REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade & Sociedade

Volume 1 | Nº 2 | 06-2024

ISSN 2965-7695

SENTENÇA DO ZERO

Copyright © 2024 Sentença do Zero

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser fotocopiada, reproduzida ou armazenada num sistema de recuperação ou transmitida sob qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico sem o prévio consentimento do autor.

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.

Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil

Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.
Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio lópez Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.
Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.
Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.
Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.
Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO
Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.
Capa e Diagramação:
Di'Artes

ÍNDICE

FLÁVIO JOSÉ BRONDANI; MARA DARCANCHY; GISELI CRISTINA DO ROSARIO VILELA DA SILVEIRA

1. PRAXEOLOGIA 07

LUIZ FERNANDO OBLADEN PUJOL; JAQUELINE MARIA RYNDACK; EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

2. DISTANCIAMENTO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E TENTATIVAS DE DESESTABILIZAÇÃO INSTITUCIONAL: DEMOCRACIA HUMANISTA COMO RESPOSTA 24

VALMIR CESAR POZZETTI; FLÁVIA JEANE FERRARI; GESSUELYTON MENDES DE LIMA

3. CRIMES CONTRA A FAUNA AQUÁTICA PREVISTOS NA LEI Nº 9.605/98 39

DAIANY FRANCO; ANDRÉA GRANDINI JOSÉ TESSARO

4. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS COMO GARANTIA DE OPERAÇÕES CREDITÍCIAS 58

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES; VALDIR DE OLIVEIRA JUNIOR; ROBSON COSME DE JESUS ALVES

5. RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM 80

MARCELA BORGES DE MACEDO; SANDRO PANZERA BORGES; ANTÔNIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

6. ORIGEM ANCESTRAL DO INSTITUTO JURÍDICO DA ARBITRAGEM 92

BARBARA LUCIA TIRADENTES DE SOUZA; ODAIR DA SILVA RODRIGUES

7. A CONVENÇÃO DE SINGAPURA COMO MARCO PARA A MEDIAÇÃO INTERNACIONAL 106

ANDERSON RODRIGO TAVARES; MANUELA FERNANDA GONÇALVES FERREIRA

8. A COMPATIBILIDADE DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS TRABALHISTAS DA CELERIDADE, SIMPLICIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL 117

JULIANO ALBINO MANICA; CLÁUDIA REGINA VORONIUK

9. A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL BRASILEIRO ... 142

VIVIANE LAZZERES NOVATZKI; EDNA DE CÁSSIA SANTOS; DEMETRIUS NICHELE MACEI

10. SUPERAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS 161

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

GABRIEL INACIO SANTOS; DOUGLAS ANGELO FERRARI; DIEGO ANTONIO RIBAS GOMES; PRISCILA LUCIENE SANTOS DE LIMA

11. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS: UMA ABORDAGEM ABRANGENTE NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA 177

ILTON GARCIA DA COSTA; ANDRÉ LUIZ DE AGUIAR PAULINO LEITE

12. DIREITO À COMUNICAÇÃO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE ACERCA DA FUNDAMENTALIDADE À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS 186

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

PRAXEOLOGIA

PRAXEOLOGY

Flavio José Brondani[1]
Mara Darcanchy[2]
Giseli Cristina do Rosario Vilela da Silveira[3]

Resumo: Procuramos investigar sobre a ação humana como sendo o motor da história. Apresentamos um breve conceito do que se entende como ação humana e, posteriormente, identificadas as principais teorias sobre a ação humana e as transformações sociais advindas. Na visão antiga não existe autonomia. Na visão moderna o racionalismo determina as ações. Na visão marxista a sociedade e as classes determinam os pensamentos e as ações dos indivíduos. Finalmente apresentamos a visão de Mises e da praxeologia, que é o estudo da ação humana, como sendo a manifestação da liberdade humana por excelência, especialmente a liberdade econômica.

Palavras-Chave: Ação humana, praxeologia, transformação, liberdade.

Abstract: We seek to investigate human action as the motor of history. We present a brief concept of what is understood as human action and, subsequently, identified the main theories about human action and the social transformations that follow. In the old view there is no autonomy. In the modern view, rationalism determines actions. In the Marxist view society and classes determine the thoughts and actions of individuals. Finally we present the vision of Mises and praxeology, which is the study of human action, as the manifestation of human freedom par excellence, especially economic freedom.

Keywords: Human action, praxeology, transformation, freedom.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes questões da humanidade é a transformação constante que estamos envolvidos, como vítimas ou como autores. Um movimento, para alguns, direcionado, intencional, planejado. Para outros, incontrolável e imponderável, não intencional. Mas, de maneira geral, todos concordam que o grande motor da mudança e da transformação são as ações humanas. Tanto na economia como na política, a

[1] Graduado em Filosofia UFPR, Em Direito pela PUC/PR, Com MBA em Gestão de Grandes Empresas, pela USP. Professor de Filosofia do Direito, Direito Empresarial, Direito Triburtário nas faculdades Fati/Fajar. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA: flaviobrondani@hotmail.com
[2] Pós-Doutora em Diritto Internazionale pela Università degli Studi di Perugia – Itália e Bi-Pós-Doc em Direito Empresarial e Cidadania – Brasil. Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Especialista em Direito pela USP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Unifacvest/SC; Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Unicuritiba/PR e Pesquisadora Senior CNPq.
[3] Advogada, professora, Mestra e Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Unicuritiba. Diretora Jurídica da ACELPAR.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

ação humana é o e elemento de convergente das atenções. Este movimento que transforma a sociedade é a ação humana.

> "É verdade que as mudanças produzidas pela ação humana são insignificantes quando comparadas com a ação das poderosas forças cósmicas. Do ponto de vista da eternidade e do universo infinito, o homem é um grão infinitesimal. Mas, para o homem, a ação humana e suas vicissitudes são a coisa real. Ação é a essência de sua natureza e de sua existência, seu meio de preservar a vida e de se elevar acima do nível de animais e plantas. Por mais perecível e evanescente que todo esforço humano possa ser, para o homem e para sua ciência é de fundamental importância" (MISES – 2010. pg 43).

Desta maneira, estudar a história humana, em todos os aspectos que a envolvem, inclusive as ideias, é estudar os fatos, resultados diretos ou indiretos da ação humana.

Uma das grandes discussões, sobre a ação humana e suas implicações na sociedade, é saber se ela é intencional, e a correlação das ações com os resultados pretendidos. O problema é saber se os resultados das ações são exatamente aqueles previstos e pretendidos ou se, nos resultados, existe o imponderável. Nós somos levados a acreditar no binômio causa e efeito, como se fosse algo natural e imutável. A ciência, de maneira geral, e os políticos e planejadores de governos, acreditam que determinadas causas gerarão, necessariamente, determinadas consequências, daí o planejamento é essencial aos governos. Aristóteles nos ensinou pensar com as causas e, por conseguinte, com as consequências diretas relacionadas às causas[4]. Toda a produção científica posterior, principalmente na modernidade, é baseada na investigação entre causas e efeitos. A maneira moderna de se fazer ciência, leva em conta os efeitos baseados em determinada causa, que denominamos de hipótese. A partir desta hipótese são verificadas, a validade da mesma, as causas ou consequências previstas, por meio do experimento. A era do cientificismo nos legou este "vício" de pensamento científico foi importado para as ciências sociais e para o

[4] "Para Aristóteles, causa é tudo o que contribui para a realidade de um ser: é tanto a causa material (aquilo de que uma coisa é feita: o mármore de que é feita a estátua), quanto a causa formal (que define o objeto, distinguindo-o dos demais: estátua de homem, não de cavalo), como também a causa final (a ideia da estátua, existente como projeto na mente do escultor, e que o levou a talhar o bloco de mármore para dele fazer uma estátua de homem), como ainda a causa eficiente (o agente, no caso o escultor, aquele que faz o objeto, atualizando potencialidades de determinada matéria). A causa formal está intimamente ligada à final, pois seria sempre em vista de um fim que os seres (naturais ou artefeitos) são criados e se transformam: a finalidade é que determinaria o que os seres são ou vêm a ser. No processo do conhecimento, a causa formal é separada, pelo intelecto, das características acidentais do objeto e passa a existir no sujeito, plenamente atualizada e, portanto, universalizada". (Coleção Pensadores)

direito. O positivismo jurídico é a manifestação deste fenômeno científico de relação direta entre causas e efeitos. A codificação e tipificação de condutas é o exemplo mais barato desta forma de pensamento.

2. AÇÃO HUMANA ANTIGA

Chamar de ação humana antiga é somente uma maneira de classificar, não quer dizer que este tipo de interpretação da ação humana se restrinja aos homens que viveram na idade antiga. Pode ser homem atual com a mentalidade e entendimento do homem antigo. Não é uma questão de cronologia, antes, é uma questão de entendimento. O homem antigo sente-se como parte integrante da natureza. Este homem entende o mundo como sendo uma grande engrenagem e o homem, é parte integrante desta engrenagem. O mundo depende da atitude do homem, entretanto Aristóteles nos adverte que a própria ação humana deve estar subordinada aos ditames da natureza:

> "É evidente que, neste caso, assim como em qualquer outro, o princípio de onde tudo procede é a geração do homem, mas não é o mesmo que aquele de que dependem seu fim e sua perfeição. A razão e o intelecto são a principal e derradeira parte onde se manifesta para nós a obra da natureza. Cumpre, portanto, subordinar-lhes a obra da geração humana e a formação dos costumes". (ARISTÓTELES-POLÍTICA, p 49).

O cosmos, para o homem antigo, é organizado como se fosse um grande complexo de engrenagens e todos os animais, plantas e outros seres, possuem uma função determinada neste "organismo". Nascemos com esta função. E a felicidade consistia em desempenhar a função para qual nascemos:

> "Ora, a natureza de cada coisa é precisamente seu fim. Assim, quando um ser é perfeito, de qualquer espécie que ele seja - homem, cavalo, família -, dizemos que ele está na natureza. Além disso, a coisa que, pela mesma razão, ultrapassa as outras e se aproxima mais do objetivo proposto deve ser considerada a melhor". (ARISTÓTELES – POLÍTICA, p 45).

Este modo de compreender o mundo e de compreender o papel do homem, foi fortemente referendado com o advento do cristianismo. O cristianismo pregava que a passagem do homem pela terra não tem outro propósito senão fazer a vontade de Deus que o criou e a felicidade é a busca pela recompensa eterna. Agostinho de Hipona nos alerta neste sentido:

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

> "Os corpos tendem, por seu peso, para o lugar que lhes é próprio; mas um peso não tende só para baixo; tende para o lugar que lhe é próprio. O fogo sobe, a pedra cai. Cada um é movido por seu peso, e tende para seu justo lugar. O óleo, lançado à água, flutua; a água, lançada ao óleo, afunda. Ambos são impelidos por seu peso a procurarem o lugar que lhes é próprio. As coisas que não estão em seu lugar se agitam; mas quando o encontram, repousam. Meu peso é meu amor; para onde quer que eu vá, é ele quem me leva. Teu dom nos inflama e nos eleva; ardemos e partimos. Subimos os degraus do coração e cantamos o cântico gradual. É o teu fogo, o teu fogo benfazejo que nos consome e nos eleva, enquanto subimos para a paz de Jerusalém celeste. Regozijei-me ao ouvir essas palavras: "Vamos para a casa do Senhor!" – Ali nos há de instalar tua boa vontade, e não desejaremos nada mais do que permanecer ali eternamente". (SANTO AGOSTINHO – CONFISSÕES. P 147).

Notamos, claramente, que para este modo de interpretar a humanidade e a ação humana, a função do homem é descobrir a vontade de Deus e cumprí-la. Se cada coisa possui uma função e um lugar, cabe ao homem encontrar o seu lugar e, imediatamente, cumprir sua função, cumprir o papel que já está determinado, cumprir a vontade de Deus e viver feliz na eternidade.

Antes, no início da Idade Média, a liberdade nada mais era do cumprir a vontade de Deus, agora, já na segunda parte da Idade Média, com os ensinamentos de Tomás de Aquino, a liberdade é dotada de livre arbítrio limitado. Possuíamos o poder de escolher, mas sempre limitado a obedecer ou não a Deus.

> A inclinação natural e a inclinação voluntária, ambas têm a Deus por causa, mas cada uma procede conforme a sua condição. Deus, portanto, move as coisas, de acordo com a natureza de cada uma delas. Tudo isso aqui exposto explica porque os corpos celestes podem ter influência no corpo humano e nas suas operações corpóreas, e, também, nos outros corpos. Não põem, porém, exercer influxo na inteligência humana. Nesta, só pode a criatura inteligente. Mas na vontade humana somente Deus pode exercer alguma influência." (TOMÁS DE AQUINO – COMPÊNDIO TEOLÓGICO. p 79).

Ainda não aparece a vontade do homem ou, em outras palavras, a ação do homem como epicentro dos acontecimentos. Ainda estamos presos aos desígnios divinos.

O homem da antiguidade acredita que este mundo é uma cópia imperfeita do mundo perfeito. Viveremos a perfeição depois da morte. Eternamente. Aqui, justificamos nossas derrotas, nossos problemas e todo o nosso comportamento, como se fossemos atores de um enredo escrito antes de nascermos. Sofremos, ganhamos ou perdemos pela vontade divina ou pelo destino. A igualdade aqui é aquela igualdade

pelo nascimento. Nascemos todos do mesmo pai, somos todos irmãos. A liberdade é fazer a vontade divina ou cumprir aquilo que a natureza e o destino nos reservaram.

Finalmente Aristóteles nos afirma que nascemos uns dotados de uma capacidade e outros não. Uns lideram e outros devem ser liderados, uns possuem dons, capacidades e outros não, por isso, cada um deve ser tratado de maneira diferente:

> "Pertence também ao desígnio da natureza que comande quem pode, por sua inteligência, tudo prover e, pelo contrário, que obedeça quem não possa contribuir para a prosperidade comum a não ser pelo trabalho de seu corpo." (ARISTÓTELES – POLÍTICA p. 9)

O direito, para este tipo de homem, é destinado a justificar as condições naturais de cada um. Por exemplo, tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade e os iguais de forma igual na medida de sua igualdade, é a máxima propalada pelos juristas, defensores deste pensamento. Isto porque, nascemos desiguais, uns com alguns dons e outros desprovidos de qualquer dom, uns nascem "abençoados" e outros não.

3. AÇÃO HUMANA INTENCIONAL

O Homem da modernidade é o homem da razão, do racionalismo. Um homem em busca da verdade no mundo, na vida, no cotidiano e não no além. Esta visão é encontrada nos ensinamentos de Descartes que, na busca da verdade, coloca a razão como sendo o centro e o motor desta busca e desta constatação.

> "Não quis de maneira alguma começar rejeitando inteiramente qualquer uma das opiniões que por acaso haviam se insinuado outrora em minha confiança, sem que aí fossem introduzidas pela razão, antes de gastar bastante tempo em elaborar o projeto da obra que iria empreender, e em procurar o verdadeiro método para o conhecimento de todas as coisas de que meu espírito fosse capaz". (DESCARTES, Discurso do Método. p 10).

Note-se um direcionamento do conhecimento e do sentido das coisas para a mente humana, para a razão. Com a inauguração deste tipo de interpretação do mundo e dos acontecimentos, alterou-se o lugar do "senhor da história". Antes era a natureza (cosmos), depois era Deus, para, agora, ser o homem, a ação humana por meio de sua racionalidade.

Encontramos uma espécie de crítica, àquele modo antigo de ver o mundo, de encarar os problemas e de culpar o além, de culpar a Deus e o destino. No Canto 16, do Purgatório, descrito por Dante Alighieri, na Divina Comédia, o anjo em resposta a questão, se o mundo está sendo regido pelo bem ou pelo mal, afirma que:

> "Vós que viveis culpais o céu de tudo, como se ele de tudo fosse a causa única. Se assim fosse, porém, estaria em vós destruído o livre-arbítrio, e não seria justo que recebesse o bem com alegria e o mal com pesar". (DANTE ALIGHIERI)[5]

Aquela máxima da ação antiga, de que o homem é uma espécie de marionete, ou de brinquedo nas mãos dos deuses e na mão do destino, está sendo abalada, contestada. Agora, a razão e o poder de decisão de cada um começa aparecendo no cenário intelectual.

O mesmo sentido de senhor da história aparece nas obras de Hobbes, que ao referir-se ao direito nos afirma que é "a faculdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para preservar sua vida". (HOBBES – Espírito das Leis. p 47). Aqui, a vida em sentido amplo, depende única e exclusivamente do seu dono, o homem. A força do homem está na sua liberdade de escolha e na liberdade de sua razão e "na ausência de impedimentos externos". Note-se que ele se refere a impedimentos externos e não a conceitos internos, como região ou natureza humana. Os critérios, agora, são estabelecidos pelo que o "seu julgamento e sua razão lhe ditarem" p. 47.

