreditar que foi capaz de abranger a grande maioria literatura científica relevante sobre negócios jurídicos processuais no direito brasileiro, disponível na internet em língua portuguesa até o mês de realização da pesquisa (maio de 2018). É possível afirmar com algum grau de certeza que a revisão foi satisfatória a fim de atingir o objetivo deste estudo: estabelecer um panorama sobre a pesquisa acerca dos negócios jurídico processuais no Brasil, dentro do período recortado (2015-2017), identificando oportunidades de pesquisa e lacunas teóricas em, ainda que com alguma cautela, um bom grau de generalização. Visto ainda que esta pesquisa se trata de um trabalho de mapeamento e diagnóstico da literatura, não está em seu escopo avaliar criticamente o conteúdo dos trabalhos encontrados. Embora espere instigar outras e outros pesquisadores a assim fazê-lo.

Um achado inesperado desta pesquisa, por fim, consistiu na identificação do que foi chamado aqui de Escola Baiana de Processo Civil, à qual foi atribuída a introdução do tema dos negócios jurídicos processuais na doutrina processualista brasileira.

A revisão de literatura e a revisão sistemática são dois expedientes ainda vistos com bastante preconceito no Direito, sobretudo pela falta de literacia científica que marca o campo, já identificada por Nobre (2005). Essa desconfiança com a revisão de literatura tem se agravado com o aprofundamento da ciência neoliberal no campo do direito, à medida em que é exigido ao pesquisador e à pesquisadora do direito que abdique de sua posição de cientista social e converta-se em “advogado em tese”. A revisão de literatura tem um papel fundamental na atividade científica, consolidando os avanços da área, indicando caminhos, e efetivando balanços. A consulta a revisões de literatura criteriosas ainda evita o desperdício de recursos valiosos em pesquisas repetidas. Infelizmente, a atividade científica ainda é vista com certo ceticismo pelo prático do direito que se aventura na academia. O presente trabalho vale ainda o tempo do leitor ávido por efêmeras novidades ao propor, em sua conclusão, um interessante achado: a emergência de uma Escola Baiana de Direito Processual, que destoa das demais escolas brasileiras por introduzir no terreno publicista do processo civil, sistematicamente, princípios da liberdade negocial.

O artigo é dividido em três partes. A primeira tem como objeto responder às questões ‘quem’ e ‘onde’ se pesquisa sobre negócios jurídicos processuais; o segundo momento tem por objetivo mapear os tópicos em torno dos quais o debate tem se estruturado. A terceira e última parte será dedicada a um diagnóstico, apresentando a crítica geral da revisão e a identificação de tendências e oportunidades para o desenvolvimento das pesquisas no campo do negócio jurídico processual.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ENQUANTO TEMA DA PESQUISA JURÍDICA: QUEM E ONDE SE PESQUISA?

A história do instituto do negócio jurídico processual antecede o Novo Código de Processo Civil. O tema do negócio jurídico processual começa a ganhar corpo, entre os anos 1995 e 2010, à medida em que algumas microrreformas são efetuadas no antigo Código de Processo Civil. O aumento de propostas como a arbitragem, a mediação e a negociação concedem terreno fértil para o debate acerca da flexibilização das regras do processo civil e da adequação do processo à realidade e utilidade das partes. Segue-se daí uma revisão crítica da teoria processual até então produzida pelo pensamento jurídico nacional. Assim, pensar na adequação e na adaptabilidade (DIDIER JR, 2001) do procedimento é em certa medida um debate antecessor que abre caminho à consolidação dos negócios jurídicos processuais enquanto tema de pesquisa.

Outras temáticas também aparecem associadas à emergência dos debates acerca do negócio jurídico processual no pensamento jurídico brasileiro. Assim Arenhart (2009) analisa a possibilidade de ocorrência de negócios jurídicos processuais em relação à determinação do

ônus de produção de prova no processo civil brasileiro, ainda sob a vigência do código antigo: “trata-se, portanto, de verdadeiro negócio jurídico processual, admitindo desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico (agentes capaz, objeto ilícito e forma admitida em lei)” (ARENHART, 2009, p. 55). A observação que o autor faz à teoria dos negócios jurídicos também remete a outro campo de pesquisa relevante para a consolidação do negócio jurídico processual enquanto tema de pesquisa. Trata-se do fato jurídico processual. Neste aspecto, destaca-se o trabalho de Braga em “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência” (BRAGA, 2015), que posteriormente é consolidado na tese “Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro” (BRAGA, 2015). Ainda naquela década encontra-se também o “Curso de Direito Processual Civil”, de Didier Jr. (2015a), que pode ser considerado um marco na literatura jurídica processual brasileira. Dentre outras inovações e revisões críticas impostas à teoria processual, destaca-se o capítulo VIII “Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais”. Ali o autor busca desenvolver “uma classificação que seja útil para a compreensão panorâmica do processo e ajude na aplicação do sistema de invalidades processuais” (DIDIER JR, 2015a, p. 371).

A partir do campo estabelecido encontra-se, já na corrente década, a tese “Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais” (NOGUEIRA, 2011), defendida em 2011, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Esse trabalho goza de dupla importância. Situado entre a editoração do “Curso de Direito Processual”, de Didier Jr., e a defesa das “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual”, de Braga, pode ser considerado um marco ao consolidar a temática dos negócios jurídicos processuais enquanto campo de pesquisa no processo brasileiro. Também, juntamente com o segundo trabalho, consolida o que podemos chamar de uma Escola Baiana do Direito Processual Civil, sob a influência do pensamento de Pontes de Miranda e Calmon de Passos, e consolidada a partir das inovações trazidas ao processo civil por Didier Jr., não por acaso orientador das duas teses aqui citadas.