Esta noção de homem dono de seu destino e dono de sua história é mais aprofundada com os iluministas. Locke inicia seu livro afirmando que "o conhecimento não é inato" (LOCKE. p 18). Cabendo a cada homem seu aprimoramento e sua transformação. Os conceitos e as ações não são ditados por forças da natureza ou pelos astros. Para os iluministas é a razão que nos faz dizer o que somos ou o que desejamos: "É a razão que engendra o amor próprio, e é a reflexão que o fortifica; é ela que faz o homem cair em si; é ela que o separa de tudo que o incomoda e o aflige". (ROUSSEAU – Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens. p. 25). Ao denominado racionalismo, surgiu uma corrente opositora denominada empirismo. Estabelecendo que o conhecimento e, por conseguinte, a ação humana somente

[5] DANTE ALIGHIERI, **Divina Comédia**. Tradução de Cordélia Dias d'Aguiar – Rio de Janeiro: Ediouro. 1988. p 185.

poderiam dar-se por meio da experiência. David Hume foi o principal representante desta corrente. Ele afirmava que, embora tenhamos a razão como instrumento do conhecimento, ela está limitada pela experiência:

> Entretanto, embora nosso pensamento pareça possuir esta liberdade ilimitada, verificaremos, através de um exame mais minucioso, que ele está realmente confinado dentro de limites muito reduzidos e que todo poder criador do espírito não ultrapassa a faculdade de combinar, de transpor, aumentar ou de diminuir os materiais que nos foram fornecidos pelos sentidos e pela experiência. (HUME – Entendimento sobre o espírito humano. p 11)

A experiência não era somente a condição de limite para o conhecimento como também o elemento que determinava o conhecimento e a ação humana. Afirmou que nenhum conhecimento se dá a priori, antes da experiência.

> Nenhum objeto jamais revela, pelas qualidades que aparecem aos sentidos, tanto as causas que o produziram como os efeitos que surgirão dele; nem pode nossa razão, sem o auxílio da experiência, jamais tirar uma inferência acerca da existência real e de um fato". (HUME. p 22)

Mesmo que o conhecimento racional dependa da experiência, como de fato depende, não invalida ou exclui a tese central do debate trazido neste trabalho, que é justificar o homem como centro do conhecimento e como motor único da sua própria história. O elemento experiência trazido ao debate, coloca mais, ainda, o homem no centro dos acontecimentos visto que, os sentidos a serem utilizados, são inerentes ao ser humano.

Outra contribuição neste humano-centrismo foi de Kant. Ele investigou e defendeu as condições de como se pode dar o conhecimento e colocou o homem sempre como sujeito. Defendeu que o homem liberto das amarradas externas era o homem da "maioridade", ao contrário, o homem que ainda estivesse se submetendo a qualquer "amarra" se constituía como "homem da menoridade" (Kant-1989).

Agora, o homem é dotado de um elemento importantíssimo para sua passagem da menoridade para a maioridade, é dotado de vontade. A vontade, como elemento principal da ação humana é a que faz tomar as decisões e tornar-se protagonista de sua própria história. Ele nos alerta que é uma tarefa difícil: "É, portanto, difícil para todo homem tomado individualmente livrar-se dessa minoridade que se tornou uma espécie de segunda natureza". (KANT-1989). Isto porque, livrar-se da minoridade é tomar a sua própria história nas mãos, é tomar decisões e assumir as consequências

destas decisões. Agora o homem é aquele que movimenta a história, controla o tempo, faz experiências e busca o conhecimento. A verdade é o resultado daquilo que pode ser medido, experimentado.

A grande diferença para a ação humana e para as atitudes perante a vida, entre o homem da antiguidade e o homem da modernidade, é que, agora, o homem é entendido como um ser que não nasceu pronto, acabado. Agora o homem é construído a cada dia. Isto fez com que fosse dado novo significado ao trabalho, por exemplo. Antes o trabalho era visto como uma espécie de castigo. Se, na antiguidade, quem nascia sem dons ou sem qualidades, deveria trabalhar e servir aos outros, agora, na modernidade, todos nascemos iguais e dotados das mesmas capacidades, com as mesmas potencialidades, a nossa história depende de nós mesmos. Se antes o homem estava pronto, nascia determinado e com seu destino traçado, agora ele nasce como um ser a ser construído. A mesma medida é para o meio, para a sociedade que pode e deve ser transformada a cada dia para "melhor". Criar um mundo melhor e perfeito aqui na terra. Este homem acredita que pelas suas atitudes e pelo seu comportamento e palavras, poderá levar outras pessoas a aderirem ao seu projeto. O projeto da melhoria constante. O desejo, a vontade, a ação, a liberdade de escolha é o que verdadeiramente conta. A decisão do homem em agir é o que caracteriza o homem moderno. O que iguala os homens é o poder de decidir, é a liberdade. Cada classe possui direitos e deveres: direito do empregador, direito do trabalhador, direito da empresa. Cada poder possui a sua delimitação: poder legislativo, executivo e judiciário. O Estado, quem diz as leis e quem diz o que ou o que não é permitido deve ser preservado. Um dos instrumentos desta visão é a democracia, o Estado que deve, em última análise, "manter a propriedade individual" (Locke-1987) e os direitos estratificados. O direito saiu da realidade social, passou a constituir um ideal positivista, uma dogmática, copiando o modelo das ciências, que se especializaram, cada uma em sua atividade. O mundo se transformou. O homem transformou o mundo pela ciência e pela razão. "A ciência sempre é, tem de ser, racional". (MISES-2010. p 45).

Com isto, surgiram inúmeros "movimentos" sociais, na tentativa de construir o paraíso na terra.

4. AÇÃO HUMANA E CAPITALISMO

Como ação capitalista não podemos restringir como acúmulo de capital ou simplesmente como “um modo de produção onde os existe a propriedade privada dos meios de produção, trabalho assalariado e o livre comércio” (BOBBIO – 1983. p 141). Mas devemos ter em mente que o que se entende por atividade humana capitalista é, como nos ensina Boltanski, no sentido de “a transformação permanente do capital, de equipamentos e aquisições diversas (matérias-primas, componentes, serviços...) em produção, de produção em moeda e de moeda em novos investimentos” (BOLTANSKI – 2009. p 29).

A ação humana capitalista é filha da visão científica da natureza e das ações humanas. O próprio Mises identifica esta ligação estreita entre o espírito científico e os fundamentos do capitalismo moderno.

> “A economia política inglesa e a fisiocracia francesa indicaram o caminho do capitalismo moderno. Foram elas que tornaram possível o progresso decorrente da aplicação das ciências naturais, proporcionando às massas benefícios nunca sequer imaginados”. (MISES – 2010. p 29).

A ação humana capitalista é aquela baseada na liberdade do indivíduo e no poder de dispor livremente de seus bens e de sua criatividade. Somente no capitalismo é que existe liberdade e democracia.

> “Se na acepção dessas pessoas "capitalismo" significa um sistema de concorrência baseado no direito de dispor livremente da propriedade privada, é muito mais importante compreender que só no âmbito de tal sistema a democracia se torna possível”. (HAYEK-1990. p 92)

Esta possibilidade de dispor livremente dos bens e dispor livremente do capital que possuímos, inclusive das potencialidades oriundas da ação humana, sem regulamentação totalitária faz nascer o que chamamos de mercado.

> “Em primeiro lugar, é necessário que os agentes, no mercado, tenham liberdade para vender e comprar a qualquer preço que encontre um interessado na transação, e que todos sejam livres para produzir, vender e comprar qualquer coisa que possa ser produzida ou vendida”. (HAYEK-1990. P 63).

Deste modo o acesso de todos ao mercado, seja pelo trabalho, seja pelo empreendedorismo, como consumidores ou fornecedores, é elemento essencial deste

regime de liberdade e de democracia. Uma espécie de autorregulamentação por todos. Onde as ações, por elas mesmas, criam mecanismos de controle e de limites, é o denominado “mercado”.

Os críticos da ação humana capitalista se enfileiram em afirmar que o mercado e o desejo, insaciável, de consumo são espécies de ditadura e de totalitarismo sobre o indivíduo. Neste mercado o sujeito é absorvido e perde sua individualidade. Se faz necessário a regulamentação e o planejamento. Surgiram teorias que defendiam que a ação humana deveria ser limitada pelos governos e pelos agentes públicos, denominadas de intervencionismo. Podem se dar de diversas maneiras, como por exemplo:

> “Cobrar impostos para pagar estas despesas é inteiramente compatível com a liberdade que um indivíduo desfruta numa economia de livre merca- do. Tal afirmativa, evidentemente, não significa justificar os métodos de taxação discriminatória e confiscatória utilizados hoje em dia pelos governos que se dizem progressistas. É necessário enfatizar este fato porque, nessa nova era de intervencionismo e de firme “progresso” na direção do totalitarismo, o governo emprega o poder de tributar para destruir a economia de mercado”. (MISES – 2010. p 342).

O intervencionismo nas ações humanas da economia, se mostra, para Mises, como sendo maléfica e destruidora da economia de mercado, ou seja, de ações humanas sem regulamentação.

5. TRABALHO COMO AÇÃO HUMANA

Na visão marxista, a ação humana sofre uma espécie de redução. De maneira geral a ação humana é denominada de trabalho. E tudo o mais passa a ser discutido, escrito e politizado, a partir deste reducionismo. Como sendo o trabalho o único fator preponderante na ordem do discurso. Quanto mais trabalho, maior a remuneração. As ações humanas que não representam trabalho físico e não representam as necessidades de sobrevivência primária, as ações intelectuais, por exemplo, são denominadas como superestrutura.

Os marxistas dizem que o trabalho é o que diferencia os seres humanos. E a ação humana é, essencialmente, o trabalho. A transformação vem pelo trabalho. Pelo trabalho os homens vão criar e manter classes sociais. Pelo trabalho os homens terão remuneração, venderão sua força trabalho e, a falta de remuneração adequada, gera

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

o lucro, a mais valia. A propriedade privada é a manifestação desta ignomínia e desta sociedade injusta. Esta organização é mantida pelo Estado e legitimada pelo direito.

Para os marxistas, a ação humana não é livre, assim como, a razão humana também não possui liberdade ampla. Elas são limitadas pelo meio e pela classe social de cada indivíduo.

> "O marxismo afirma que a forma de pensar de uma pessoa é determinada pela classe a que pertence. Toda classe social tem sua lógica própria. O produto do pensamento não pode ser nada além de um "disfarce ideológico" dos interesses egoístas da classe de quem elabora o pensamento". (MISES-2010. p 25).

Outro fator que determina a ação humana, segundo os marxistas, é o determinismo histórico. Dizem que as transformações não são frutos da vontade racional, livre e autônoma do ser humano. O ser humano está limitado pela classe onde vive o "marxismo afirma que a forma de pensar de uma pessoa é determinada pela classe a que pertence. Toda classe social tem sua lógica própria" (Mises-2010). De forma que um trabalhador está limitado a analisar o mundo e a coordenar suas ações a partir da classe trabalhadora e com a visão do trabalhador. Já o burguês, por conseguinte, é determinado por sua classe social. Assim, um burguês e um trabalhador, nunca poderão, de maneira profunda, entender ou conhecer o mundo, a não ser a partir de sua classe social e nunca se colocando no lugar do outro.

Como se não bastasse o império da classe social, o homem ainda está sob o império das forças históricas determinantes. O momento histórico e suas forças naturais, determinam o comportamento e as ações do homem.

> "A inexorável evolução histórica obriga o homem – independentemente de sua vontade – a pensar e agir de acordo com os padrões correspondentes à sua época. Os homens se iludem ao acreditar que são livres para escolher entre várias ideias ou entre o que pensam ser certo e errado". (MISES-2010. p 111).

Desta maneira a razão livre do indivíduo não possui muita importância, no grau de determinismo existente "a vontade e a razão humanas desempenham apenas um papel secundário nessas mudanças." E em outra afirmação, ainda mais voraz, Mises nos diz, que para os marxistas "os homens em si não pensam; é o determinismo histórico que se manifesta através de seus pensamentos.". (MISES-2010. p 111).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Esta visão determinista é a porta de entrada para o intervencionismo externo na vida e nas ações do indivíduo. Aos marxistas é lícito o Estado determinar, por meio da interferência, a vida de toda a sociedade. Acreditam que podem alterar o rumo da história, por meio das interferências planificadas. O indivíduo passará a reproduzir estas interferências como se fizessem parte da vida de cada um. Tudo com o fundamento de que a ação individual não é livre, mas alienada. Ao contrário do capitalismo que, para existir, fundamenta-se na liberdade individual de escolha e de consumo.

6. AÇÃO HUMANA E EVOLUCIONISMO SOCIAL

Com o advento dos métodos experimentais, ditos métodos científicos, aplicados nas ciências naturais, especialmente na física, química e biologia, houve uma expansão desta pretensão para o campo das ciências humanas. A sociologia e o direito ficaram a mercê de uma "cientificidade", mesmo que artificial. Os intelectuais se esforçaram, e ainda se esforçam, na busca dos mecanismos científicos que regem a sociedade. Uns se apresentam com estatísticas, outros partem de padrões de comportamento. Todos tentando reduzir a ação humana, a vida humana, em regras de experiência científica e em regras que representam o comportamento humano. Daí, conhecendo estas regras e estes padrões podem, facilmente, determinar as ações futuras. No direito conhecemos como "subsunção", tipificação etc.

A visão cientificista da ação humana fez nascer o que denominamos de "evolucionismo cultural" (CASTRO-2005). Este tipo de pensamento foi influenciado pelas descobertas da biologia e em especial pelas teorias de Darwin:

> "Darwin argumentou que as espécies existentes haviam se desenvolvido lentamente a partir de formas de vida anteriores, e apontou como mecanismo principal desse processo a teoria da "seleção natural" através de variações acidentais. Em meados dos anos 1870, talvez a maior parte das pessoas cultas na Europa e na América do Norte já tivesse aceito as ideias de Darwin. Muitas vezes, no entanto, a compreensão de sua teoria era vaga e superficial. Um dos fatores fundamentais para a aceitação da ideia de evolução era sua associação com a ideia de progresso, cuja imagem mais comum é a de uma "escada" cujos degraus estão dispostos numa hierarquia linear. Geralmente, o evolucionismo era percebido como a expressão científica desse princípio mais antigo e geral". (CASTRO – 2005)

Transportar as teses da biologia e das ciências exatas para a ciência social e para a análise do comportamento humano foi, de certa maneira, relativamente, fácil. Era moda a denominação de cientistas. Aos estudiosos do Direito e do comportamento

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

humano, denominaram-se “ciências” sociais ou “ciências” humanas, mas sempre com denominação de “ciências”, para dar um ar de cientificidade. A expressão deste cientificismo social do direito e da ação humana está manifestada no positivismo.

O positivismo é a tentativa de aplicação dos padrões científicos ao direito e às ciências sociais. Mises nos alerta para esta tentativa de cientificismos: “behaviorismo e o positivismo querem aplicar à realidade da ação humana os métodos empíricos das ciências naturais”. (MISES-2010. p 51).

Paradoxalmente, o positivismo caiu na mesma armadilha que criticava. Ou seja, caiu na armadilha da metafísica. Antes os postulados “científicos” eram postulados metafísicos, justificados pelo além do homem. O positivismo foi a tentativa de banimento deste vício metafísico e, paradoxalmente, caiu no mesmo vício, na mesma vala comum da metafísica. Mises nos exemplifica sobre isso:

> “No estado atual de nosso conhecimento, os postulados fundamentais do positivismo, do monismo e do panfisicalismo são meros postulados metafísicos, desprovidos de qualquer base científica, sem sentido e sem utilidade na pesquisa científica”. (MISES-2010. p 42)

A armadilha da metafísica foi acionada pois os “cientistas” sociais, caíram no erro de dicotomizar a ação humana, separando em dois mundos, o mundo da experiência e dos fenômenos físicos, fenômenos químicos e o mundo interior, do pensamento e da razão. “A razão e a experiência nos mostram dois mundos diferentes: o mundo exterior dos fenômenos físicos, químicos e fisiológicos e o mundo interior do pensamento, do sentimento, do julgamento de valor e da ação propositada”. (MISES-2010. p 42).

O grande problema do positivismo ao dicotomizar a ação humana é estar aprisionado no intencionalismo. Para prever o resultado da ação, devemos partir do pressuposto de que todas as ações com idêntico propósito terão o mesmo resultado, o que não é verdadeiro. O próprio Mises nos adverte sobre este erro: “Idênticos eventos exteriores resultam, às vezes, em respostas humanas diferentes, enquanto que ventos exteriores diferentes, às vezes, a mesma resposta humana. Não sabemos por quê”. (Mises-2010. p 43)

Mises critica esta visão totalitária e reducionista da ação humana dizendo que o marxismo, que reduz a ação humana, aniquila a livre iniciativa e o empreendedorismo. Cria, artificialmente, um clima de abastecimento e de distribuição

de produtos que, mais cedo ou mais tarde, será aniquilado, destruído e se mostrará ineficiente por lhe falta a liberdade de escolha e de consumo. MISES – 2010. p 57).

7. AÇÃO HUMANA NA PRAXEOLOGIA

A praxeologia é o estudo da ação humana. O próprio Mises nos define que a praxeologia é.

> "Praxeologia: do grego praxis – ação, hábito, prática – e logia – doutrina, teoria, ciência. É a ciência ou teoria geral da ação humana. mises definiu ação como "manifestação da vontade humana": ação como sendo um "comportamento propositado". A praxeologia a partir deste conceito apriorístico da categoria ação analisa as implicações plenas de todas as ações. A praxeologia busca conhecimento que seja válido sempre que as condições correspondam exatamente àquelas consideradas na hipótese teórica. Sua afirmação e sua proposição não decorrem da experiência: antecedem qualquer compreensão dos fatos históricos". (MISES – 2010. p 23)

O que transforma a sociedade são as atitudes humanas. É a ação humana que promove a transformação. É a intervenção humana na natureza que faz com que a sociedade se altere. Hoje, esta afirmação, já é parte do senso comum. A grande maioria compartilha desta afirmação. Sem atitudes tudo fica como está. Para mudar, transformar, alterar, precisamos da ação humana. O imponderável, o imprevisto ou a mão invisível, podem gerar resultados diferentes em situações idênticas. "Idênticos eventos exteriores resultam, às vezes, em respostas humanas diferentes, enquanto eventos exteriores diferentes produzem, às vezes, a mesma resposta humana". (MISES – 2010. p 42).

Devemos conviver com um regime onde quem regula as ações humanas de produção, elaboração, distribuição e consumo, sejam os indivíduos por meio de suas ações individuais que na totalidade denominamos mercado. O Estado, em última análise, deve se limitar a regular este mercado e não interferir ou intervir na vida privada.

> "Qualquer tentativa de controlar os preços ou as quantidades desta ou daquela mercadoria impede que a concorrência promova uma efetiva coordenação dos esforços individuais, porque as alterações de preço deixarão assim de registrar todas as alterações importantes das condições de mercado e não mais fornecerão ao indivíduo a informação confiável pela qual possa orientar suas ações". (HAYEK-1990. P 63).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Neste ambiente de liberdade de ação, de liberdade de empreender e de consumir, o governo deve se restringir a atividades essenciais como proteger o mercado (soma de todas as ações humanas na economia) contra os ataques externos é fato que atrapalha os cidadãos. Ao homem é dada a liberdade de escolha e de ação: "A cooperação social num sistema de propriedade privada dos meios de produção significa que, no âmbito do mercado, o indivíduo não é obrigado a obedecer e a servir nenhum soberano". (MISES – 2010. p 342). O povo é seu soberano, é o resultado das múltiplas atitudes e decisões humanas, é o mercado.

8. CONCLUSÃO

A ação humana é que move o mundo. Mesmo a inércia, a não ação, corresponde a uma atitude que gera efeitos. O homem de pensamento antigo defende que a ação humana é determinada, não possuímos qualquer poder sobre o presente ou sobre o futuro, de nada adiantam nossas escolhas, visto que nosso destino está escrito e determinado. Por outro lado, os defensores do racionalismo intencional, defendem que o homem é o senhor da história e cabe a ele, por meio da razão e da inteligência a transformação social. Dizem que, por meio de atitudes certas, serão gerados os efeitos corretos e, por conseguinte, o mundo e a sociedade que desejamos e sonhamos. Exageram e chegam a imbricar os modelos das ciências experimentais, na formulação das "ciências" sociais aplicadas, que é o caso do direito. Tentam emprestar o método científico e a relação de causa e efeito, próprio das ciências aplicadas, nas "ciências" sociais e humanas. Finalmente, Mises nos alerta que, muitos atos não geram, necessariamente efeitos esperados, de forma que não podemos descartar o imponderável e a mão invisível da sociedade. Da mesma sorte, procura fugir da tentativa do marxismo em reduzir a ação humana somente ao trabalho.

A sociedade está em constante transformação, mas grande parte daqueles que escrevem sobre a ação humana pelo direito, ou escrevem sobre o direito, não se deram conta desta mudança. Ainda estão presos aos sonhos da racionalidade e da intencionalidade, da relação direta entre causa e efeito. Esta mudança não se caracteriza como uma evolução ou como um regresso, é um simples movimento, um deslocamento. Mises apresenta uma alternativa de ação que denomina de praxeologia, que tenta englobar todas as atitudes humanas sem determinação de planejadores ou de terceiros interferindo nas decisões do homem. A soma destas

ações resulta no que denomina de “mercado”. Paradoxalmente, limitar a ação humana ao mercado, pode caracterizar um reducionismo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **A política –** Livro em PDF, domínio público. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** UNB – Editora. Brasília, 1983.

BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Éve. **O novo Espírito do Capitalismo.** Martins Fontes. São Paulo, 2009.

CASTRO, Celso. **Evolucionismo Cultural.** Zahar. Rio de Janeiro, 2005.

DESCARTES, Reneé. **O Discurso do Método.** Livro Eletrônico. Tradução: Enrico Corvisieri. Disponível em <http://br.egroups.com/group/acropolis/>

HAYEK, Friedrich August von.**O caminho da servidão** / Friedrich August von Hayek; tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. — 5. ed. — Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HUME, David – **Investigação acerca do entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. Disponível em <http//br.egroups.com/group/acropolis>.

KANT, Immanuel. **O que é o esclarecimento**. Livro eletrônico. Traduzido por Luiz Paulo Ruanet.

LOCKE, Jhon. **Ensaio sobre entendimento humano**. Pensadores. Câmara Brasielira do Livro, São Paulo. 1987.

MISES, Ludwig Von, **A Ação humana – Um tratado de Economia.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

PESSANHA, José Américo Motta, **ARISTÓTELES, Pensadores.** Câmara Brasileira do Livro, São Paulo. 1987.

ROUSSEAU – **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**

SANTO AGOSTINHO, **Confissões –** Livro digital de domínio público. Digitação: Lucia Maria Csernik. Rio de Janeiro – 2007.

DISTANCIAMENTO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E TENTATIVAS DE DESESTABILIZAÇÃO INSTITUCIONAL: DEMOCRACIA HUMANISTA COMO RESPOSTA

DISTANCE FROM SOCIAL PARTICIPATION AND ATTEMPTS AT INSTITUTIONAL DESTABILIZATION: HUMANIST DEMOCRACY AS A RESPONSE

Luiz Fernando Obladen Pujol[1]

Jaqueline Maria Ryndack[2]

Emerson Ademir Borges de Oliveira[3]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar as tentativas de desestabilização institucional durante a eleição presidencial de 2022, bem como investigar os sinais de dissonância institucional que remontam aos anos 2000. Além disso, serão abordadas questões contemporâneas, como a disseminação de fake news e as restrições injustificadas ao acesso à informação, como desafios a serem enfrentados para promover uma maior proximidade entre a população e as instituições. Em uma segunda etapa, pretende-se examinar a postura do Estado brasileiro em relação à população, especialmente considerando os grupos economicamente vulneráveis, e o crescente distanciamento entre a sociedade civil organizada e o Estado. Isso inclui a análise do uso frequente das forças de segurança contra manifestações e a implementação de políticas que resultem na extinção de espaços de deliberação de políticas públicas. Por fim, busca-se demonstrar como a adoção de uma cultura de respeito e proteção aos direitos humanos em todas as esferas institucionais, juntamente com o fomento de mecanismos de participação social, pode fortalecer as instituições diante das tentativas de desestabilização. O método empregado nesta pesquisa é predominantemente dedutivo, baseado em revisão bibliográfica, análise de dados, textos doutrinários e legislação vigente.

Palavras-Chave: Democracia; Direitos Humanos; Eleições; *Fake News*.

Abstract: The present study aims to analyze attempts at institutional destabilization during the 2022 presidential election, as well as investigate signs of institutional dissonance dating back to the early 2000s. Additionally, contemporary issues such as the dissemination of fake news and unjustified restrictions on access to information will

[1] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Direito Eleitoral (UNINTER). Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e em Processo Civil Contemporâneo pela Academia Brasileiro de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Advogado e pesquisador. E-mail: luizfernandoobladen@gmail.com

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR) com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Ministério Público: Estado Democrático de Direito, com ênfase na área de Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Advogada, pesquisadora e parecerista. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com

[3] Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

be addressed as challenges to be faced in promoting closer ties between the population and institutions. In a second stage, the intention is to examine the posture of the Brazilian state towards the population, especially considering economically vulnerable groups, and the growing distance between organized civil society and the state. This includes analyzing the frequent use of security forces against protests and the implementation of policies leading to the extinction of spaces for public policy deliberation. Finally, the aim is to demonstrate how the adoption of a culture of respect and protection for human rights at all institutional levels, together with the promotion of mechanisms for social participation, can strengthen institutions against attempts at destabilization. The method employed in this research is predominantly deductive, based on literature review, data analysis, doctrinal texts, and current legislation.

Keywords: Democracy; Human Rights; Elections; Fake News.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar as tentativas de desestabilização institucional ocorridas durante a eleição presidencial de 2022, entendendo a estabilidade institucional como a manutenção da democracia e da separação de poderes. Além disso, busca-se investigar a relação desse fenômeno com sinais de dissonância institucional que já estavam presentes desde o início dos anos 2000.

Em um segundo momento, pretende-se examinar a postura do Estado brasileiro em relação à população, especialmente considerando o diálogo além dos períodos eleitorais, e o crescente distanciamento social entre a sociedade civil e o Estado, principalmente entre os grupos economicamente mais vulneráveis.

Por fim, busca-se demonstrar como a adoção de uma cultura de respeito e proteção aos direitos humanos em todos os níveis institucionais, buscando medidas para fortalecer os direitos fundamentais e garantias dos cidadãos brasileiros, juntamente com o estímulo a mecanismos de participação social, pode tornar as instituições mais resilientes diante de tentativas de desestabilização.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, análise de dados, textos doutrinários e legislação vigente.

2. A TENTATIVA DE DESINFORMAR A POPULAÇÃO BRASILEIRA OU OCULTAR-LHE INFORMAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Antes de entrar diretamente nos eventos ocorridos durante e após as eleições presidenciais de 2022, é importante considerar o contexto vivenciado no país antes do período de campanha. Durante esse tempo, houve movimentos peculiares dentro

das forças armadas do país e ataques intensos à Justiça Eleitoral, juntamente com questionamentos injustificados ao sistema de votação eletrônica.

Muito antes das eleições presidenciais de 2022, houve movimentos buscando desestabilizar institucionalmente o Brasil, especialmente em relação à condução das eleições. Entre esses, destaca-se a disseminação de notícias falsas, que envolve a disseminação repetida e sistemática de informações falsas ou distorcidas na internet, com o objetivo de atacar instituições e seus membros.

Embora sejam necessários mais estudos para entender o impacto real das notícias falsas nos resultados eleitorais, incluindo seu impacto nos candidatos, vários países estão preocupados com outro fenômeno relacionado à disseminação da desinformação: o uso de notícias falsas para desacreditar as próprias eleições, minar a democracia ou mascarar a realidade vivenciada pela população.

Portanto, é um problema que vai além da esfera eleitoral. Como exemplo, discutiremos o problema das notícias falsas durante a pandemia de coronavírus, que dificultaram medidas de política pública de saúde.

Em relação ao uso desses mecanismos de comunicação antiéticos, a disseminação de notícias falsas já havia sido identificada em campanhas eleitorais brasileiras há alguns anos e estudada por especialistas eleitorais. Em 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) realizou o "I Seminário Internacional sobre Notícias Falsas: Experiências e Desafios", em parceria com a União Europeia[4]. Além disso, em 2022, o TSE enviou uma delegação à Europa para promover o intercâmbio de experiências no combate à desinformação[5].

Durante as eleições de 2018, houve intensa propagação de notícias falsas atacando as urnas eletrônicas no Brasil. Como resultado desses ataques, o Deputado Estadual Fernando Destito Francischini, do Paraná, foi cassado. Ele foi acusado de uso indevido de mídia durante o período eleitoral[6], além de abuso de poder político e autoridade por disseminar informações falsas ao público, acusando as urnas

[4] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Seminário Internacional Brasil - União Europeia - FAKE NEWS**: Experiências e Desafios.21 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7Kae2Mubouw>. Acesso em: 08 abr. 2024.
[5] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Missão brasileira discute estratégias de combate à desinformação com a União Europeia**. 07 de Julho de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/missao-brasileira-discute-estrategias-de-combate-a-desinformacao-com-a-uniao-europeia>. Acesso em: 08 abr. 2024.
[6] BRASIL. **Lei Nº 9.504, de 30 de set. 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 08 abr. 2024.

eletrônicas de estarem fraudadas e não aceitarem votos para o candidato Jair Bolsonaro[7].

É importante notar que Bolsonaro foi o candidato vencedor naquele ano, tendo sido anteriormente eleito como Deputado Federal em eleições que também usaram urnas eletrônicas. Além disso, Francischini ocupava o cargo de Deputado Federal na época de suas declarações, também tendo sido eleito pelo mesmo sistema de votação.

No entanto, além da disputa entre candidatos, houve um aumento do uso de informações falsas direcionadas às instituições estatais, como os tribunais superiores do país e seus membros.

Nesse contexto, ganhou destaque o Inquérito nº 4.781, em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Este inquérito, iniciado em março de 2019, busca investigar notícias fraudulentas, falsos relatos de crimes, acusações caluniosas, ameaças e outras infrações que afetam a honra e a segurança do STF, seus membros e suas famílias, incluindo o vazamento de informações confidenciais e documentos, com a intenção de atribuir ou insinuar a prática de atos ilegais pelos Ministros[8].

Em 2022, o Ministro Luiz Edson Fachin, então presidente do TSE, identificou a origem dos ataques ao Tribunal Eleitoral do país e ao STF como uma resposta de setores arcaicos e retrógrados da política brasileira às ações dos tribunais na promoção da efetividade da igualdade nas eleições[9].

O Ministro enfatizou que a jurisprudência do TSE vinha punindo comportamentos ilegais há anos, como fraude nas cotas de gênero, fraude nas finanças de campanha, condutas proibidas e crimes eleitorais, o que gerava cada vez mais reações de setores tradicionais da política brasileira.

Essa posição do Ministro pode ser confirmada pela análise da apresentação de projetos de lei no Congresso Nacional que tentavam diminuir ou eliminar as cotas de

[7] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98 - Classe 11550 - Curitiba – Paraná**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/++theme++justicaeleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/ro-060397598-voto-ministro-luis-felipe-salomao-em-19-10-2021/@@-download/file/TSE-RO060397598-urnas-eletr%C3%B4nicas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.
[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito nº 4.781**. Decisão Liminar. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Requerente: Sob sigilo. Brasília: 26/05/2020.
[9] FACHIN, Luiz Edson. **Palestra realizada no Tribunal Regional Eleitoral em 29 de abril de 2022**. Curitiba/PR. 2022.

gênero, como o Projeto de Lei nº 4213/20[10] –, e tentativas de alterar as regras de prestação de contas eleitorais, incluindo a criação da possibilidade de o Congresso Nacional anular resoluções do TSE[11] - pretendidas no projeto de alteração do Código Eleitoral.

Posteriormente, diante da crescente disseminação de notícias falsas nas eleições de 2022, o sucessor do Ministro Fachin na presidência do TSE, Ministro Alexandre de Moraes, adotou medidas que aprimoraram os instrumentos processuais para combater a desinformação - Resolução TSE nº 23.714/2022[12].

Além disso, os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) procuraram promover campanhas de informação e conscientização da população sobre o funcionamento e a auditabilidade das urnas eletrônicas.

Após as eleições de 2022, protestos ocorreram no Brasil protagonizados por apoiadores do Presidente derrotado nas urnas, concentrados principalmente em frente a quartéis do Exército Brasileiro, com manifestações contrárias ao TSE e ao STF, e pedidos de intervenção militar.

Em 24 de dezembro de 2022, houve uma tentativa de atentado a bomba no aeroporto de Brasília, resultando na prisão de George Washington de Oliveira Sousa e Alan Diego dos Santos Rodrigues; este último confessou que recebeu a bomba no acampamento de apoiadores de Bolsonaro em frente ao quartel-general do exército.

Alguns dias após a posse do Presidente eleito Luiz Inácio Lula da Silva, em 8 de janeiro de 2023, grupos que contestavam o resultado das eleições promoveram invasões, vandalismo e depredação em prédios públicos em Brasília, incluindo o Palácio do Planalto, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, ou seja, as respectivas sedes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Brasil.

---

[10] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta extingue cota de gênero nas eleições**: Segundo autora, muitos partidos têm que "praticamente implorar" para mulheres se candidatarem a uma vaga no Legislativo. 17 de agosto de 2020. Agência Câmara de Notícias. Distrito Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/684681-proposta-extingue-cota-de-genero-nas-eleicoes/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

[11] LANDIM, Valéria. Entrevista. In: **Novo Código Eleitoral muda as regras para prestação de contas dos partidos**: Proposta foi apresentada na Câmara dos Deputados e já está pronta para votada em plenário. O Tempo. 30 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/novo-codigo-eleitoral-muda-as-regras-para-prestacao-de-contas-dos-partidos-1.2533945>. Acesso em: 08 abr. 2024.

[12] TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022. Acesso em: 08 abr. 2024.

Além do contexto político-eleitoral, também é importante destacar o uso da disseminação de notícias falsas durante toda a pandemia de coronavírus no Brasil, muitas delas incentivando o uso de medicamentos com efeitos colaterais graves ou desencorajando a vacinação da população, comprometendo assim a adoção de uma política pública de saúde eficaz durante a pandemia.

Diante das notícias falsas e dos alegados problemas técnicos do Governo Federal em relação à divulgação de dados sobre a saúde pública durante a pandemia, a imprensa brasileira formou o Consórcio de Veículos de Mídia, criado para a divulgação diária do número de mortes e casos de Covid-19, uma iniciativa inédita no país, que reuniu grupos de mídia como G1, Estadão, Folha de S.Paulo, UOL, O Globo e Extra, muitos deles concorrentes comercialmente, mas unidos diante da "operação tartaruga" de informações por parte do Governo.

A restrição ao acesso à informação também aumentou no país, de acordo com a ONG Transparência Brasil: de 2019 a 2022, durante o Governo Bolsonaro, houve um recorde no uso indevido da restrição de acesso por até 100 anos como argumento para negar informações de interesse público, o chamado "sigilo de 100 anos". A pesquisa identificou que 80% do total de negativas de acesso à informação pelo Governo Federal, de 2015 a 2022, foram impróprias[13].