A obra “Negócios jurídicos processuais...” é dividida em cinco capítulos. A tese busca explorar a noção de negócio jurídico processual a partir da teoria do fato jurídico, buscando construir um esquema de interpretação que possibilite conceber os pronunciamentos judiciais como atos negociais. O autor busca em Pontes de Miranda a teoria do fato jurídico que serve de base para sua análise. Desenvolvendo a partir daí a ideia de fato jurídico processual, o autor então classifica os fatos processuais, estabelecendo assim os negócios jurídicos processuais como espécie dos fatos jurídicos processuais. No quarto e no quinto capítulos da tese é desenvolvida, por fim, uma teoria dos negócios jurídicos processuais.

A partir daí e, principalmente, com o avanço do processo de elaboração do novo CPC e sua promulgação, os negócios jurídicos processuais ganham relevo e densidade na pesquisa jurídica nacional. Godinho (2011) aprofunda a noção de negócio jurídico processual no pensamento de Pontes de Miranda, relação esta já identificada por Nogueira (2011). Neste estudo, tal qual em Arenhart (2009), a problemática desenvolve-se em torno do ônus da prova e a possibilidade de sua

distribuição mediante negócio processual. A peculiaridade é que Godinho conclui em seu estudo que, apesar de imprescindível para a compreensão dos negócios jurídicos processuais, o tema em Pontes de Miranda carece de precisão topográfica e conceitual. Não é esta a impressão que passa, no entanto, a leitura de outros trabalhos sobre o negócio jurídico processual, uma vez que Pontes de Miranda é quase que invariavelmente trazido como referência e ponto de partida para o debate. Costa (2012), por exemplo, inovou no debate sobre os negócios jurídicos processuais ao desenvolver a ideia da execução negociada como fórmula para solucionar o embate rotineiro entre Poder Judiciário e Executivo, proveniente da judicialização das políticas públicas. Remete-se a Pontes de Miranda ao fazê-lo.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil, em 2015, o tema dos negócios jurídicos processuais é explorado principalmente em artigos de periódicos e trabalhos de conclusão de curso de graduação. Importante anotar que não foram considerados para este estudo os chamados *sites* jurídicos, cujos procedimentos de garantia da qualidade científica e o processo de revisão por pares das publicações não são transparentes.

As obras coletivas nos últimos anos têm se tornando também um gênero importante na literatura jurídica brasileira, sobretudo devido à lógica neoliberal que se impõe à produção acadêmica brasileira, nas quais a quantidade é valorizada sobre a qualidade. Assim, é cada vez mais habitual que os pesquisadores vinculados a programas de pós-graduação brasileiros organizem obras coletivas para multiplicar a pontuação na avaliação dos programas.

Uma obra coletiva que se destaca no estudo dos negócios jurídicos processuais pela sua qualidade é “Negócios Processuais” (CABRAL; NOGUEIRA, 2015). Dividida entre 20 capítulos, nesta obra são pontuados os principais assuntos que passam a ocupar a temática dos negócios jurídicos processuais dentro do campo processual. Em paralelo ao estudo comparado dos negócios processuais em outros países, são pontuados diversos temas que basicamente compõe todo o espectro de estudos posteriores encontrados pela pesquisa.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: LINHAS DE PROBLEMATIZAÇÃO

A primeira linha de problematização dos negócios jurídicos processuais diz respeito ao seu próprio conceito. O entendimento do negócio jurídico processual parte de uma teoria dos fatos jurídicos processuais, que por sua vez fornece um conceito de ato processual. Este pode ser definido como “todo aquele comportamento humano volitivo que é apto a produzir efeitos jurídicos num processo, atual ou futuro.” (DIDIER JR., 2015, p. 374). Este conceito, por sua vez, relaciona-se com o próprio conceito de procedimento, tomando enquanto um conjunto de atos processuais. Assim, o procedimento, nesta construção, é um ato-complexo de formação sucessiva (DIDIER JR., 2015). O negócio jurídico processual seria uma espécie de fato jurídico voluntário “em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento

jurídico, certas situações jurídicas processuais” (NOGUEIRA, 2011, p. 137). Em outras palavras, um indicativo da ocorrência de um negócio jurídico processual é a possibilidade de autorregulação da vontade.

Sobre a classificação e ocorrência dos negócios processuais podem ser relativos ao objeto do processo ou o próprio processo. Assim como podem ocorrer negócios processuais atípicos. É possível ainda que os negócios jurídicos sejam unilaterais, bilaterais ou mesmo plurilaterais (DIDIER JR, 2015). O negócio processual também pode ser expresso ou tácito (*IBIDEM*). Neste sentido, Cunha (2015) e Campos (2016) vêm apresentar a possibilidade da omissão como um negócio jurídico processual. Porém este parece não ser um tema muito explorado na literatura.

Neste ponto destacam-se aqueles trabalhos que exploram de maneira descritiva o novo desenho institucional do processo civil brasileiro, focando sua análise no “microsistema” (*Ibidem*) de negócios jurídicos processuais. Neste grupo está o trabalho de Dorneles (2016), apontando o artigo 190 do novo CPC como uma tecnologia de *case management*, o que possibilita uma maior autonomia ao juiz para gerenciar o processo de forma mais particular e mais célere. Na mesma linha de leitura exploratória sistêmica seguem Bocalon (2016), Carvalho (2016) e Andrade (2016).

Também sobre a questão da adaptabilidade do processo judicial, explorando o que chama de modelo cooperativo de processo, Abreu (2016, p. 11) destaca a customização processual compartilhada:

O novo Código de Processo Civil, mediante uma série de disposições específicas e, de forma mais intensa, por meio da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do novo CPC), outorga às partes um espaço considerável de respeito ao autorregramento da vontade na construção do procedimento e de convencionalidade acerca de posições processuais.

O rompimento de paradigmas entre o antigo e o novo CPC também é assunto de Redondo (2015), que ressalta a importância do estabelecimento de novas premissas para o processo civil brasileiro para a potencialização das mudanças trazidas pelo artigo 190 do novo CPC. E por fim, ainda nesta visão geral, Tavares (2016) explora topicamente alguns assuntos relacionados aos negócios jurídicos processuais, sendo a sua principal contribuição a análise da cláusula geral de negociação sobre o procedimento. Souza ainda desenvolve esta questão, porém relegando o protagonismo ao modelo cooperativo de processo, para daí estabelecer seus reflexos ao processo civil brasileiro (SOUZA, 2017). Ainda neste topos, Resende *et al* (2017) destacam a figura do sincretismo processual atrelada ao negócio jurídico processual.

Ao lado dos trabalhos que buscam investigar o “microsistema” dos negócios jurídicos processuais observando apenas o novo CPC, há aqueles que investigam o tema de forma transversal, analisando o impacto do novo desenho processual em outros sistemas. Destaca-se representativamente Junqueira e Maranhão (2016), que realizam um estudo panorâmico sobre os possíveis efeitos dos negócios processuais na esfera trabalhista; e Mazzola (2017), que problematiza o tema na lei de locações. Também vale citar Araújo (2016), que analisa a aplicabilidade da cláusula

geral de negociação processual ao processo do trabalho. Na transversalidade encontra-se ainda trabalhos que analisam a delação premiada e o acordo de leniência na esfera administrativa sob a perspectiva do negócio jurídico processual. Em Loch (2017), a delação premiada é analisada sob a perspectiva do negócio jurídico processual como meio eficaz de obtenção de prova. Já Werberich (2018) problematiza os limites da voluntariedade de elaboração do negócio da delação premiada, considerando o réu preso. Questiona até que ponto o negócio pode ser considerado consensual, uma vez que um dos pactuantes está coagido em sua liberdade. Sobre os acordos de leniência, o artigo de Didier Júnior e Santos Bonfim, interpreta-a como uma espécie de negócio processual atípico.

O debate sobre os negócios jurídicos processuais também alcança a esfera estatal, através de Viana Filho (2017), que estuda a transação em matéria tributária; e a tese “Convenções processuais e o poder público” (BARREIROS, 2017), cujo problema gira em torno da determinação de um regime jurídico específico para o poder público quando este celebra negócios processuais.

O artigo 190 do novo CPC¹ traz em seu dispositivo o que é chamado por “cláusula geral de negociação sobre o processo” (DIDIER JRb, 2015). Neste dispositivo a tecnologia processual desenvolvida possibilita aos agentes jurídicos envolvidos no processo adaptarem grande parte do procedimento a fim de ajustá-lo às suas necessidades. Isso significa possibilitar ao agente jurídico a manipulação da burocracia estatal a um nível antes não possibilitado pela tecnologia anterior (o Código de 1976).

A maior parte dos artigos encontrados exploram as possibilidades abertas ao final do caput do artigo 190: ônus da prova, poderes processuais, faculdades e deveres processuais. Somados a estes, ainda há a possibilidade de se alterar o calendário processual, disposto no artigo 191. Estes pontos têm servido de abertura para uma série de estudos desenvolvendo a temática dos negócios processuais.

Entre os princípios relacionados ao negócio processual, destaca-se o debate acerca do autorregramento da vontade no processo civil. Sobre o assunto, Didier Jr. (2015b) desenvolve a relação entre a liberdade e o processo através do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. Vasconcelos (2017) aborda a questão, relacionando a autônima da vontade e o paradigma cooperativo de processo. Relacionado ao tópico também aparecem as discussões acerca da vulnerabilidade e dos limites dos negócios processuais. A limitação aos negócios processuais pode ser vista como a decorrência de duas situações. Ou da limitação imposta pelo próprio artigo 190 do CPC, no qual apenas processos que versem sobre direitos disponíveis podem ser sofrerem negociações; ou, em se tratado de negócios atípicos, o que Didier Jr. (2015b) apresenta como a cláusula geral de negociação sobre o processo e regras gerais da negociação processual.

Evidente que os próprios critérios de validade do negócio jurídico se apresentam como

¹ 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.

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.

limitação à liberdade negocial processual. Neste sentido Gonçalves (2016) explora os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais, apontando como tais a inexistência de vulnerabilidade manifesta, no que diz respeito à capacidade das partes; direitos que admitam a autocomposição (como informa o próprio código), e a licitude do objeto. Em linha parecida, porém um tanto menos analítico, Lopes também busca explorar os limites do negócio jurídico, mas sem a mesma profundidade do primeiro trabalho.

Um trabalho que se destaca sobre as limitações dos negócios processuais é o de Ataíde Júnior (2015), intitulado “Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais”. A inovação deste trabalho se dá pela introdução de uma epistemologia baseada no filósofo inglês Stephen Toulmin, que busca os conceitos de campo-invariável, padrões de referência e campos dependentes para propor um sistema explicativo do fenômeno dos negócios processuais embasado na concretude do mundo. No mesmo *topos* Silva, Carvalho e Silva (2015) exploram a contradição entre verdade e vontade no escopo do processo negocial. Para isso, refuta a proposição de que os negócios jurídicos não deveriam ser utilizados para negociar questões probatórias, uma vez que a verdade seria um dos vários critérios de legitimação da decisão processual.