O Tribunal de Contas da União abriu uma investigação sobre informações mantidas em sigilo durante o período, com foco nos gastos do ex-presidente Bolsonaro com o Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF), considerando um relatório da Unidade de Auditoria Especializada que apontou um "aumento expressivo" nos gastos durante o período eleitoral de 2022, 108% a mais que o ano anterior. Com base nesse caso e a sugestão do Congresso Nacional, em 2023, o TCU instituiu a fiscalização simultânea dos gastos com os cartões corporativos presidenciais, independentemente do início do sigilo[14].

Com base no exposto, é possível perceber dois movimentos concomitantes: a disseminação de informações falsas, seja contra adversários políticos ou contra

[13] TRANSPARENCIA BRASIL. **Relatório "sigilos de 100 anos"**: o uso do art. 31 da lei em negativas. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_-art_31_lai_negativas.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2024.
[14] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **TCU vai adotar fiscalização simultânea de gastos com cartão corporativo da Presidência**: Modalidade de controle contínuo foi sugerida pelo tribunal diante de pedido do Congresso Nacional. Agência Câmara de Notícias. Brasília. 18 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/953837-tcu-vai-adotar-fiscalizacao-simultanea-de-gastos-com-cartao-corporativo-da-presidencia/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

instituições e seus membros, e tentativas, por parte da Administração Pública, de ocultar informações de interesse público.

Embora distintas, essas condutas têm um objetivo convergente: desinformar a população.

É importante ressaltar que, há décadas, juristas como Estefano Rodotà[15] e Norberto Bobbio[16] correlacionam a transparência e a veracidade das informações públicas como características da democracia moderna, enquanto o ocultamento de informações de interesse público é um traço de regimes autoritários.

A questão da disseminação de desinformação, embora o instrumento seja novo - as plataformas na internet -, remete à estratégia do Ministro da Propaganda na Alemanha Nazista, Paul Joseph Goebbels.

Além da dificuldade de acesso à informação e da disseminação de desinformação, após as eleições de 2018, em que o discurso de violência ganhou destaque, houve a edição do Decreto nº 9.759, extinguindo dezenas de conselhos e colegiados que permitiam a participação e fiscalização do governo de forma mais direta pela sociedade civil organizada.

Da análise dessas posturas estatais, fica claro que o diálogo entre a população brasileira e o Estado merece maior atenção, pois houve um distanciamento da sociedade, sendo necessário restabelecer canais e ambientes de informação, diálogo e troca de dados visando o interesse público.

3. O EMPREGO DE FORÇAS DE SEGURANÇA PÚBLICA PARA REPRESSÃO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Ocorre que, para além da disseminação de desinformação analisada acima, a própria postura do Estado brasileiro perante a população em relação ao exercício dos direitos políticos, em especial a população mais pobre, dificulta o diálogo com os cidadãos.

O sociólogo Ignácio Cano, do Laboratório de Análises da Violência da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, analisando dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública referentes ao ano de 2018, observa que “as polícias

[15] RODOTÀ, Stefano. **O direito à verdade**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414129/mod_folder/content/0/RODOT%C3%81.%20Direito%20%C3%A0%20verdade.%20civilistica.com.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 08 abr. 2024.
[16] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

brasileiras foram as que mais mataram em todo o mundo", e, ao analisar os dados em comparação com períodos anteriores, afirma ainda que "esses números são sinais de que existe, no Brasil, uma política de extermínio"[17].

Embora não haja espaço dentro do presente estudo para analisar detalhadamente os dados sobre a violência policial no Brasil, devido ao escopo restrito desta pesquisa, é importante ressaltar a constatação do sociólogo ao afirmar que: a política policial no Brasil reflete uma cultura política de enfrentamento e repressão.

Feita tal ponderação sobre o emprego das forças de segurança pública de forma desmedida no país, voltamos nosso olhar para o emprego da polícia como resposta às manifestações da sociedade civil organizada, muitas delas reivindicando direitos, e para o emprego do exército brasileiro contra manifestantes ou visando a implementação de programas de governo.

Primeiramente, destacamos o caso ocorrido no Estado do Paraná, em 2015, que ficou conhecido como "o massacre de 29 de abril". Na ocasião, professores e servidores públicos protestavam em frente à Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, em Curitiba, contra projeto de lei que alterava o reajuste anual salarial dos servidores, e solicitavam melhores condições de trabalho e melhorias na estrutura da educação, sendo a maioria dos manifestantes professores e professoras.

A resposta do Governo Beto Richa à manifestação, tendo Fernando Destito Francischini como Secretário de Segurança, foi o deslocamento de 9 batalhões da polícia militar contra os manifestantes, com o emprego de bombas de gás lacrimogêneo e balas de borracha por mais de duas horas ininterruptas – episódio que foi repudiado inclusive pela imprensa internacional.

Em São Paulo, houve confrontos semelhantes em 2015 e em 2016, com destaque para o protesto de estudantes ocorrido na capital paulista em 2016, que gerou denúncia contra o Governo de Geraldo Alckmin ao Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Embora ambos os Governadores citados acima, Beto Richa e Geraldo Alckmin, fossem do mesmo partido - Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, historicamente classificado como ideologicamente liberal de direita, é importante pontuar que o emprego da força militarizada contra a população no Brasil independe

[17] CANO, Ignácio. In: Violência policial reflete cultura política, diz estudioso. CISCATI, Rafael. Brasil de Direitos. 09 de Julho de 2020. Disponível em: <https://brasildedireitos.org.br/atualidades/violncia-policial-reflete-cultura-poltica-diz-estudioso>. Acesso em: 08 abr. 2024.

da filiação dos chefes do Poder Executivo: durante os Governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff, ambos do Partido dos Trabalhadores, o exército brasileiro foi utilizado em operações conjuntas com o Governo estadual no Complexo do Alemão e em outras comunidades no Rio de Janeiro.

Embora a realização das operações das Forças Armadas no Rio de Janeiro formalmente tenha sido justificada por questões de segurança pública, a intensificação do emprego das forças de segurança com a proximidade de obras para a realização das Olimpíadas e da Copa do Mundo foi amplamente denunciada, além de denúncias de execuções pela polícia à ONU.

Em 2018, o Governo Michel Temer, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, concedeu poder de polícia ao exército para desbloquear rodovias em todo o país bloqueadas por manifestantes.

O que se pode observar é o intenso uso das forças policiais e das forças armadas diante de manifestações civis ou para viabilizar a manutenção de projetos governamentais, distanciando ainda mais Estado e população.

Diante do exposto, compreende-se que a postura do Estado Brasileiro de empregar forças policiais e o exército diante de reivindicações dos cidadãos, manifestações políticas e protestos por insatisfação, bem como para a implementação de políticas públicas, deve ser revista, não contribuindo para a busca de uma cultura de valorização do diálogo e da democracia.

Por fim, uma observação final não pode deixar de ser feita em relação às Forças Armadas do Brasil: por mais que tenham ocorrido manifestações políticas isoladas por parte de alguns de seus membros em relação às eleições, em 2020, o General do Exército Edson Pujol afirmou que “os militares não desejam fazer política”, reafirmando que as Forças Armadas se comprometem com a defesa externa do país e não com a gestão da Administração Pública.

Em 2021, diante de indícios da pretensão do Presidente da República Jair Bolsonaro de exercer uma maior influência política nos quartéis, os comandantes das três Forças Armadas - Edson Pujol (Exército), Ilques Barbosa (Marinha) e Antônio Carlos Moretti Bermudez (Aeronáutica) - anunciaram pedido de demissão conjunto, mas após reunião com o Presidente, o Ministério da Defesa anunciou a saída dos três militares do comando das Forças Armadas.

Portanto, mesmo com o emprego reiterado do exército para a implementação de políticas públicas e execução de determinações, as Forças Armadas do Brasil,

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

desde a redemocratização, têm reiterado seu respeito à Constituição e à democracia no país e repudiado tentativas de uso político das forças de defesa.

Tal ponderação contribui para demonstrar a existência de indícios de instabilidades institucionais anteriores às eleições de 2022, e de que tais situações contribuem para tentativas de desestabilização democrática, mas a grande maioria dos membros das instituições é comprometida com a democracia.

4. INDÍCIOS DE INSTABILIDADE INSTITUCIONAL ANTERIORES ÀS ELEIÇÕES DE 2022

Analisada a questão da desinformação, bem como do emprego da violência diante de manifestações, o que dificulta o diálogo e aproximação entre Estado e população, cumpre observar que haviam indícios de tentativas de desestabilização institucional no Brasil muito anteriores à disputa eleitoral de 2022.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar operações da Polícia Federal - operações “Navalha”, “Themis” e “Satiagraha” (HC 91.435, HC 95.009, HC 85.327, HC 84.388 e HC 86.395) -, já alertava para tentativas ocorridas entre 2003 e 2007 de adoção do que chamou de “Estado Policial” no Brasil[18].

Tais operações, que remontam ao início dos anos 2000, foram caracterizadas por desvios nas investigações voltadas à obtenção de provas ilícitas e impedir a efetividade de garantias materiais e processuais; nas palavras do Ministro: “Tudo estava a indicar que setores da Polícia Federal haviam incorporado métodos ilícitos de investigação para obter a decretação de prisões provisórias requeridas e evitar a concessão de ordem de habeas corpus”, destacando que “o mais grave, porém, estava no significado institucional dessa ação. Não haveria mais limites para a ação policial. Tais forças poderiam desqualificar qualquer autoridade da República...”.

A partir de 2014, os alertas de juristas se intensificaram diante de violações ao devido processo legal, tanto na fase de investigação, como na fase judicial, ocorridos na chamada “Operação Lava Jato”, assim como em relação ao uso político de tais violações que também chamavam atenção às tentativas de desestabilização política no país.

[18] MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado Democrático e Jurisdição Constitucional**: 2002 – 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

Tais casos demonstram que, para além da violência policial, o desrespeito às garantias processuais de investigados e acusados, igualmente, contribui para desestabilização institucional no país.

O desrespeito às garantias processuais de investigados e acusados contribui com a postura defensiva da população em relação ao Estado.

Ocorre que, o emprego sistemático das polícias, a exaltação midiática das autoridades com poder de investigação, e do desrespeito às garantias e direitos fundamentais, somada à disseminação de desinformação, igualmente facilita a desconfiança e o uso político de operações policiais quando o sujeito investigado é uma autoridade pública.

Portanto, diante dos casos mencionados acima, uma revisão da capacitação dos servidores inseridos nas instituições com poderes de investigação, voltadas ao respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, também se faz necessária, visando que tais instituições não sejam manejadas como instrumentos de instabilidade entre os três Poderes ou mecanismos de desinstabilização democrática.

Com o exposto, busca-se demonstrar que muito antes de comportamentos institucionais relacionados à eleição de 2022, já haviam indícios de dissonância institucional por parte de integrantes das instituições públicas muito anteriores, reforçando a necessidade de revisão da formação e capacitação de tais agentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode concluir da pesquisa até então realizada, no decorrer dos últimos vinte anos houveram posturas internas e externas do Estado brasileiro, independente da identificação ideológica dos chefes de governo, que representaram uso de violência contra o exercício de direitos políticos ou acarretaram distanciamento da participação da sociedade civil organizada.

Em paralelo a tal contexto histórico, como analisado acima, mais recentemente, vivencia-se o fenômeno da disseminação de fake news, e a necessidade de combate à desinformação, em especial quando tais notícias falsas são imbuidas de discurso de ódio, violência, dificultam a implementação de políticas públicas de saúde, ou fomentam ataques à democracia.

Compreende-se que tais posturas precisam ser revistas e propõe-se a adoção de uma cultura de humanização das instituições democráticas e proximidade para com a população na tomada de decisões de gestão pública, ou seja, valorização do

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

cidadão e de seus direitos e garantias, visando a reaproximação das estruturas de poder e a população, para aperfeiçoar e consolidar a democracia no país.

Propõe-se a adoção de mecanismos que permitam a interiorização da cultura humanista pelas instituições, tais como cursos de capacitação em direitos humanos, englobando a importância do respeito às garantias e direitos fundamentais.

Compreende-se que há necessidade de criação de um Programa Nacional de Capacitação em Direitos Humanos obrigatório para todos os servidores públicos, em especial os que atuem nas áreas de saúde, segurança pública e educação, bem como os membros das Forças Armadas e do Ministério Público.

Do mesmo modo, vislumbra-se a necessidade da adoção de mecanismos de diálogo institucional em cada Ministério e Secretaria, ou a formação de conselhos deliberativos paritários com participação social, mas instituidos por lei e não mais por decreto, visando garantir-lhes continuidade independente da troca de mandatários no Poder Executivo.

Além disto, propõe-se que haja obrigatoriedade da realização de audiências públicas pelo Poder Executivo antes do envio de projetos de lei ao Poder Legislativo quando relacionados à implementação de novos programas sociais, em especial os voltados à segurança pública.

Diante da pesquisa realizada, sem a pretensão de esgotar o tema, constata-se que os problemas vivenciados durante e logo após as eleições de 2022, resultam de fatores cumulativos e que já podiam ser vislumbrados dentro e fora das instituições, demonstrando o descomprometimento por parte de alguns membros da Administração Pública com os direitos e garantias fundamentais e desrespeito para com a tripartição de Poderes, bem como o gradativo distanciamento entre o Estado e a população.

Por fim, observa-se a necessidade de políticas voltadas à conscientização da população acerca da relevância da democracia, bem como de políticas educacionais voltadas à identificação de notícias falsas e combate à desinformação, além da restrição da imposição de sigilo sobre informações de interesse público.

Porém, com a presente pesquisa, buscou-se demonstrar como a adoção de uma cultura de respeito e proteção aos direitos humanos em todos os níveis institucionais, voltada à busca de medidas que visem potencializar a efetividade dos direitos fundamentais e garantias dos cidadãos brasileiros, bem como, o fomento de mecanismos de participação social, é necessária e pode tornar as instituições mais

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

estáveis frente às tentativas de desestabilização democrática, ou seja, uma retomada de diálogo e respeito entre sociedade civil organizada e o Poder Público visando a proteção e garantia da democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Lei Nº 9.504, de 30 de set. 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 08 abr. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta extingue cota de gênero nas eleições**: Segundo autora, muitos partidos têm que "praticamente implorar" para mulheres se candidatarem a uma vaga no Legislativo. 17 de agosto de 2020. Agência Câmara de Notícias. Distrito Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/684681-proposta-extingue-cota-de-genero-nas-eleicoes/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **TCU vai adotar fiscalização simultânea de gastos com cartão corporativo da Presidência:** Modalidade de controle contínuo foi sugerida pelo tribunal diante de pedido do Congresso Nacional. Agência Câmara de Notícias. Brasília. 18 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/953837-tcu-vai-adotar-fiscalizacao-simultanea-de-gastos-com-cartao-corporativo-da-presidencia/>. Acesso em: 08 abr. 2024.

CANO, Ignácio. *In:* Violência policial reflete cultura política, diz estudioso. CISCATI, Rafael. Brasil de Direitos. 09 de Julho de 2020. Disponível em: <https://brasildedireitos.org.br/atualidades/violncia-policial-reflete-cultura-poltica-diz-estudioso>. Acesso em: 08 abr. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. **Palestra realizada no Tribunal Regional Eleitoral em 29 de abril de 2022**. Curitiba/PR. 2022.

LANDIM, Valéria. Entrevista. *In:* **Novo Código Eleitoral muda as regras para prestação de contas dos partidos:** Proposta foi apresentada na Câmara dos Deputados e já está pronta para votada em plenário. O Tempo. 30 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/novo-codigo-eleitoral-muda-as-regras-para-prestacao-de-contas-dos-partidos-1.2533945>. Acesso em: 08 abr. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado Democrático e Jurisdição Constitucional:** 2002 – 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **O direito à verdade.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414129/mod_folder/content/0/RODOT%C3%81.%20Direito%20%C3%A0%20verdade.%20civilistica.com.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 08 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito nº 4.781.** Decisão Liminar. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Requerente: Sob sigilo. Brasília: 26/05/2020.

TRANSPARENCIA BRASIL. **Relatório "sigilos de 100 anos":** o uso do art. 31 da lei em negativas. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/sigilo_100anos_uso_art_31_lai_negativas.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Missão brasileira discute estratégias de combate à desinformação com a União Europeia.** 07 de Julho de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/missao-brasileira-discute-estrategias-de-combate-a-desinformacao-com-a-uniao-europeia>. Acesso em: 08 abr. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022.** Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 08 abr. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603975-98 - Classe 11550 - Curitiba – Paraná.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/++theme++justicaeleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/ro-060397598-voto-ministro-luis-felipe-salomao-em-19-10-2021/@@download/file/TSE-RO060397598-urnas-eletr%C3%B4nicas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Seminário Internacional Brasil - União Europeia - FAKE NEWS**: Experiências e Desafios.21 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7Kae2Mubouw>. Acesso em: 08 abr. 2024.

CRIMES CONTRA A FAUNA AQUÁTICA PREVISTOS NA LEI N° 9.605/98

CRIMES AGAINST AQUATIC FAUNA PROVIDED FOR IN LAW N ° 9.605/98

Valmir Cesar Pozzetti[1]

Flávia Jeane Ferrari[2]

Gessuelyton Mendes de Lima[3]

Resumo: O objetivo desta pesquisa foi o de analisar a aplicabilidade e efetividade da lei nº 9.605/98 no tocante aos crimes relacionados à fauna aquática. A metodologia utilizada foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica, com uso da legislação, doutrina e análise jurisprudencial e, quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que a Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/98) possui aplicabilidade nos casos de crimes contra a fauna aquática e que a jurisprudência tem dado efetividade a essa lei, sendo esta um importante mecanismo para promover a justiça ambiental e manter os ecossistemas martinhos e lacustres.