Ueno (2017) leva, por sua vez, o debate sobre os limites dos negócios processuais para o campo da autonomia privada, defendendo a liberdade de firmar o negócio jurídico processual, porém limitadas pelo que chama de “normas fundamentais do processo” (*Ibidem*, p. 72), bem como as próprias regras de validade do negócio jurídico. Tema que também é debatido por Nery em “O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica: uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil” (NERY, 2016). O texto destaca-se por propor uma abordagem multidisciplinar (propõe a transcendências das disciplinas como primado metodológico, mas não extrapola o campo do direito). Também a sua proposta de negócio jurídico processual como experiência jurídica, trazendo sua análise do negócio jurídico processual para a teoria fenomenológica, único trabalho encontrado que se vale de tal referencial epistemológico. A partir daí, propõe uma nova linha de pensamento sobre o negócio jurídico processual, propondo a revisão da obra de Pontes de Miranda, concluindo por fim por uma conceituação teórica do negócio jurídico processual que difere daquela proposta pelo que anteriormente denominou-se Escola Baiana de Processo Civil².

A vulnerabilidade como elemento limitador dos negócios processuais atípicos, por sua vez, é o problema de investigação de Soares (2016), destacando em seu trabalho a exploração que faz sobre a vulnerabilidade. Assim, especifica que a capacidade para a realização de negócio processual pode ser processual ou material, a depender do tempo em que o negócio é celebrado (antes ou durante o processo). Também, ao diferenciar a vulnerabilidade material da processual, que a ausência da primeira não implica necessariamente na ausência da segunda. Um ponto tratado tanto por Gonçalves quanto por Soares, é a de que a ocorrência da vulnerabilidade não implica

² “Por não adotarmos o conceito de suporte fático para estabelecer a fenomenologia jurídica, não podemos concordar com as definições de negócio jurídico processual que se apropriam de tal conceito, como ocorre com frequência na doutrina brasileira.” (NERY, 2016, p. 112)

necessariamente na anulação do negócio jurídico processual, tendo o magistrado do caso a função de verificar a ocorrência de algum prejuízo às partes. Tartuce (2015) explora o tema da vulnerabilidade para discorrer sobre seus efeitos sobre o procedimento. Assim a autora destaca os poderes do juiz na busca pela autonomia, manifestando esta pela possibilidade de dilatação de prazo, dever de esclarecimento, postura cooperativa, dever de suprir os pressupostos processuais e sanear outros vícios processuais. Todos extraídos do artigo 139 do CPC. Outro ponto chamativo tocado por Tartuce é vulnerabilidade geográfica, reconhecida no artigo 222 do CPC. Sobre a vulnerabilidade ainda encontra-se o *paper* de Silva *et al* (2018)., investigando os limites da negociação processual no âmbito das relações de consumo. Esta última é o estudo mais recente publicado encontrado por esta pesquisa.

Sobre o que tem ocupado os debates acerca dos negócios processuais, ainda se tratando de seus limites, são os próprios direitos que admitem autocomposição. Dois trabalhos se destacam neste debate: Nascimento e Cananéa (2016) e Mendonça Neto e Guimarães (2017) O primeiro trabalho limita-se a compilar e descrever alguns entendimentos doutrinários, tendo como ponto forte apenas a identificação de dois enunciados de uma entidade denominada Fórum Permanente de Processualistas. Refere-se aos enunciados 19 e 21 que delimitam quais seriam os direitos que admitem autocomposição. Por outro lado, Mendonça Neto e Guimarães agregam ao debate sobre os direitos disponíveis à autocomposição a fórmula do *pactum non petendum*. Este se caracteriza como um “contrato por meio do qual as partes acordam pela impossibilidade de exigir-se, judicialmente, um crédito” (MENDONÇA NETO; GUIMARÃES, 2017, p.5). Os autores concluem que tal cláusula é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem demonstrar, no entanto, tal admissibilidade através de alguma evidência jurisprudencial.

Retornando o olhar para o lugar do negócio processual no procedimento civil, Marteli (2017) elabora um panorama geral do negócio jurídico processual nas diferentes fases do processo civil. Gouveia e Gadelha (2016) escrevem “Negócios jurídicos processuais: ‘libertas quae sera tamen’”. Neste *paper* avaliam a conformação histórica do negócio jurídico processual, comparando o código de 1973 e o de 2015, investigam o papel do juiz nos negócios processuais, e enfim enfrentam a questão sobre a decisão que nega eficácia ao negócio jurídico processual:

A decisão que negar validade ou eficácia ao negócio jurídico processual será, a nosso ver, atacável em preliminar ou contrarrazões de apelação contra a sentença, e, havendo situação grave e urgente, que não possa aguardar eventual e futura apelação, o remédio será o emprego do mandado de segurança, no prazo de 15 dias úteis, sem prejuízo da interposição prévia de embargos declaratórios, em cinco dias úteis, sendo que estes interrompem o prazo para interposição do mandamus (GOUVEIA; GADELHA, 2016, p. 171).

Dois enfoques que aí aparecem merecem destaque por ser tema recorrente dos trabalhos mais recentes pesquisados, datados do segundo semestre de 2017 dos primeiros meses de 2018. São os *topoi* do procedimento e do papel do juiz na condução do negócio jurídico processual.

Cunha e Didier Jr. (2015) discorrem sobre a possibilidade de incidência de agravo por instrumento, inclusive atacando a possibilidade da utilização do mandado de segurança, tanto por seu não cabimento³, quanto por sua inutilidade social⁴.

O outro eixo ligado ao procedimento que se destaca na literatura é o papel do juiz na condução do negócio jurídico processual. Carvalho (2017) estuda o lugar do juiz, retomando a questão da produção de provas. Para a autora, a questão deve ser adequada ao equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, a fim de que a democratização processual, pretendida pelo novo processo civil brasileiro seja alcançada. Assim, o autor sugere que o juiz deva assumir um papel de gestor processual “a participação do magistrado nos negócios processuais é, geralmente, de gestor destes acordos, devendo realizar o controle da validade destes atos jurídicos, e, assim, não deverá o juiz julgar a conveniência nem a oportunidade da celebração destes negócios” (CARVALHO, 2017, p. 71). Silva (2017) aprofunda o debate, colocando o juiz como sujeito do que chama de negócio jurídico pluriprocessual.⁵ E por fim, a análise sem dúvidas mais inovadora em relação ao papel do juiz diante do negócio processual é a de Minami (2015). Em seu trabalho “Os doze trabalhos do juiz Hércules”, faz um amálgama entre expressão utilizada por Dworkin ao definir o *ethos* do juiz liberal (DWORKIN, 2010) e o próprio mito de Hércules. Destaca doze inovações do novo processo civil, e interpreta cada uma como um dos doze trabalhos. Ao negócio jurídico processual, reserva o mito de Cérbero – o cão guardião do Hades. Na versão utilizada pelo autor⁶ Hércules consegue realizar a façanha de conduzir Cérbero ao reino de Zeus ao realizar um acordo com o próprio Hades. Neste acordo o herói estava acompanhado de Hermes e Era, e pelos termos do acordo deveria desistir de utilizar-se de armas. A partir desta narrativa o autor destaca:

Um dos grandes desafios dos juízes no Código de Processo Civil de 2015 é compreender e saber conduzir a possibilidade de as partes disporem sobre o procedimento em si. Isso porque, tradicionalmente, apenas excepcionalmente a autonomia da vontade das partes interferia no procedimento. Negócios processuais típicos não são novidade no processo brasileiro. O exemplo disso é a

3 “Assim, por exemplo, se o juiz negar-se a homologar a desistência da ação, será cabível agravo de instrumento, e não mandado de segurança para que se possa ter a extinção do processo sem resolução do mérito. Seria absurda a situação de o autor desistir, o juiz não homologar a desistência e o processo prosseguir, mesmo contra a vontade do autor, sem a possibilidade de impugnação imediata. A própria apelação contra eventual sentença seria bem esquisita” (CUNHA; DIDIER JR., 2015, p. 282).

4 “Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária...É verdade que interpretar o texto normativo com a finalidade de evitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança pode consistir num consequencialismo. Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados e menos problemáticos. Busca-se, assim, uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta. Adotada a interpretação literal, não se admitindo agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, adota-se a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais” (CUNHA; DIDIER JR., 2015, p. 283).

5 “Com base no exposto ao longo destes capítulos, afigura-se clara a necessidade de análise acerca da capacidade do magistrado para atuar como sujeito do negócio jurídico processual plurilateral – o qual é formado pela manifestação de três ou mais pessoas, as quais deverão, necessariamente, ocupar lados distintos na relação processual” (SILVA, 2017, p. 43).

6 O autor utiliza a versão de Thomas Bulfinch apresentada em *The age of fable, or stories of gods and heroes*, publicada originalmente em 1855.

possibilidade de eleição de foro. Mas o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo paradigma ao processo, trazendo uma cláusula geral de negócio jurídico processual, conferindo grande liberdade aos litigantes no que diz respeito ao procedimento (MINAMI, 2015, p. 456).

O trabalho de Minami é o mais interessante encontrado nesta revisão sistemática. Além da própria inovação, ele congrega dois outros pontos de destaque não vistos nos demais textos: a tradição processualista e o recurso à arte como metódica do estudo jurídico. Primeiramente a intersecção entre o direito e a arte – o que revela duplamente a influência da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela qual é mestre em direito. A primeira tradição é conceituada neste estudo como Escola Baiana de Direito Processual. A segunda, a qual ainda não se pode ainda ser chamada de Escola, retoma um namoro antigo entre a Arte e a Faculdade de Direito da UFBA, que desde os anos 1960 tem se revelado através da Revista Ângulos, e de alguns egressos como Glauber Rocha e Raul Seixas (este último bem *en passant*, cujo único indício de sua passagem é um histórico escolar encontrado no Memorial da Faculdade de Direito da UFBA); o namoro com a arte, no entanto, torna-se um casamento nos anos mais recentes, através de contribuições como a de Silva (2012), Pamplona Filho (2016), e Carvalho (2016-2017). Enfim, até mesmo o Programa de Pós-Graduação em Direito conta com um projeto de pesquisa consolidado nesta direção, conduzido pelo Professor Nelson Cerqueira.

4 DIAGNÓSTICO E TENDÊNCIAS PARA A PESQUISA NO CAMPO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Algumas linhas de tendências gerais podem se delimitadas a partir da pesquisa empreendida. A primeira, sobre o gênero do trabalho pesquisado, indica que a maior parte da produção encontrada durante a pesquisa é de trabalhos de obtenção de título, desde trabalhos de graduação (a grande maioria), até algumas monografias de especialização, dissertações de mestrado e mesmo teses de doutorado. Em seguida, encontra-se uma grande quantidade de artigos, todos concentrados entre os anos de 2016 e 2017. Igualmente, destaca-se a quantidade de estudos desenvolvidos a nível de graduação e apresentados em eventos de comunicação acadêmicas, em detrimento de pesquisa sólidas desenvolvidas por pesquisadores experientes e publicadas em veículos de grande impacto.