Palavras-Chave: Crimes ambientais; fauna aquática; Lei de crimes ambientais.

Abstract: The objective of this research was to analyze the applicability and effectiveness of Law No. 9.605/98 regarding crimes related to aquatic fauna. The methodology used was the deductive method; As for the means, the research was bibliographic, with the use of legislation, doctrine and jurisprudential analysis, and as for the purposes, the research was qualitative. The conclusion reached was that the Environmental Crimes Law (No. 9,605/98) has applicability in cases of crimes against aquatic fauna and that jurisprudence has given effectiveness to this law, which is an important mechanism to promote environmental justice and maintain the Martinhos and lacustrine ecosystems.

Keywords: Environmental crimes; aquatic fauna; Environmental Crimes Law.

[1] Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França (título reconhecido pela Univ. Federal de Pernambuco). Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França (título reconhecido pela Universidade Luterana do Brasil). Lattes: http://lattes.cnpq.br/5925686770459696. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com

[2] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Possui especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental; Direito do Trabalho e Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR em parceria com a Universidade Positivo. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1064406440921045. E-mail: flaviajeane.ferrari@hotmail.com

[3] Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Especializações em Auditoria e Perícia Ambiental; Engenharia de Segurança do Trabalho e Educação a Distância 4.0. Engenheiro Ambiental. Tecnólogo em Gestão Ambiental. Associado da Associação de Peritos do Paraná - APEPAR. Membro do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do Paraná - IBAPE/PR. Associado da APEAM - Associação Paranaense dos Engenheiros Ambientais. Professor Universitário. Professor Conteudista. Operador de drones. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9775407414426080. E-mail: g_delima@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A busca de meios para a proteção do meio ambiente é um dos problemas mais pertinentes da atualidade, a nível global. E, apesar dos avanços científicos e tecnológicos em prol do desenvolvimento econômico, atualmente a natureza encontra-se cada vez mais ameaçada. (Tres, Reis, & Schlindwein, 2011).

Nesse sentido, considerando a condição de reciprocidade entre o ser humano e o meio em que ele vive, surge uma necessidade urgente de modificação do estilo de vida, tendo em vista os problemas já existentes e também uma adequação jurídica para proteger e conservar o equilíbrio natural da vida na Terra. (Tres, Reis, & Schlindwein, 2011).

Além disso, encontra-se previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Com essa determinação, o legislador impôs ao Poder Público e também à coletividade o dever e função de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. (Milaré, 2011).

Para complementar, Milaré, (2011) destaca o parágrafo 1º, inciso VII, de modo a assegurar sua efetividade, prevê que cabe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, sendo vedadas na forma da lei as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, que ocasione na extinção de espécies ou submetam os animais à atrocidades.

Por este motivo, o presente trabalho vem analisar alguns casos, sendo estes os casos que tratam especificamente da fauna aquática, no contexto brasileiro, o qual vem sofrendo crimes ambientais de maneira indiscriminada, havendo ainda pouca informação por parte da população sobre a definição dessas violações contra a fauna e sua aplicabilidade jurídica, a qual ocorre de forma branda quando aplicada. (Campos Neto, 2012).

O objetivo desta pesquisa do presente trabalho, portanto, é analisar os crimes contra a fauna aquática, com base na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a Lei do Meio Ambiente. O objetivo desta pesquisa é o de analisar a aplicabilidade e efetividade da lei nº 9.605/98 no tocante aos crimes relacionados à fauna aquática

O estudo utilizará o método de pesquisa dedutiva, partindo da análise de doutrinas, legislações, além de levantamento bibliográfico sobre as leis e

jurisprudências que tangem esses crimes, considerando a definição do crime e fauna, caracterização dos tipos de ecossistemas aquáticos.

A problemática, que envolve essa pesquisa é: de que forma (e se é possível) o julgador brasileiro utilizará a Lei de crimes ambientais (n. 9.605/98) para inibir os delitos criminosos em relação à fauna aquática, no Brasil?

A pesquisa se justifica tendo em vista a importância ambiental - para os seres humanos e todo ecossistema planetário – no tocante à preservação e conservação da fauna aquática, não se podendo mais ignorar os efeitos deletérios que a ausência de proteção causará ao planeta.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa.

A partir disso, tem-se o intuito de fornecer uma confirmação consistente para o desenvolvimento do tema. Posteriormente, serão abordados os crimes contra a fauna aquática concentrando-se naquilo que trata sobre os crimes ambientais.

2. CONCEITO: CRIME E FAUNA AQUÁTICA

Inicialmente, é pertinente apresentar o conceito de crime sob o aspecto material como sendo “uma ação ou omissão que contraria os interesses da sociedade, constituindo uma lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico” (Medina, 2008, p. 258). Apesar disso, cabe destacar que, se a conduta não traz uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, o ato não será considerado crime.

Já no que diz respeito à fauna aquática, segundo Luff (1990) o termo fauna se refere ao conjunto de animais próprios de uma região ou de um período geológico.

Por sua vez, a terminologia aaquático é um adjetivo que se refere àquilo que é ligado à água. A palavra costuma ser usada em alusão aos seres que vivem nesta ou aos objetos que, pela sua natureza, conserva-se na água de forma constante (MICHAELIS, 2015).

Outra definição que temos é a fauna aquática que são aqueles animais que existem em água doce, como lagoas, lagos, rios e riachos e os organismos marinhos aqueles que vivem em águas salgadas, como oceanos e mares. (Brasil, 2011).

Desta forma podemos conceituar que o crime ambiental contra a fauna é o ato de violação causada a um bem, especificamente à espécie animal que compõe o meio ambiente, que é protegido por uma lei federal. (Ermann, 2007).

2.1 Ecossistemas aquáticos

Um ecossistema aquático é aquele em que o principal meio externo e meio interno é a água (Odum, 2001). Compõe-se de comunidades de organismos que vivem e que dependem umas das outras e do seu ambiente para sobreviver.

Os dois principais tipos de ecossistemas aquáticos são os ecossistemas marinhos e os ecossistemas de água doce (Alexander, 1999). O ecossistema marinho é caracterizado pela comunidade biológica de organismos aos quais estão associados e seu ambiente físico (USEPA, 2006).

Já os principais encontrados no Brasil são: Manguezais, Recifes de corais, Dunas, Restingas, Praias arenosas, Costões rochosos, Lagos e Lagoas e Estuários. (Gerling, Ranieri, Fernandes, Gouveia & Rocha, 2016).

Por outro lado, os ecossistemas de água doce são representados por três tipos básicos de ecossistemas de água doce: Lêntico, Lóticos e Terras úmidas. (Alexander, 1999).

2.1.1 Ecossistema marinho

O maior ecossistema aquático da Terra é o marinho. Esse ecossistema se caracteriza pela sua alta salinidade, diferenciando-se assim dos ecossistemas de água doce que possuem menor proporção de sal. (Correia & Sovierzoski, 2005).

A Terra possui uma cobertura de mais de setenta por cento (70%) de águas marinhas, representando mais de noventa e sete por cento (97%) do suprimento de água terrestre. Além disso, representa noventa por cento (90%) da superfície habitável na Terra. (Oceanic Institute, 2018).

Os ecossistemas marinhos são caracterizados pela comunidade biológica de organismos aos quais estão associados e seu ambiente físico específico (USEPA, 2006).

Por sua vez, no Brasil, os sistemas ambientais costeiros são extraordinariamente diversos. O litoral nacional é miscigenado no sul e sudeste por águas frias, e por águas quentes no norte e nordeste. (MMA, 2010; Chesley, 2017).

Essa variação promove e sustenta uma grande variedade de ecossistemas que incluem manguezais, dunas, restingas, praias arenosas, recifes de corais, costões rochosos, estuários, marismas e lagoas, os quais abrigam inúmeras espécies de fauna e flora, algumas encontram-se ameaçadas de extinção. (MMA, 2010; Chesley, 2017).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

2.1.2 Manguezais

O manguezal encontra-se em zonas litorâneas conectadas aos cursos d'água, caracterizando áreas encharcadas, salobras e calmas, com influência das marés, porém, sem serem atingidos pela ação direta das ondas do mar. (Rossi & Mattos, 2002).

De acordo com Rossi & Mattos (2002), o referido ecossistema é o elo entre os ambientes marinho, terrestre e fluvial, caracterizando-se por uma constante aquisição de novas áreas devido ao acúmulo de grandes massas de sedimento e detritos carregados pelos rios e também pelo mar.

Nos manguezais sobrevivem espécies que não são necessariamente relacionadas entre si e são muitas vezes agrupadas pelas características que compartilham, e não pela similaridade genética. (Carmo et al., 1994).

Devido à sua proximidade com a costa, todas essas espécies desenvolveram adaptações específicas, como a excreção de sal e a aeração da raiz para viver em água salgada e baixo teor de oxigênio. (Cintrón-Molero & Schaeffer-Novelli, 1992).

Outro aspecto típico é que os manguezais podem ser reconhecidos por seu emaranhado denso de raízes que agem como proteção da costa, reduzindo a erosão causada por tempestades, correntes, ondas e marés. (Lugo & Snedaker, 1974)

O ecossistema de mangue é também uma importante fonte de alimento para muitas espécies, bem como um meio excelente para arrebatar dióxido de carbono da atmosfera, com um armazenamento global de carbono estimado em trinta e quatro milhões de toneladas métricas por ano. (Rodríguez, 2015).

2.1.3 Recifes de corais

Os recifes de corais constituem os mais diversos, mais complexos e mais produtivos dos ecossistemas marinhos costeiros, alimentando e sendo uma fonte econômica para milhares de pessoas nas regiões tropicais. (Connell, 1978).

2.1.4 Dunas

As dunas são definidas como depósitos de areias finas aglomeradas, criadas a partir da ação do vento ao erodir as rochas, o qual também transporta essa matéria. As dunas surgem geralmente no sentido da faixa de praia em direção ao interior da zona costeira. (Pinheiro & Claudino-Sales, 2018).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

2.1.5 Restingas

A restinga trata-se de um ecossistema distinto, sendo constituída por uma planície de baixa altitude, repleta de ondulações e inclinações no solo, cuja direção é rumo ao mar. (Barcelos, Riguete, Silva & Ferreira Júnior, 2012).

Além disso, o termo restinga possui um significado geomorfológico, o que é passível de fornecer essa conotação a qualquer depósito arenoso análogo ao longo da costa. (Suguio & Martin 1990).

2.1.6 Praias arenosas

Os autores Brown & McLachlan (1990), definem da maneira mais suscinta as características do ecossistema das praias arenosas:

> As praias arenosas compõem sistemas dinâmicos, onde elementos básicos como ventos, água e areia que interagem entre si, resultando em processos hidrodinâmicos e deposicionais complexos. (...) A dinâmica costeira, que condiciona a construção geomorfológica da linha da costa, é a principal responsável pelo desenvolvimento das praias arenosas e pelos processos de erosão e destituição que as mantêm em constante alteração. A morfologia dos perfis praiais em uma determinada região é função do nível energético das ondas, uma vez que essa energia é liberada nas zonas costeiras. Neste sentido, as praias podem ser identificadas desde muito expostas a muito protegidas, sendo a variabilidade física resultante da combinação de parâmetros básicos como característica das ondas e granulometria do sedimento. (Brown & McLachlan como citado em Amaral, do Amaral, Leite, & Gianuca, 1999, p. 2).

2.1.7 Costões rochosos

De acordo com Almeida (2008), costão rochoso trata-se do espaço costeiro constituído por rochedos que ocorrem na transição entre o ambiente aquático e o terrestre.

Devido ao fato de que grande parte das espécies que habitam os costões rochosos pertencem ao ambiente marinho, esse tipo de ecossistema é mais considerado como uma extensão do meio marinho do que do meio terrestre. (Almeida, 2008).

Os costões rochosos tratam-se de um dos ecossistemas mais importantes no âmbito costeiro, uma vez que servem de abrigo para diversas espécies e organismos que além de serem extremamente relevantes ao equilíbrio ambiental, são fundamentais também no setor econômico das costas, como é o caso dos frutos do mar, por exemplo. (Nybakken, 2001).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

2.1.8. Lagos e Lagoas

Os lagos e lagoas são tidos como corpos de águas jacentes, e considerados como fenômenos de curta duração na escala geológica. (Esteves, 1988; Tundisi & Tundisi, 2008).

Há uma diferenciação básica entre lagos e lagoas: os lagos caracterizam-se por corpos de águas profundas, exibindo estratificações térmicas com diferentes teores de oxigênio dissolvido, que delimitam diferentes camadas tropogênicas. Já as lagoas tratam-se especificamente de corpos de água de baixa profundidade, sem a ocorrência de estratificações, e por isso apresentam grandes camadas tropogênicas. (Martins, 2012).

2.2 Ecossistemas de água doce

Os ecossistemas de água doce cobrem aproximadamente 0,78% da superfície da superfície terrestre e contribuem com 0,009% da água doce total disponível. Estes ecossistemas representam quase três por cento de seu cultivo primário líquido. Existem três tipos básicos de ecossistemas de água doce: Lêntico, Lóticos e Terras Húmidas. (UNESCO, 2018).

Segundo Vaccari, Strom & Alleman (2006), o ecossistema lêntico caracteriza-se pelo movimento lento das águas e nele estão inclusos: piscinas, lagoas e lagos. Já os ambientes lóticos são caracterizados pelo movimento mais rápido da água, como nos casos dos córregos e rios.

Já as terras húmidas apresentam um solo impregnado ou inundado de água durante a maior parte do ano. (Vaccari, Strom & Alleman, 2006).

Os ecossistemas de água doce são o abrigo de aproximadamente quarenta e um por cento de todas as espécies de peixes já conhecidas do mundo. (Daily, 1997).

De acordo com Copper (1994), todos esses ecossistemas possuem uma grande diversidade de organismos, desde algas, bactérias, macrófitas, artrópodes à vertebrados que interagem e interdependem-se para sobreviver.

Os peixes representam um pouco mais da metade das espécies de vertebrados conhecidos no mundo, com vinte e quatro mil e seiscentos dezoito espécies, sendo que nove mil e novecentos e sessenta e seis espécies ocupam águas doces permanentemente. (Copper, 1994).

Nesse sentido ao comentarem a lei que permitiu a inserção de peixes transgênicos nos rios do Estado do Amazonas, Pozzetti e Gasparini (2021) destacam

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

que proteger esse ecossistema, sem alterações, mantendo a integridade da fauna e flora dos rios do Estado do Amazonas, é fundamental para o equilíbrio ambiental da região, não se podendo, a despeito de incrementar a economia da região, alterar o bioma que até então tem trazido vida saudável à população. É necessário manter a preservação dos recursos hídricos disponíveis nesse ambiente aquático, sob pena de se trazer prejuízos insanáveis ao meio ambiente amazônico.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho desenvolve um estudo exploratório, utilizando o método de pesquisa dedutiva, isto é, através da análise de doutrinas, artigos e legislações. Em seguida, a pesquisa concentrou-se naquilo que tange aos crimes ambientais contra a fauna aquática por meio do estudo de quatro casos.

No primeiro momento, foi realizado a coleta de dados a partir de uma bibliografia previamente selecionada, sendo ela composta por artigos acadêmicos na área de Direito Ambiental e Ciências Ambientais. Com isso teve-se por finalidade conceituar a fauna aquática e a conduta tipificada como crime, além de descrever os ecossistemas aquáticos, principalmente do que diz respeito às suas características principais e importância.

A partir disso, foi analisado a fundo a jurisprudência das leis de crimes contra a fauna aquática, de modo a fundamentar esta investigação, fazendo-se necessária a exploração de processos através dos estudos de casos para verificar de que forma a lei está sendo aplicada nas situações de crime contra o meio ambiente, especificamente contra a fauna aquática.

4. DISCUSSÃO

Estudo de Caso 1

O primeiro caso referente trata-se do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede e Embargos de Declaração n° 70034419978 que na mesma refere-se à embargante Synteko Produtos Químicas S/A, e a embargada Fundação Municipal de Meio Ambiente de Gravataí, Rio Grande do Sul. A ementa teve por Relator o Desembargador Marco Aurélio Heinz, conforme segue:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. LEGISLAÇÃO FEDERAL.

> LEGALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REGULARIDADE DA PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. Não há omissão no julgado que, com base em Auto de infração reconhece o cometimento da degradação ambiental pelo vazamento de óleo vegetal nas águas de rios e riachos provocando danos ao ecossistema, sujeitando o infrator ao pagamento da multa. Causador do dano devidamente notificado para apresentação se defesa, que foi efetivamente exercida. Responsabilidade objetiva do causador do dano ao meio ambiente (art. 14 de Lei n° 6.938/81). Inexistência de ilegalidade na apuração e aplicação da pena administrativa. Multa aplicada com base no art. 72, inciso II, da Lei Federal n° 9.605/1998, atendidas as condicionantes do art. 6°, gravidade do fato e suas conseqüências para a saúde e para o meio ambiente (inciso 'I') e situação econômica do infrator (inciso 'III'). Regularidade da publicação da pauta de julgamento. Embargos rejeitados.[4]

A ementa refere-se ao caso de degradação ambiental devido ao vazamento de óleo vegetal nas águas de rios e riachos da região da cidade de Gravataí, fato que provocou danos ao ecossistema local.

O embargante teve o contraditório e ampla defesa garantidos, porém embargou a decisão alegando ilegalidade na apuração e aplicação da pena administrativa, ato que foi rejeitado.

É disposto no artigo 6º da Lei n° 9.605/98 que, para a aplicação e imposição de pena ou gradação, devem ser considerados alguns aspectos importantes por parte da autoridade competente. (Brasil, 1998).