Dentre as pesquisas realizadas a título de trabalhos de conclusão de curso (a nível de graduação ou pós), as localidades onde o assunto mais parece são no Rio Grande do Sul e na Bahia. Também foram localizados trabalhos em Minas Gerais, Paraná, Sergipe, São Paulo e Paraíba. A análise dos trabalhos realizados em relação às temáticas problematizadas, agrupou-se os artigos em seis dimensões teóricas, a partir das quais identificaram-se tópicos em torno dos quais os problemas são elaborados. O resultado é o seguinte quadro.

Tabela 1 - Problemas de investigação do negócio jurídico processual

Dimensão teórica	<i>Topoi</i>
Conceitual	- Teoria dos fatos jurídicos e negócios processuais; - Tipologia - Verdade e legitimidade
Institucional	- Desenho institucional - Procedimento - Recursos
Poética	- Prática processual - Concepções do processo - Tecnologia e implementação dos negócios - Gestão processual
Subjetiva	- O papel do juiz - Autonomia da vontade - Cooperação entre as partes
fronética	- Microssistemas - Produção de prova - Critérios de validade - Limites - Vulnerabilidade
Multi-inter-trans-disciplinar	- Processo do trabalho - Processo administrativo - Processo criminal - Relações de consumo - Delação premiada - Direito e arte

A partir do quadro geral das tendências identificadas, destacam-se algumas possibilidades de desenvolvimento das pesquisas relativas ao negócio jurídico processual.

As primeiras oportunidades de pesquisa que se desvelam partem das próprias linhas de tendência identificadas. O aprofundamento e a crítica é e sempre será o motor da ciência. Todos os trabalhos encontrados possuem majoritariamente uma dimensão exploratória. Essa característica já era esperada, uma vez que a temática fora recentemente constituída. Por outro lado, a ausência de debates calcados na empiria deixa de ser justificável na entrada do terceiro ano de vigência do Novo CPC. Uma busca pelo termo “negócio jurídico processual” na base de dados ‘Jusbrasil’ restrito ao período de 2017 apenas retorna os seguintes resultados nas bases listadas:

Tabela 2 - Resultados positivos para o termo “negócio jurídico processual no banco de jurisprudência

Foro	Resultados positivos para o termo “negócio jurídico processual”, com a opção “frase exata” assinalada.
STF	11
STJ	81

TST	70
STM	3
TRF's	55
TRE's	1 (Mato Grosso)
TRT	472
TJ's	472
TCU	1

Alguns resultados apontados são intrigantes e podem se revelar fontes documentais preciosas para a pesquisa. Por exemplo, os três casos no Superior Tribunal Militar (STM) e o caso encontrado no Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso destacam-se por sua singularidade e sua inexpectabilidade – de todos os artigos encontrados, nenhum se reportou ainda que hipoteticamente a uma aplicação dos negócios jurídicos processuais na Justiça Eleitoral, tampouco na Justiça Militar. Os 472 casos encontrados nos diversos TRT's do país também chamam a atenção, diante do pressuposto maior rigor do processo trabalhista previsto pela teoria. O trabalho de Klomfhas (2017), por exemplo, explora o negócio processual no âmbito do STF, restringindo-se, contudo, no âmbito das delações premiadas. Acredita-se que há um campo fértil de estudo – e aplicação - para os negócios jurídicos processuais em sede constitucional, especialmente nas ações nas quais se exige modulação de efeitos, nas decisões estruturantes e nas ações em que se pretende declarar o estado de coisas inconstitucional e nas ações repetitivas.

Aqueles negócios processuais na Justiça do Trabalho podem perfeitamente se enquadrar na categoria “isto não deveria estar aí”. É um tesouro esperando para ser desvendado por pesquisadores profissionais. Também o único caso reportado pela base do TCU pode se revelar um intrigante *leading case*. Mas como este não é o recorte deste trabalho, os pesquisadores-leitores destas linhas serão poupados dos *spoilers* e terão por eles mesmos que empreenderem suas respectivas jornadas do herói.

O direito comparado também é uma fonte rica de pesquisa que ainda não foi explorada. Kullokk e Kullokk (2017) foi o único trabalho encontrado no campo delimitado que pretendeu realizar uma análise comparada, tendo como horizonte o direito português. Em verdade, tratou-se de um estudo português sobre o direito brasileiro, no qual se busca o fundamento para o negócio jurídico processual no Código Civil português e brasileiro.

O estudo dos negócios processuais no processo coletivo é outro campo que parece promissor. Nesse tópico, encontrou-se Cardoso e Bellinetti (2017) que tratam os Termos de Ajustamento de Conduta como negócios processuais. O negócio processual no âmbito da atuação dos órgãos de classe (sindicatos, associações), Ministério Público, Defensoria Pública, agências reguladoras, Advocacia da União e Procuradoria da Fazenda, constitui outro *topoi* a ser explorado que parece ter sido ignorado até o momento.

Outra fonte de inspiração para o campo do negócio jurídico processual são os estudos realizados em outros países – a chamada doutrina internacional, composta pelos doutrinadores internacionais. Anginoni (2016), por exemplo, aprofunda o debate conceitual do negócio jurídico

processual colocando-o como uma categoria geral de contrato.

A mais importante ausência no material encontrado, no entanto, diz respeito às pesquisas quantitativas ou mesmo de artigos teorizando sobre metodologia e técnicas de pesquisa adequadas para o estudo do negócio jurídico processual. Antes de uma contingência, esta ausência pode ser sintoma da inquietante teimosia que o campo do direito tem de não se libertar das pedagogias escolásticas⁷ e das representações clássicas de mundo e ingressar desinteressadamente na modernidade. A maioria dos trabalhos pesquisados reproduzem a lógica da *disputatio* medieval, uma prática na qual se pretende alcançar a verdade alcançada citando-se a autoridade mais famosa, mais antiga ou o maior número de referências possíveis – critérios estes que têm sido questionados e abandonados paulatinamente pelo pensamento de matriz ocidental desde Giordano Bruno.