Segundo o artigo 59 e também o artigo 60 do Código Penal, são determinados os requisitos para a fixação da pena, a partir dos quais são estabelecidas as condições para a pena de multa. A partir disso, pode-se deduzir que deve haver uma proporção equilibrada entre o valor da multa com as condições econômicas do infrator. (Brasil, 1940).

Partindo do ponto de vista ecológico, se houverem determinadas condutas aceitáveis, é imprescindível reconhecer que nem toda a intervenção humana tem a possibilidade de causar dano ambiental.

Entretanto, a descrição da conduta incriminada no tipo penal ambiental tem amplitude maior que a necessária para a proteção do bem jurídico em questão.

Em relação às pessoas jurídicas, a legislação ambiental prevê as seguintes penas: I - multa; II - restritivas de direitos; e III - prestação de serviços à comunidade, conforme artigo 21 da Lei n º 9.605/98. (Brasil, 1998).

[4] Recuperado a partir de <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/8996877/pg-99-tribunal-de-justica-diario-de-justica-do-estado-do- rio-grande-do-sul-djrs-de-26-03-2010>.

Podemos destacar ainda que, além da existência destas sanções, existe também a possibilidade criada pelo legislador de decretação da liquidação forçada da pessoa jurídica que tenha sido constituída, ou seja, utilizada, preponderantemente, com o intuito de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental.

Nesse caso o patrimônio da pessoa jurídica será considerado instrumento de crime e será perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, conforme artigo 24 da Lei nº 9.605/98. (Brasil, 1998).

Estudo de Caso 2

O segundo caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, recurso em sentido estrito nº 0003390-17.2013.4.03.6106/SP. A ementa teve por Relator o Juiz convocado Márcio Mesquita, tal como segue:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N.9.605/1998. PESCA COM UTILIZAÇÃO DE PETRECHO PROIBIDO (REDES). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.[5]

O presente caso trata do crime de praticar pesca durante o período em que essa prática é proibida ou em locais interditados por órgão competente, da pesca em quantidades superiores às permitidas, ou ainda mediante a utilização de aparelhos, equipamentos, técnicas e métodos não permitidos, ambos atos criminosos previsto no art. 34, §único, II, da Lei n° 9605/98. (Brasil, 1998).

O recurso em sentido estrito foi interposto pelo Ministério Público Federal contra sentença que rejeitou a denúncia, aplicando-se o princípio da insignificância. O recurso foi provido.

Em segundo lugar, no Direito Penal Ambiental vige o princípio da prevenção ou precaução, orientado à proteção do meio ambiente, ainda que não ocorrida a lesão, a degradação ambiental, pois esta é irreparável. Dentro deste contexto, é preciso destacar que a palavra princípio designa início, começo, origem, ponto de partida. Assim, princípio, como fundamento de Direito, têm como utilidade permitir a aferição de validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas". Assim sendo, os Princípios devem subsidiar a construção da Norma Jurídica e as decisões jurídica, conforme estabelece a Lei Introdução às Normas de direito Brasileiro – LINDB

[5] Recuperado a partir de: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/-3606654>.

– Decreto Lei nº Decreto-Lei n° 4657/1942, arts. 4º e 5º. (ZAMBRANO E POZZETTI, 2021).

Nesse sentido O Princípio da Prevenção é aquele que determina que os danos futuros que a obra causará, são conhecidos, mas que há a possibilidade de mitiga-los e, dessa forma, prevenindo o dano, eu me antecipo. Diferentemente do princípio da precaução em que eu desconheço os danos futuros e não há como preveni-los (POZZETTI, POZZETI e POZZETTI, 2020).

Já no que diz respeito ao Princípio da Prevenção, O Princípio da Prevenção relaciona-se com o perigo concreto de um dano, ou seja, sabe-se que não se deve esperar que ele aconteça, fazendo-se necessário, portanto, a adoção de medidas capazes de evitá-lo, pois já se sabe antecipadamente que o ato gerará dano ao meio ambiente. Evitar a incidência de danos ambientais é a ideia chave do Princípio da Prevenção, já que as seqüelas de um dano ao meio ambiente, muitas vezes, são graves e irreversíveis. Tal Princípio se caracteriza como norte a seguir, uma vez que atua mais no sentido da prevenção do que no da reparação. O Princípio da Prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Caso não haja certeza científica, o Princípio a ser aplicado será o da Precaução. (POZZETTI E MONTVERDE, 2017).

Dessa maneira, por via de regra, não é cabível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente. Ao contrário, o Poder Público tem o dever de zelar pelo bom e correto funcionamento das atividades que possam causar danos ecológicos, vigiando e orientando os particulares para que estes estejam sempre em acordo com as normas. Caso essa vigilância esteja sendo efetuada de maneira inadequada, e a omissão cause prejuízo para as pessoas, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular (POZZETTI, FONTES E CROMWELL, 2020).

Entretanto, apenas em hipóteses excepcionais, é cabível a aplicação do princípio da insignificância com relação ao crime do artigo 34 da Lei nº 9.065/98. No caso do presente estudo de caso, verifica-se que não há nenhuma excepcionalidade que justifique a aplicação de tal entendimento.

Apesar disso, no caso em questão, foi utilizada no ato da pesca uma rede de nylon duro, medindo 150 metros de comprimento por 1,60 metro de altura, com malha de 80 milímetros, prática esta vedada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos

Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a qual resultou inclusive na efetiva pesca de doze quilos de peixes.

Demonstrados indícios suficientes de autoria e da materialidade delitiva, bem como inexistindo qualquer das hipóteses descritas no artigo 395 do Código de Processo Penal, há elementos suficientes para a instauração da ação penal. (Brasil, 1941).

Estudo de Caso 3

O terceiro caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A ementa teve por Relator o desembargador Federal Johonsom di Salvo, tal como segue referente ementa:

> PENAL. PROCESSUAL. DENÚNCIA: ART. 34, DA LEI 9.605/98: PRÁTICA DE ATOS DE PESCA MEDIANTE PETRECHO PROIBIDO: DENÚNCIA REJEITADA: FUNDAMENTO: INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO À FAUNA AQUÁTICA. PEQUENA QUANTIDADE DE PEIXES CAPTURADOS: CONDUTA MATERIALMENTE ATÍPICA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NA FASE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXORDIAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS. DESCRIÇÃO DE CONDUTA TÍPICA. GARANTIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO. (TFR 3ª Região – 1ª Turma – RSE 2004.61.24.001780-3 – Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo - DJ 21/08/2007 p. 567).[6]

A denúncia que imputou ao recorrido a prática do delito previsto no artigo 34, § único, da Lei 9.605/98, complementada pela Portaria nº 30/2003, do IBAMA, por praticar atos de pesca amadora em uma embarcação, mediante o uso de petrecho proibido rejeitada ao fundamento de falta de justa causa para a ação penal pela atipicidade da conduta, tendo em vista que a captura de apenas cinquenta peixes que causou prejuízo insignificante à fauna aquática.

Não se pode deixar de evidenciar também que o bem jurídico tutelado pela lei ambiental é elevado à categoria de bem essencial à vida e à saúde de todos. Vige, em sede de direito ambiental, o princípio da precaução no que se refere à degradação da qualidade ambiental. Portanto, pune-se não só as condutas que causam a efetiva lesão, mas também as que provocam riscos de potenciais lesões ao meio ambiente.

[6] Recuperado a partir de <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/-3606654>.

Portanto, a aplicação do princípio da insignificância é vinculado à possibilidade de mensuração do bem jurídico tutelado. Não há como aplicá-lo em sede de crimes ambientais especialmente na fase de recebimento da denúncia.

Estudo de Caso 4

O quarto caso trata-se do julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A ementa teve por Relator a desembargadora Federal Vesna Kolmar, tal como segue referente ementa:

> PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DESCRITO NO ARTIGO 34, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, C.C. O ARTIGO 36 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA DELITIVA E COMPROVADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOLO. CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TFR 3ª Região – 1ª Turma – RSE 2005.61.24.000567-2 - Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar - DJ 12/06/2007 p. 216).[7]

No presente caso, o crime identificado foi o de pescar em período no qual a pesca é um ato proibido ou em lugares interditados por órgão competente e pesca quantidades superiores às permitidas, ou ainda mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos.

Cabe destaque ao ato considerando crime de pesca como sendo toda ação tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora, ambos atos criminosos previsto no art. 34, §único, II, combinado com o art. 36, da Lei n° 9.605/98. (Brasil, 1998).

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (B.O.) ambiental, no qual consta o registro da apreensão de duas redes de *nylon*, com 4 metros de comprimento por 2 metros de altura, ambas as malhas de 170 milímetros.

De acordo com o Auto de Infração Ambiental e pelo Laudo de Dano nº 5632/2006, constata-se que as redes apreendidas são consideradas petrechos não permitidos.

Acerca deste problema, não há que se aplicar o princípio da insignificância ao presente caso, tendo em vista que o réu foi flagrado durante ato de pesca em período proibido (piracema), com petrechos proibidos, fato que configura o crime de pesca.

[7] Recuperado a partir de <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/-3606654>.

Não se exige, para a configuração do tipo penal, a captura de peixes. Trata-se de crime formal, cujo resultado consiste em mero exaurimento do tipo.

É certo que, apenas em hipóteses excepcionais, é cabível a aplicação do princípio da insignificância com relação ao crime do artigo 34 da Lei nº 9.065/98. Contudo, no caso dos autos, não há nenhuma excepcionalidade que justifique a aplicação de tal entendimento.

Por fim, pode-se observar que diante do estudo realizado sobre os casos referenciados neste artigo, na maioria dos mesmos ficou evidenciada a intenção de diminuir o crime ou as suas referidas penas através do princípio da insignificância, almejando um amortecimento de sua impunidade.

5. CONCLUSÃO

Todo o sistema de proteção do meio ambiente é regido pelo Direito Ambiental, sendo que o Estado e a sociedade devem observá-los. Assim o acometimento de dano ao meio ambiente, sendo o sujeito pessoa física ou jurídica, incorrerá na necessária e devida reparação, se possível, do dano sofrido, sem prejuízo de responder nas áreas civil, administrativo e criminal. (Prado, 2001).

Cabe observar ainda que diversas normas penais ambientais incriminadoras, inclusive as contra a fauna, não surtem efeito pois, embora tenha a sua sanção determinada, o conteúdo permanece indeterminado, sendo as condutas incompletas e assim necessitando de complemento legal para serem efetivas.

Além disso, para não haver um questionamento acerca da legalidade destas normas, as mesmas devem ser evitadas, para que não haja o descumprimento sob argumentação de erro de proibição.

Apesar disso, há de se observar que a destruição do meio ambiente prejudica a coletividade, tendo em vista que o mesmo se trata de um bem que não pertence a uma pessoa ou pessoas determinadas, mas a toda a sociedade.

De fato, após analisarmos os crimes ambientais contra a fauna aquática sob diversos aspectos, devido a gravidade da lesão, optou-se por denominar o crime ambiental como um crime de perigo, o qual é indicado para as lesões graves que impossibilitem a reparação do dano.

Para ilustrar tal argumentação, o presente trabalho realizou o estudo de quatro casos julgados em grau de recurso, que pugnaram pelo principio da insignificância nos referidos casos.

Assim, após examinar a Lei Ambiental (Lei n° 9.605/98), a qual regula os crimes contra a natureza, conclui-se que as leis incriminadoras protetivas do meio ambiente, quando cumpridas pelos que a aplicam, são capazes de produzir os efeitos desejados no que diz respeito à proteção do meio ambiente, inclusive da delicada fauna aquática.

Pois, ao se tutelar o meio ambiente, tutela-se também a vida no âmbito global, tendo em vista que o direito a um ambiente equilibrado e às condições para uma vida sadia é um direito de todos os indivíduos.

A problemática, que instigou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma, e se seria possível, o julgador brasileiro utilizar a Lei de crimes ambientais (n. 9.605/98) para inibir os delitos criminosos em relação à fauna aquática, no Brasil. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, à medida em que se analisou a legislação, as posições doutrinarias e as jurisprudências à respeito do tema em questão.

A conclusão a que se chegou foi a de que a Lei de Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/98), que regula os crimes contra a natureza, possui mecanismos importantes e cogentes para inibir e punir os atos criminosos contra a fauna aquática; pois, ao se tutelar o meio ambiente, tutela-se também a vida no âmbito global, tendo em vista que o direito a um ambiente equilibrado e às condições para uma vida sadia é um direito de todos os indivíduos. Nesse mesmo sentido, concluiu-se que a jurisprudência brasileira segue nesse mesmo sentido.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, D. E. (1999). *Encyclopedia of environmental science*. Springer Science & Business Media.

ALMEIDA, V. F. (2008). Importância dos costões rochosos nos ecossistemas costeiros. *Cadernos de ecologia aquática*, p. 19-32.

AMARAL, A. C. Z., do Amaral, E. H. M., Leite, F. P. P., & Gianuca, N. M. (1999). Diagnóstico sobre praias arenosas. In *Workshop "Avaliação e ações"*.

BARCELOS, M. E., RIGUETE, J. R., SILVA, L. T., & FERREIRA JÚNIOR, P. F. (2012). A visão panorâmica sobre os solos das restingas e seu papel na definição de comunidades vegetais nas planícies costeiras do sudeste do Brasil. *Natureza*, *10*, 71-76.

BRASIL (1998). Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.* Diário Oficial da União. Recuperado a partir de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>.

BRASIL, A. N. A. (2011). *Cuidando das águas: soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*. Agência Nacional de Água.

BRASIL, Código de Processo Penal. (1941). *Decreto Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941*. Diário Oficial da União. Recuperado a partir de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL, Código Penal. (1940). *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Recuperado a partir de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BROWN, A.C. & MCLACHLAN, A. (1990). *Ecology of Sandy Shores*. Amsterdam: Elsevier.

CAMPOS NETO, A. A. M. (2012). O tráfico de animais. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 307-347.

CARMO, T. D., Melo, R. M. S., OLIVEIRA, A. D., AKAHORI, L., ALMEIDA, R. D., & Lovat, T. J. C. (1994). Conhecendo o manguezal: material didático. Vitória: *Editora Fundação Ceciliano Abel de Ameida*.

CHESLEY, Paul (2017). Ocean Habitats and Information. *National Geographic*. Recuperado a partir de 21 de outubro de 2018 de <https://www.nationalgeographic.com/environment/habitats/ocean/>.

CINTRÓN-MOLERO, G., & SCHAEFFER-NOVELLI, Y. (1992). Ecology and management of New World mangroves. In *Coastal plant communities of Latin America*. Academic Press.

CONNELL, J. H. (1978). Diversity in tropical rain forests and coral reefs. *Science*, *199*(4335), 1302-1310.

COPPER, P. (1994). Ancient reef ecosystem expansion and collapse. *Coral reefs*, *13*(1), 3-11.

CORREIA, M. D., & SOVIERZOSKI, H. H. (2005). *Ecossistemas marinhos: recifes, praias e manguezais*. Maceió: Edufal.

DAILY, G. C. (1997). Nature's Services: *Societal Dependence on Natural Ecosystems*.

ERMANN, P. (2007). *Crimes contra a fauna de acordo com a lei do meio ambiente* (Bacharel). Universidade Federal do Paraná.

ESTEVES, F. D. A. (1988). Fundamentos de limnologia. Rio de Janeiro: FINEP. *Interciência*.

GERLING, C., RANIERI, C., FERNANDES, L., GOUVEIA, M. T. J., & ROCHA, V. (2016). Manual de ecossistemas marinhos e costeiros para educadores. *Santos: Comunnicar*.

LUFT, Pedro Celso. (1990) Dicionário Brasileiro Globo. São Paulo: Editora Globo.

LUGO, A. E., & Snedaker, S. C. (1974). *The ecology of mangroves*. Annual review of ecology and systematics.

MARTINS, E. R. C. (2012). *Tipologias de lagoas salinas no Pantanal da Nhecolândia (MS)*. (Dissertação de doutorado) Universidade de São Paulo.

MCLACHLAN, A. (1980). The definition of sandy beaches in relation to exposure: a simple rating system. *South Africa Journal of Science*, *76*, 137-138.

MEDINA, R. D. C. A. (2008). *Direito Penal Acadêmico*: Parte Geral. De Andréa Ferreira & Morgado Editores. Rio de Janeiro.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

MICHAELIS, M. (2015). *Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos.

MILARÉ, E. (2011). *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MMA, Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. (2010). *Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil*. Brasília: MMA/SBF/GBA.

NYBAKKEN, J. W. (2001). *Marine biology: an ecological approach* (Vol. 5). San Francisco: Benjamin Cummings.

OCEANIC INSTITUTE. (2018). Oceanic Institute. *Hawai Pacific University*. Recuperado a partir de 1 dezembro de 2018, de <http://oceanicinstitute.org/>.

ODUM, Eugene P. (2001). *Fundamentos de Ecologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 6 ed. 820 p.

PINHEIRO, M. V. A., & Claudino-Sales, V. (2018). Dunas Costeiras de Fortaleza: Evolução Geomorfológica e Resgate Geohistórico.

POZZETTI, Valmir césar e MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. *Gerenciamento ambiental e descarte do lixo hospitalar*. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 14, nº 28, p. 195-220, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/-revista/index.php/veredas/article/view/949/544>. Consultado em: 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César, POZZETTI; Daniel Gabaldi e POZZETTI, Laura. *A importância do princípio da precaução no âmbito da conservação ambiental*. Revista Campo Jurídico. Vol 2, n. 2; 2020. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/661/550>, consultado em 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César, FONTES, Juliana de Carvalho, CROMWELL, Adriana Carla Souza. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva* | n.41 | p. 51-74 | maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/11/DIR41-03.pdf>. Consultada em 02 ago. 2022.

POZZETTI, Valmir César e GASPARINI, Mateus Roberto Papa. *Prejuízos ambientais à fauna aquática do estado do amazonas por disseminação de espécies alóctones*. Revista Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19 - n. 1, p. 180-204, 1º sem. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/158175/prejuizos-_ambientais_fauna_gasparini.pdf>, consultado em 02 ago. 2022.

PRADO, L. R. (2001). *Crimes contra o ambiente*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 103.

RODRÍGUEZ, C. (2015). *Estimativa do potencial sequestro de carbono em áreas de preservação permanente de cursos d'água e topos de morros mediante reflorestamento com espécies nativas no município de São Luiz do Paraitinga*. São José dos Campos: INPE. Recuperado a partir de: <http://urlib.net/8JMKD3MGP3W34P/3JSQ4PS>.

ROSSI, M., & MATTOS, I. F. A. (2002). Solos de mangue do estado de São Paulo: caracterização química e física. *Revista do departamento de Geografia*, *15*, 101-113.

SUGUIO, K., & MARTIN, L. (1990). Geomorfologia das restingas. In. *São Paulo: Academia de Ciências do Estado de São Paulo*.

TRES, D. R., Reis, A., & SCHLINDWEIN, S. L. (2011). A construção de cenários da relação homem-natureza sob uma perspectiva sistêmica para o estudo da paisagem em fazendas produtoras de madeira no planalto norte catarinense. *Ambiente & Sociedade*, *14*(1), 151-173.

TUNDISI, J., & TUNDISI, T. (2008). *Limnologia*. São Paulo: Oficina de Textos. 631 p. Soils and Sediments, *2*(4), 216-222.

UNESCO, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization. 2018. *Facts and Figures on Marine Biodiversity*. Recuperado a partir de <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/ioc-oceans/focus-areas/rio-20-ocean/blueprint-for-the-future-we-want/marine-biodiversity/facts-and-figures-on-marine-biodiversity/>.

USEPA (2006) United States Environmental Protection Agency. *Marine Ecosystems*. Recuperado a partir de <https://www.epa.gov/eco-research>.

VACCARI, D. A., STROM, P. F., & ALLEMAN, J. E. (2006). *Environmental biology for engineers and scientists* (Vol. 7, p. 242). New York: Wiley-Interscience.

ZAMBRANO, Virginia e POZZETTI, Valmir César. *Revolução verde e retrocesso ambiental*. Revista Catalana de Dret Ambientale. Vol. XII Núm. 1 (2021): 1 – 27. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir%20Pozzetti/Downloads/393343-Text%20de%20l'article-571192-1-10-20211028.pdf>, consultada em 02 ago. 2022.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS COMO GARANTIA DE OPERAÇÕES CREDITÍCIAS

FIDUCIARY SALE OF REAL ESTATE AS COLLATERAL FOR CREDIT OPERATIONS

Daiany Franco[1]

Andréa Grandini José Tessaro[2]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo tecer considerações acerca do instituto jurídico da alienação fiduciária de imóvel como forma de garantia de operações de crédito, com a indicação dos pressupostos a que se vincula e das vantagens que produz, em especial, à possibilidade de consolidar a propriedade do bem em favor do credor para satisfazer a obrigação do devedor sem a intervenção do Poder Judiciário. Com metodologia bibliográfica, o artigo demonstra como essa modalidade de ônus real garante uma maior celeridade, se comparada às demais.

Palavras-Chave: Alienação fiduciária de imóvel. Garantia de pagamento. Operação de crédito. Modalidade de ônus real. Lei 9.514/97.

Abstract: The purpose of this article is to make considerations about the legal institute of the fiduciary sale of real estate as a form of guarantee of credit operations, with the indication of the assumptions to which it is bound and the advantages it produces, in particular, to the possibility of consolidating the ownership of the asset in favor of the creditor to satisfy the debtor's obligation without the intervention of the Judiciary. Using bibliographic methodology, the article demonstrates how this modality of real burden ensures greater speed, compared to the others.

Keywords: Fiduciary sale of real estate. Payment Guarantee. Credit operation. Actual encumbrance modality. Law 9.514/97.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir o instituto da alienação fiduciária de imóveis, modalidade criada no Brasil pela Lei 9.514/9, por meio do qual as promessas de pagamento oriundas de operações de crédito ficam garantidas por imóvel.

Serão cotejados os fatores inerentes ao processo de constituição e de extinção de tal ônus real, que de acordo com Leitão (2012), constituem o registro e a baixa do gravame lançado no cadastro imobiliário do bem, indicando as circunstâncias positivas que nos remetem ao uso deste meio de crédito, para o que serão sopesados

[1] Bacharel em Direito pela Unisociesc, e-mail daianyfranco2@hotmail
[2] Doutora e Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade pela Universidade da Região de Joinville (Univille), Oficial de Justiça no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, lotada em Itapoá.

os fatores passíveis de comparação com os demais tipos do grupo das garantias, como por exemplo o custo e o tempo destinado ao trâmite das etapas.

Vale dizer que, apesar da base legal da alienação fiduciária em imóveis corresponder à Lei 9.514/97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, é importante destacar que o destino do crédito não se destina única e exclusivamente à aquisição do imóvel dado em garantia. Nessa perspectiva, o interesse do legislador superou a expectativa de que o benefício pecuniário gerado pela movimentação financeira ora analisada fosse direcionado apenas para a compra do próprio bem garantidor, vez que a Lei nº 9.514/97 outorga o uso dos recursos para salvaguardar qualquer compromisso com liquidez.

Na prática, o imóvel dado em garantia não sofre qualquer alteração atinente ao uso, permanecendo o devedor na posse mesmo sem deter o direito de propriedade, até que o negócio gerador seja resolvido. A resolução da avença é tida como uma via de mão dupla e se a dívida for quitada, o atual proprietário devolve o bem ao anterior. Caso contrário, ou seja, na hipótese de inadimplemento, nasce para o credor o direito de posse, e a legitimidade para dispor a terceiros.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, consistente em estudos e leitura de doutrinas, legislação e artigos científicos sobre a temática escolhida.

1. LEI 9.514/ 97, GARANTIAS E PECULIARIDADES

Com o advento da Lei 9.514/ 97, a alienação fiduciária com imóvel dado em garantia foi introduzida no grupo das modalidades de operação de crédito hodiernamente existentes.

Os contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação.

De acordo com o BACEN (Banco Central do Brasil), no mês de dezembro do ano de 2022 foram realizadas 2.110 aquisições de imóveis via contrato de hipoteca, ao passo que a alienação fiduciária foi utilizada 59.665 vezes no mesmo período.

Há quem acredite que o nascimento da norma tem como fundamento o interesse de alavancar o poder econômico, o que não deixa de ser errado, mas este não é o único motivo. A confiança é a base da palavra crédito, e disto resulta que o

proveito depende de ato discricionário, com resultado incerto, variável e influenciável por diversos fatores pessoais ou não. (Rizardo, 2020).

O autor aclara que, em consequência, a exigência de garantia não tem o efeito de substituir o termo confiança, e dar maior eficiência no cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor em face do credor. (Rizardo, 2020).

A alienação fiduciária é entendida como o negócio jurídico em que o credor tem o domínio do bem alienado até que o devedor pague a totalidade das parcelas assumidas, sob a condição resolutiva.

De acordo com Miranda (1977, p. 123) “sempre que a transmissão de um bem tem um fim que não é a transmissão, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação a quem se transmite, há fidúcia ou negócio jurídico”.

O próprio nome revela que a alienação fiduciária não só é um negócio jurídico, e que o propósito da sua composição é externar a manifestação da vontade de transferir e logo em seguida reaver a propriedade de um determinado imóvel. (Bulgarelli, 2000).

Isso significa que o negócio não termina com a alienação, ideia drástica e prematura pelo fato de que o devedor fiduciante deseja retornar ao posto de dono da coisa depois de cumprir integralmente a sua obrigação. Portanto, a figura jurídica criada nos contratos de alienação fiduciária revela que os direitos sobre o bem dado em garantia possuem semelhança com as causas suspensivas do seu exercício, as quais apenas são levantadas ao final da negociação e de acordo com o desfecho da dívida, de modo a impedir a adoção de qualquer providência sem antes definir se ainda existe a figura de credor e devedor.

A presença de dívida vencida e não paga faculta ao credor a consolidação da propriedade a seu favor, simplesmente porque a alienação não é o propósito do contrato fiduciário, já que as partes enunciam claramente a sua vontade de transferir de acordo com o resultado daquele negócio, situação que não configura fraude contra direitos de terceiros. (Rosa Júnior, 2006)

Existe, pois, transparência nos objetivos de ambas as partes, afastando qualquer rumor de simulação para obter vantagem ilícita. Terra (1998, p. 44) defende que a alienação fiduciária

> [...] atenua as dificuldades normais encontradas nos tradicionais instrumentos de garantia, oferecendo maior rigor e eficiência na segurança do crédito, principalmente devido ao crescente abalo, pelo Poder Judiciário, ao prestígio

> da hipoteca como fomentador da garantia do crédito, da rapidez de sua execução e, quanto à eficácia do direito de seqüela e de sua oponibilidade perante terceiros, especialmente nas situações de falência do devedor hipotecante.

Para o autor, o maior proveito do credor fiduciário reside na cautela face à inadimplência do devedor fiduciante não adimplir, caso em que o primeiro poderá exigir que seu crédito e sua garantia guardem privilégio perante os credores quirografários. A transmissão em garantia, nesse aspecto, configura um meio legítimo de coação do devedor, e de outra banda, um acautelamento do credor em face de outros eventuais credores. (Terra, 1998, p. 44)

Desse modo, a alienação fiduciária exerce papel acessório para o fim de proteger o negócio principal, pelo que após os trâmites administrativos, surgirá a propriedade fiduciária.

Na relação obrigacional, a garantia é o meio jurídico pelo qual se protege o direito subjetivo de uma das partes, impedindo que eventual lesão contra esse direito provoque a inexecução da obrigação pelo devedor.

Em linhas gerais, o principal reflexo das garantias reais é o de separar o patrimônio do devedor e propiciar maior confiança em seus negócios. A partir do momento em que um bem é destinado à segurança do credor, apenas poderá ser afetado pelo pagamento daquela determinada obrigação, possibilitando que o pagamento desta seja feito por meio do bem vinculado ao negócio que visa a satisfação. (Terra, 1998).

É forçoso dizer que o registro do gravame real permanecerá até que ocorra uma das causas de extinção, ou seja, a gravação do bem persiste concomitantemente à existência da garantia, ainda que transferido a terceiro.

Vale ressaltar que, caso a obrigação não seja cumprida integralmente no vencimento, o credor deverá promover a venda do bem e o saldo obtido deve ser destinado ao pagamento do crédito, revertendo ao devedor eventual quantia remanescente.

É oportuno destacar ainda que se o saldo obtido pela venda não satisfazer o interesse do credor, a obrigação do devedor em relação ao restante permanecerá, a diferença é que agora não mais existe uma garantia.

O Código Civil define como princípios das garantias a especialidade, a indivisibilidade e a acessoriedade, e prevê como sendo os benefícios trazidos ao credor, a preferência ou prioridade em relação àquele bem, além dos direitos de excussão, sequela, retenção, bem como a proibição do pacto comissório.

O princípio da especialidade decorre do vínculo entre a garantia, patrimônio do devedor e a dívida, através do qual a proteção tem motivo específico e pessoas determinadas. (Pereira, 2022).

A formação da garantia pressupõe a existência de negócio com informação de dados pessoais que permitam a identificação do crédito, prazo para quitação, valor total que será pago, do contrário não surtirá nenhum efeito. A indivisibilidade, por seu turno, significa que a garantia atinge a totalidade do imóvel, ao passo que a acessoriedade remete à existência de uma obrigação principal, a qual, quando extinta, também abrange a garantia. (Dantzger, 2010).

Neste viés, convém destacar que, conforme foi dito, se o valor da venda não for suficiente para o adimplemento total da dívida, o devedor permanecerá obrigado pelo restante. Destarte, a garantia real é considerada mais eficiente pelo fato de que vincula um bem do devedor ao crédito obtido através do credor, sendo que esta relação é oponível a todos, ou seja, ostenta efeito *erga omnes*. (Restiffe Neto, 2000).

E não seria diferente que, após o surgimento da alienação fiduciária, o instituto da hipoteca foi cada vez menos usado. Resstiffe Neto (2000) aclara que o credor da alienação fiduciária será sempre exclusivo, vez que não é possível utilizar o imóvel como garantia de duas ou mais pessoas, sob pena de permitir que o devedor obtenha mais empréstimos do que pode pagar e, ao final, acumule um grande número de dívidas, sendo certo que as últimas provavelmente não serão honradas com o saldo da alienação.

Nessa senda, verifica-se que os direitos reais e os direitos pessoais não podem ser tratados como iguais, posto que o primeiro atinge o patrimônio e o segundo diz respeito ao compromisso assumido pela pessoa. Isso significa que apenas o primeiro (real) é exigido independentemente da vontade de terceiros. (Pereira, 2022).

> O direito real é exercido e recai sobre a coisa, e também objeto basicamente corpóreo, embora não se afaste a noção de realidade sobre bens imateriais, enquanto o direito obrigacional tem como objeto relações humanas. Sob esse aspecto, embora essa noção deva ser aprimorada, afirma-se ser o direito real absoluto, exclusivo, exercitável erga omnes. Por outro lado, o direito obrigacional é relativo. A prestação é o objeto do direito pessoal ou

> obrigacional, somente podendo ser exigida do devedor. O direito real caracteriza-se pela inerência ou aderência do titular à coisa. (Venosa, 2022, p. 31).

No mesmo sentido, Donizetti (2021, p. 199) esclarece que

> [...] os direitos reais estabelecem-se entre um sujeito e toda a coletividade, vinculando o sujeito ativo a uma coisa (bem corpóreo suscetível de valoração econômica), por meio de um liame direto, imediato; como se vê, o objeto de tal relação jurídica é sempre uma coisa, ou seja, um bem material suscetível de valoração; os direitos reais têm caráter duradouro; são oponíveis erga omnes; geram direito de sequela, que é o direito de perseguir a coisa objeto do direito se ela for subtraída do sujeito.

A possibilidade de oposição desse direito de forma global, aclara Forgioni (2015), é a sua principal vantagem, o que justifica por exemplo, o direito do proprietário de reivindicar a coisa de quem dela se aproprie, bastando que prove ser sua a propriedade, ou seja, o proprietário de um direito real, se impõem perante um terceiro e opõe o seu direito de forma totalmente absoluta.

O direito real sobre coisa alheia, segundo Deda (2000), se divide em direitos de gozo e de garantia, sendo o primeiro conferido ao titular a faculdade de uso, atividade e participação efetiva sobre a coisa, sendo o usufruto, uso, habitação e as servidões positivas. Enquanto ao direito de garantia, está relacionada com uma obrigação, que é atribuída como um direito principal, ainda que a garantia seja acessória, no caso do penhor, por exemplo, parcela de fruição é cedida ao titular da garantia, com a devida transferência da posse do bem.

No que diz respeito aos bens dados em garantia:

> [...] bens são coisas materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito. Assim interessam ao direito as coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem e apreciável economicamente, tais como: prédios, semoventes, moedas, etc., pelo que coisa (material ou imaterial) seria espécie do qual o bem é gênero. (Saad, 2001, p. 24).

Portanto, é evidente que ambas as partes são beneficiárias deste tipo de negociação, pois a falta de pagamento é fator importante desde o início e para ela já existe um bem que será alienado para a quitação. Nesse norte, Wald (2001), o acréscimo de confiança é elemento primordial para a escolha deste tipo de contratação, e isso tem proporcionado o aumento de pessoas interessadas na aquisição de bens.

Sendo assim, enquanto de uma banda o devedor está obrigado a pagar as parcelas assumidas no negócio, o credor deverá transferir o bem ao final, do contrário não seria possível dizer que as tratativas foram realizadas sob a premissa da confiança.

O conceito de crédito nada mais é do que recursos provenientes de uma pessoa a outra, as quais estipulam a forma e o prazo para a devolução, que não será imediato e sim futuro.

Com efeito, em se tratando de alienação fiduciária de imóvel, é suficiente dizer que os valores provenientes deste tipo de contratação não necessariamente precisam ser direcionados ao próprio bem dado em garantia. Por outro lado, após a liberação do crédito, o fiduciante passa a ter a posse direta e o fiduciário a posse indireta do imóvel alienado fiduciariamente.

E, somente após o cumprimento integral da avença pelo devedor, será possível afirmar que a propriedade fiduciária do imóvel foi resolvida, e depois disso é que se admite a restituição da mesma ao proprietário originário (devedor), porque nessa hipótese o credor fiduciário, que figurava como titular do gravame na matrícula, não possui legitimidade para criar obstáculo a tal ocorrência. (Chalhub, 2021).

Há quem diga que a propriedade fiduciária se caracteriza por ser resolúvel, ou seja, se o alienante quitar a dívida a propriedade automaticamente se resolve, surgindo para o fiduciário o dever de fornecer a documentação necessária para a baixa do ônus real. (Deda, 2000).

Nesta situação, após o envio do termo de quitação ao Oficial do Registro de Imóveis, o registro em questão será cancelado.

De outra banda, quando se tratar de inadimplemento, para o que é indiferente se total ou parcial, o credor estará autorizado a consolidar a propriedade em definitivo, desde que tenha constituído o devedor em mora.