4 CONCLUSÃO

Dentre os artigos de periódicos identificados, destacam-se a produção de programas de pós-graduação. Uma característica de quase a totalidade dos trabalhos encontrados é a falta de empiria ou qualquer forma de interação com o concreto que possibilite a estes trabalhos garantirem algum grau de acertabilidade em suas previsões. São trabalhos que, muito embora apresentados como teses, dissertações, artigos científicos, mais se aproximam ao gênero do ensaio literário do que do texto científico propriamente dito. E a falta de discussão sobre essa questão entre os processualistas evidencia uma provável falta de compreensão ou mesmo de tomada de consciência de questões básicas relacionadas à epistemologia, à teoria e ao método por parte dos pesquisadores que estão produzindo pesquisas pretensamente científicas no campo jurídico – muitos deles financiados com fundos públicos.

Dos trabalhos encontrados, foram propostas seis dimensões teóricas a partir da qual se estrutura o debate. São essas as dimensões: conceitual, institucional, poética, subjetiva, fonética e transdisciplinar.

Algumas ausências no campo pesquisado são sensíveis. A ausência de trabalhos em perspectiva comparada, sobre outros atores processuais que não o juiz e as partes (como o MP, por exemplo), o negócio processual no âmbito das agências reguladoras e a ausência do diálogo com o pensamento estrangeiro, sobretudo com países latino-americanos, pertencentes à comunidade lusófona e mesmo outros países do Sul global, como Índia, África do Sul e outros integrantes dos Brics; podem ser vistos mais como questões conjunturais, que se revelam como oportunidade de desenvolvimento para o campo do que problemas estruturais.

⁷ Enquanto na escolástica o critério de verdade era baseado no argumento de autoridade e o processo de validação de conhecimento era baseado na *disputatio*, no período clássico esse critério desloca-se para o campo da representação. A era clássica, por sua vez, foi responsável por questionar argumento de autoridade e a explicação imagética do mundo e voltar-se para a empiria, abrindo o caminho para a prática de gestão do conhecimento chamada de ciência – esta descartando o argumento de autoridade e implantando a autoridade do argumento, construído com método e validade onde busca explicar o mundo por ele mesmo. Sobre o critério de produção da verdade, conferir BURKE (2016); e sobre a produção do saber na idade clássica, FOUCAULT (1999). Por fim, o próprio Dewey (2007.), no campo liberal, é enfático em destacar a importância do empirismo para a construção do conhecimento, e Von Mises (1960) nega a ciência sem empiria.

Já a ausência de trabalhos empíricos e qualitativos, que se por um lado podem ser atribuídos ao pouco tempo de vigência do Novo Código (apesar de uma pesquisa preliminar ter apontado cerca de 400 casos identificados a partir do uso do termo “negócio jurídico processual” na base de dados dos tribunais regionais do trabalho – o que não deixa de ser uma surpresa interessante), por outro lado pode ser o sintoma de algo estrutural e mais preocupante – o desprezo da academia jurídica pelo método e pela realidade social.

Por fim identifica-se a prevalência de um conjunto de ideias em torno do tema, originais de um grupo de pesquisadores provenientes da Universidade Federal da Bahia e que têm em comum a influência das ideias de Pontes de Miranda e a orientação de Freddie Didier Jr. Tal conjunto influenciou diretamente a consolidação do instituto do negócio jurídico processual, mas não se resume a ele, representando uma nova concepção de processo civil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariane Ferreira de et al. **Negócios jurídicos processuais sob a perspectiva do código de processo civil de 2015**. 2016. 79 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de fora, 2016.

ANGINONI, Enrica. **Negozi giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea**. 2016, 257 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universita' degli Studi di Cagliari, Cagliari, Itália, 2016.

ABREU, RAFAEL SIRANGELO. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, n. 2016, julho, 2016.

ARAÚJO, Fernanda Ribeiro. **Da (in)aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual ao processo do trabalho**. 2016. 21 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 343, p. 25-60, maio, 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%A3o%20no%20dpc.pdf>. Acesso em 15 mai. 2018.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais—existência, validade e eficácia—campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, n. 40, p. 393-423, junho, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 148, p. 293-320, junho, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. 2015. 465f. Tese (Doutorado em

- Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. 2017. 428f. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.
- BOCALON, João Paulo. Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.
- BURKE, Peter. **O que é história do conhecimento**. São Paulo: UNESP, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. Procedural Act-Fact: acceptance and consequences. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, n. 41, p. 75-90, abril, 2016.
- CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI, Luiz Fernando. A possibilidade de adoção dos negócios jurídicos processuais em ações coletivas. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 18-35, jan-jun, 2017.
- CARVALHO, Thiago Mendes. Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil (lei 13.105/15). 2016, 128 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- CARVALHO, Samantha de Araújo. Análise crítica acerca do negócio processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de participação do juiz? **Revista CEJ**, Brasília, v. 21, n. 71, jan.-abr., 2017.
- CARVALHO, Iuri Mattos. **Direito, arte e luta por reconhecimento**. Atividade curricular em comunidade e sociedade. Projeto de extensão universitária. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016-2017.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de processo**, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 25-56, out., 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, n. 2015, p. 275-284, abr., 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord. geral), CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). v. 1.
- DEWEY, John. **Experience and education**. Nova York: Simon and Schuster, 2007.

DIDIER JR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, v. 9, n. 9, p. 226-238, jan-dez, 2001. Disponível em: https://www.academia.edu/43266807/Sobre_dois_importantes_e_esquecidos_princ%C3%ADpios_do_processo_adequa%C3%A7%C3%A3o_e_adaptabilidade_do_procedimento. Acesso em 15 fev. 2022.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2015a.

DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro**, n. 57, p. 167-172, 2015b. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em 15 fev. 2022.

DORNELES, Éllen Vicente. Negócios jurídicos processuais. 2016. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GODINHO, Robson Renault. Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Salvador, v. 22, n. 24, p. 235-244, jan-dez, 2012.

GONÇALVES, Analu Colonnezi. **Negócios jurídicos processuais: uma análise dos limites do poder negocial das partes à luz do CPC de 2015**. 2016. 84 f. Monografia (Especialização em Direito) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “Libertas Quæ Sera Tamen”. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 24, n. 96, p. 153-172, out/dez, 2016.

JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Negócio processual no processo do trabalho: apontamentos gerais. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 55, p. 44-70, out./nov. 2016.

KLOMFAHS, C. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA HOMOLOGAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 23, n. 2, 19 dez. 2017.

KULLOK, Arthur Levy Brandão; KULLOK, Maria Alice Azevedo Santos Brandão. O contrato de transação como negócio jurídico processual: uma análise luso-brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró-RN, v. 1, n. 2, p. 150-170, ago.-dez., 2017.

LOCH, Natan. Colaboração premiada: meio eficaz de obtenção de prova. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça-SC**, v. 8, n. 14, p. 367-

368, jul.-dez, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. As incursões do novo CPC na lei de locações. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 95-203, mai-ago, 2017.

MARTELI, Juliana Visconte. **Negócio jurídico processual**: aplicação prática de acordo com as fases do processo civil. 2017. Monografia (Especialização em Direito dos Contratos do Instituto de Ensino e Pesquisa) - Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), São Paulo, 2017.

MINAMI, Marcos Youji. Os doze trabalhos do juiz héracles. desafios da magistratura brasileira no contexto da lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 437-460, set, 2015.

MENDONCA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposicao e o pactum de non petendo. **Revista de Processo, Sao Paulo**. 2017. p. 419-439.

NASCIMENTO, Vinicius Pereira; CANANÉA, Thiago Nunes Abath. O negócio jurídico processual e os direitos que admitem autocomposição. **Revista Eletrônica Direito FPB**, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 121-131, jan, 2016.

NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. **O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica**: uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em Processo Civil. 2016, 193 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito FG V**, São Paulo, v. 1, n. 1, jan., 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779?show=full>. Acesso em: 6 jan. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011, 243 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Título do artigo**. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Antimanual de Direito & Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 19, n. 149, p. 9-16, ago, 2015.

RESENDE, Vitor Gabriel Dias; RESENDE, Camila de Oliveira. Inovações do novo código de processo civil: sincretismo e negócio jurídico processual. In: **COLÓQUIO ESTADUAL DE PESQUISA MULTIDISCIPLINAR**, 1., 2016, Mineiros. Anais Eletrônico... Mineiros: Unifimes, 2016

SILVA, Antonio Sá. O direito constitucional da literatura: reflexões sobre os argumentos de Cícero

em defesa do poeta Árcuias. *In*: TROGO, Sebastião; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos (org.). **Direito, filosofia e arte**: ensaios de fenomenologia do conflito. São Paulo: Rideel/UNIPAC, 2012. p. 89-109. v. 1.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 383-404.

SILVA, Michael César; CARVALHO, Lucas Magalhães de Oliveira; SILVA, Samuel Vinícius da. Negociação processual e as relações de consumo: uma análise do instituto à luz da vulnerabilidade presumida do consumidor. **RJLB**, Lisboa, v. 4, n. 1, p. 1087-1121, jan.-dez., 2018.

SILVA, Marivalda Amanda Costa da et al. **O juiz como sujeito do negócio jurídico processual plurilateral**. 2017. 123 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A vulnerabilidade na negociação processual atípica**. 2016. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

SOUZA, Alysso Paulo Melo. O modelo cooperativo de processo e seus reflexos no novo código de processo civil. **Olhares Plurais**, Maceió, v. 2, n. 17, p. 75-93, jul.-dez., 2017.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, Salvador, n. 191, mês, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade processual no Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 283-312.

UENO, Aline Munhoz. Os limites da autonomia privada nos negócios jurídicos processuais. **Intertem@s**, Presidente Prudente, v. 33, n. 33, jan.-jun., 2017.

VIANA FILHO, José Ivan Ayres. Transação em matéria tributária: a deficiência do projeto de lei nº 5.082 à luz dos aspectos legislativos, teóricos e práticos. 2017. 126 f. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

VASCONCELOS, Kennedy Barbosa. Processo cooperativo e negócio processual: a autonomia da vontade como revigoração da compreensão de condução do processo. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-ALAGOAS**, Maceio, v. 4, n. 1, p. 71-88, fev., 2017.

VON MISES, Ludwig. **Epistemological problems of economics**. Nova York: Ludwig von Mises Institute, 1960.

WERBERICH, Julia Esteves Lima. **A delação premiada à luz da Lei nº 12.850/13**: limites da voluntariedade da colaboração realizada concomitante e posteriormente às prisões cautelares. 2018, 75f. Monografia (Graduação em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

Como citar: CHIARABA, Homero. Negócios jurídicos processuais na doutrina jurídica brasileira: liberdade negocial na escola baiana de direito processual. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 168-188, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p168. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 07/20/2021

Aprovado em 11/22/2021

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; emperiododireito.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.