Com a entrada em vigor da lei da alienação fiduciária de bens imóveis, os empréstimos pecuniários aumentaram por conta da garantia de que senão pelo pagamento, e sim pelo imóvel, o valor retornaria aos cofres do credor.

Em que pese a simplicidade do instituto da alienação fiduciária, a modalidade pressupõe, da mesma forma como os demais tipos de negociação, que o agente seja capaz, que não seja ilícito o objeto, e por fim que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. (Chalhub, 2021).

Além disso, são também exigidos os requisitos de ordem objetiva, subjetiva e formal. No que tange ao requisito objetivo, somente após o advento da lei 9514/97 é que ele foi atendido, eis que a partir daquele momento foi autorizada a alienação fiduciária para bens imóveis, em outras palavras, coisas que podem ser objeto do contrato.

Com relação aos requisitos subjetivos, Deda (2000) explica que são dois: a capacidade e a legitimação. A capacidade significa que o devedor e o credor podem manifestar a vontade de contratar, na forma do Código Civil. Já a legitimidade, ensina Chalhub (2021), é a possibilidade de fazer parte do contrato, seja como credor ou devedor, sendo que art. 22, § 1º, da Lei n. 9.514/97 autoriza tanto a pessoa física como a jurídica, ainda que não integre o SFI - Sistema Financeiro Imobiliário.

Quanto à formalidade, a Lei n. 9.514/97, art. 38, estabelece que os contratantes devem redigir documento escrito, seja escritura pública ou instrumento particular.

> Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública. (BRASIL, 1997).

Por fim, a Lei n. 9514/97 estabelece, no art. 24, elementos formais que devem ser observados pelas partes contratantes da alienação fiduciária de bem imóvel, sem os quais não há validade:

> Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:
> I - o valor do principal da dívida;
> II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
> III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
> IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
> V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
> VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
> VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27. (BRASIL, 1997).

Então, depois de superadas todas essas premissas, os contratantes estão autorizados a modificar o cadastro imobiliário do imóvel garantidor, incluindo o

gravame de natureza real através do registro, ato que compete à serventia extrajudicial, cujo serviço é remunerado pelos emolumentos.

De modo geral, existem aspectos comuns entre as espécies de alienação fiduciária e de propriedade fiduciária.

A fim de facilitar a compreensão, são características comuns a natureza teleologicamente orientada, o aumento da eficácia através do registro, a constituição da propriedade (e demais formas de titularidade) fiduciária o instrumento constitutivo escrito, público ou particular, e o desdobramento da posse em direta e indireta. (Lima, 1962).

O instituto em debate foi introduzido originalmente em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento inicialmente de bens móveis e duráveis, inserindo mais um direito real de garantia, que se une com os demais, é com características próprias.

É certo que, a Lei nº 4.728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei nº 911/69, disciplinando a garantia fiduciária se tornando muito útil no mundo negocial. O referido instituto sofreu alterações com a Lei nº 10.931/2004, que teve por finalidade maior criar patrimônio de afetação para incorporações imobiliárias. (PEREIRA, 2015).

O Código Civil estabelece os contornos gerais da matéria de propriedade fiduciária, nos artigos 1.361 a 1.368-B, e até então o legislador não permitia a alienação de bens imóveis, somente de bens móveis, que visava facilitar o crédito ao consumidor. (BRASIL, 2002).

Assim, visando melhores vantagens aos imóveis, surgiu a Lei nº 9.514 de 20/11/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituindo a alienação fiduciária de imóveis, e demais disposições (BRASIL, 1997), e de acordo com Venosa (2022), a alienação fiduciária para bens imóveis possui a mesma concepção material do instituto original, ainda que os aspectos procedimentais sejam diferentes.

Nesse sentido, corrobora-se o art. 22 da Lei 9.514/97, que conceitua a alienação fiduciária como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa móvel”. (Brasil, 1997).

Inicialmente, caso se trate de bens móveis, o instrumento pode ser público ou particular. Vale consignar que, em se tratando de veículos, o documento deve ser apresentado no Órgão de Trânsito competente. (Amaral Neto, 2011).

Por sua vez, na alienação fiduciária de imóveis, a anotação do gravame é realizada no Ofício de Imóveis, e aqui também o instrumento pode ser público ou particular.

Neste viés, os financiamentos se tornaram mais acessíveis ao público pelo fato de que os custos da transação são reduzidos quando o contrato particular foi aceito com força de escritura pública.

Observa-se que a propriedade fiduciária é formada na ocasião da assinatura do instrumento escrito, porém se torna perfeita e acabada, ou seja, produz efeitos contra terceiros, apenas quando levada a registro. (Silva, 2014).

Em outras palavras, o marco inicial da sua existência é a manifestação de vontade das partes por escrito, ao passo que os reflexos no mundo jurídico estão condicionados ao registro competente do imóvel dado em garantia.

Convém salientar que, para o credor fiduciário, no caso de insolvência do devedor, a extensão é de suma importância. O desdobramento da posse, segundo Chalhub, (2021), pressupõe a constituição da propriedade fiduciária. O credor fiduciário assume a condição de possuidor indireto do bem, o devedor, por sua vez, é quem detém a posse direta. No caso de financiamento destinado à compra do próprio bem, percebe-se que o adquirente/devedor desde logo poderá ocupá-lo.

São dois os desfechos da alienação fiduciária. Primeiro, a superveniência de inadimplemento resultará na posse plena a favor do credor, o qual poderá executar a garantia e alienar o imóvel. Segundo, ocorrendo o pagamento integral das parcelas, a propriedade fiduciária é resolvida e o credor fica obrigado a entregar ao devedor termo de quitação para que seja possível providenciar o cancelamento do registro lançado na matrícula do bem.

Registra-se que o Código Civil, no art. 1.367, prevê que ao credor fiduciário não compete usar o bem, nem fruir e nem permanecer com ele, devendo, pois, aliená-lo no caso de inadimplemento. (Brasil, 2002).

É por conta disso que os Tribunais têm negado a responsabilidade do credor fiduciário no que tange ao pagamento das despesas da coisa, exceto quando configurada a posse plena. Enquanto não restar configurado o inadimplemento, a propriedade fiduciária produz somente a expectativa de dispor do bem se o devedor

não honrar o compromisso assumido. Mas, quando confirmado o descumprimento das parcelas, surge o direito de consolidar a propriedade e de vender/executar o bem. (Amaral Neto, 2011).

O Código Civil veda o pacto comissório (art. 1.365) e obriga o credor vender a coisa a terceiros no caso de inadimplemento (art. 1.364). Da mesma forma, a Lei 9.514/1997, apesar de regulamentar que, quando a mora não for purgada, restará consolidada a propriedade fiduciária do imóvel, mediante averbação no registro competente, dispõe o prazo para realização do leilão extrajudicial. (Brasil, 1997).

Orlando Gomes (2023, p. 357) ensina que "O negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire em 'confiança' a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição."

Na alienação de bem móveis disciplinada pelo Código Civil, em que o credor mantém a propriedade do bem até o final do pagamento do valor financiado, o devedor mantém a posse direta, mas não a propriedade, não tendo a disponibilidade da coisa. Inclusive o art. 1.363, do CC, enfatiza que o alienante fiduciário de coisa móvel, possui o status de depositário do bem, sujeitando aos encargos civis e penais deles decorrentes. (Venosa, 2022).

Portanto, o credor adquire a propriedade resolúvel da coisa alienada, o devedor fiduciário permanece na posse direita do bem, usufruindo-o. Entretanto, importante registrar particularidade do negócio, em que o bem é transferido para fins de garantia, nãos e confundindo com os direitos reais de garantia do Código Civil, como o penhor, hipoteca e a anticrese, porque nessas o direito real é limitado, enquanto na alienação fiduciária do bem imóvel, opera-se de imediato a transferência do bem ao credor.

Venosa (2022) defende que quem aliena, não grava. O devedor fiduciante entrega o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a coisa alheia, enquanto na garantia fiduciária possui direito real sobre a própria coisa.

A alienação fiduciária, assim como qualquer outro negócio jurídico, pressupõe que os agentes sejam capazes, o objeto seja lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei, além de exigir requisitos objetivos e formais.

De acordo com o § 1º do art. 22, da legislação em voga, o fiduciante pode ser pessoa física ou jurídica, é o próprio devedor ou terceira pessoa, que aliena um imóvel ao fiduciário que pode ser instituição financiadora ou não, estando legitimada às práticas do negócio, ainda que não integrantes do Sistema de Financiamento

Imobiliário. (Brasil Senado). Os requisitos de ordem objetiva, referem-se às coisas que podem ser objeto do contrato, uma vem que esse artigo versa sobre a alienação fiduciária de bens imóveis, é a Lei nº 9.514/97, que rege e estabelece o bem imóvel como objeto único e específico do contrato. A legislação especial, apresenta no art. 24, os requisitos para a constituição do negócio:

> Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:
> I - o valor do principal da dívida;
> II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;
> III - a taxa de juros e os encargos incidentes;
> IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
> V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;
> VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
> VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27. (Brasil 1997).

Ainda, dos requisitos mais importantes, sem o qual o contrato não tem efeito jurídico, está descrito no §1º do art. 26-A da lei, cuja "consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora [...]".

No mesmo sentido, a Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, no art. 129, 5º, dispõem que os contratos de alienação fiduciária estão sujeitos ao registro para surtir efeitos contra terceiros (Brasil, 1973).

O credor fiduciário, ao receber o imóvel, torna-se seu proprietário fiduciário, passando a ser o titular do domínio sob uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária resolver-se-á automaticamente e por força de lei, assim que a dívida por ela garantida for integralmente satisfeita. (Amaral Neto, 2011).

Uma vez regularmente constituída a propriedade fiduciária, por intermédio do registro na matrícula imobiliária, não poderá ser atingida por nenhum outro crédito contra o fiduciante, seja ele de natureza falimentar, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra espécie, pois não pertence mais ao alienante-fiduciante, tendo sido, antes, afetada e removida do seu patrimônio e inserida no patrimônio do credor, ainda que em caráter resolúvel. (Chalhub, 2021).

Por outro lado, a legislação, no art. 28, possibilita a cessão do de crédito, o que implicará na transferência ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

à propriedade fiduciária, entretanto a cessão da posição contratual do fiduciante dependerá obrigatoriamente da concordância expressa do credor (art. 29), sendo que a transferência de posso de imóveis e contratos sem a manifestação expressa do credor não terá validade jurídica. (Brasil, 1997).

Uma vez paga a dívida, extingue-se a propriedade fiduciária em face do credor, o qual deverá fornecer, no prazo de trinta dias, a contar da data da liquidação, o termo de quitação, sob pena de multa em favor do devedor, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração sobre o valor do contrato. Somente após esse procedimento o oficial de registro imobiliário, em posse do termo de quitação, efetuará o cancelamento do gravame.

2. EFEITOS PRÁTICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Umas das principais diferenças e vantagem da alienação fiduciária na garantia de bem imóvel, reside no fato que nessa modalidade existe uma maior facilidade na recuperação do crédito em comparação com a hipoteca. A favor da alienação fiduciária de bem imóvel, recai o fato da preferência na execução, uma vez que nessa modalidade não há concurso de credores, diferente da hipoteca, além do fato que a resolução da propriedade independe do processo judicial. (Venosa, 2022).

Se a dívida não for paga, no todo ou em parte, o devedor fiduciante deverá ser constituído em mora para possibilitar que a propriedade seja consolidada em favor do fiduciário. A lei tornou mais simples o processo de consolidação da propriedade, tornando o uso do Poder Judiciário como última saída.

Outro ponto relevante é a dispensa de escritura pública para a concretização da alienação de um imóvel, de modo que a viabilidade de se fazer mediante instrumento particular transmitindo a ideia de um processo simplório e menos burocrático.

A viabilidade de se realizar a alienação fiduciária diretamente no Tabelionato de Notas e Protestos foi uma das principais vantagens deste instituto, pois o torna demasiadamente célere e também reduz os custos da sua concretização.

Tendo em vista que a posse não é totalmente do credor, o devedor pode usufruir do imóvel enquanto paga as parcelas do financiamento, o que reproduz intensa comodidade.

Por fim, dá-se maior segurança ao credor pelo fato de assumir parcialmente a propriedade do imóvel, situação que protege o negócio em face de eventuais golpes.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O procedimento consiste na intimação do fiduciante, pelo Oficial do Registro de Imóveis para realizar o pagamento do débito, prestações vencidas e vincendas em quinze dias, conforme art. 26, § 1º, incluindo-se os juros, penalidades legais e demais acréscimos previstos em contrato, observado o prazo de carência estabelecido em contrato para expedição de notificação, nos termos do § 2º. (Brasil, 1997).

Normalmente nos planos de financiamento imobiliário, Venosa (2022) explica que é de praxe aguardar um prazo de até três meses para liquidação dos débitos, visando uma resolução mais branda, porém nada impede que a intimação pelo Oficial, ocorra tão logo encontra-se em mora o devedor.

No procedimento para consolidação da propriedade, a intimação deverá ser feita pessoalmente, podendo ser via correio com aviso de recebimento, ou mediante solicitação do oficial do registro imobiliário, registro de título e documentos da comarca da situação do imóvel ou domicílio de quem deve recebê-la. (Brasil 1997).

A mora poderá ser purgada junto ao cartório de registro imobiliário e quaisquer discussões referentes aos valores descritos na intimação, deverão ser levadas ao judiciário, podendo-se utilizar-se da ação de consignação em pagamento. (Brasil, 1997).

Por fim, não havendo a purgação da mora, o fato deve ser certificado pelo oficial imobiliário, registrando-se na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, todavia, apenas poderá proceder dessa forma, se o fiduciário comprovar o pagamento do imposto de transmissão intervivos. (Brasil, 1997).

Perfectibilizada a consolidação da propriedade em favor do credor, incumbe a este promover a alienação do imóvel em trinta dias, nos termos do art. 27, não sendo permitido que permaneça com a posse do bem. Inclusive, o art. 24, VI, determina que o contrato informe o valor do imóvel para fins de leilão e quais os critérios de correção monetária. (Brasil, 1997).

Seguidos os procedimentos do leilão, nada impede que o credor fiduciário concorra no leilão, ofertando lances como qualquer terceiro, assim como o próprio devedor. Em que pese a lei não mencione sobre igualdade de condições, deve ser preferido o lance do devedor, se igual à maior oferta tanto por tanto, que, no caso, poderá manter o imóvel. Aplicam-se, supletivamente, os princípios da remição, também contemplada expressamente para a hipoteca. (Venosa, 2022).

A legislação é clara ao definir, para fins de leilão, qual é o significado de dívida e de despesa, sendo a primeira o saldo devedor da operação fiduciária na data em

que se inicia o processo de alienação - leilão, que é composto pelos juros, multas e demais encargos contratuais. Já em relação à despesa, corresponde à soma dos encargos e custas de intimação, assim como outras que se fizerem necessárias para que o leilão se concretize, de acordo com o art. 27, § 3º, I e II. (Brasil, 1997).

Ainda, subsistindo importância no valor alcançado no leilão, deverá ser entregue ao devedor em cinco dias após o ato, incluídos nesse valor as benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas, implicando em quitação recíproca (art. 27, § 4º) (Brasil, 1997).

Frustrada a primeira tentativa de leilão, na segunda tentativa, se o valor não for superior ao débito, a dívida será considerada extinta (§ 5º, devendo o credor dar quitação à dívida em 5 dias. Se ainda assim, houver crédito em favor do credor, este poderá utilizar meios ordinários de cobrança, ressalvando-se que a lei expressamente exclui a possibilidade de retenção por benfeitorias, de acordo com à parte final do art. 516 do Código Civil (Brasil, 1997).

O procedimento de cobrança extrajudicial da dívida e de leilão para fins de realização de garantia é constitucional, uma vez que o Poder Judiciário pode ser acionado a qualquer momento, quer antes, durante ou mesmo após a consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário em caso de inadimplemento do devedor.

Diante do exposto acima, tem-se que a hipoteca dá ao a seu titular apenas o direito de sequela, ou seja, de apenas perseguir a coisa, nas mãos de quem quer que esteja, que ocorre por meio de ação executória. O contrário ocorre na alienação fiduciária em que o bem desde o início fica em mãos do credor, sendo desnecessário o procedimento judicial. Na hipoteca, porém, é possível ao credor a adjudicação do bem, em que pese dependa de procedimento judicial. (Amaral Neto, 2011).

3. DA LEGALIDADE DOS EFEITOS

A aplicação da alienação fiduciária está regulada pelos artigos 25 e 30 da Lei n. 9.514/97, a qual, em síntese, prevê o modo como se dá a formação do negócio, a gravação do bem, a constituição da mora, a restituição do bem, assim como a consolidação da propriedade a favor do credor.

Por conta disso, faz-se mister destacar que a via extrajudicial a que se refere a alienação fiduciária não traz prejuízo à Constituição Federal de 1988, notadamente na parte que trata do processo legal.

Entretanto, a doutrina não é pacífica quando o tema é a constitucionalidade das consequências deste instituto.

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído com o propósito de estabelecer critérios favoráveis ao consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade diante do mercado de consumo e viabilizando a proteção dos seus interesses.

Neste viés, o princípio do devido processo legal impede qualquer a ameaça ou a lesão a direito na ocasião da análise Judicial, assegurando o direito ao contraditório e a ampla defesa, situação que interfere no tema da alienação ora em estudo, a qual como foi dito pode ser iniciada e concluída exclusivamente pela via extrajudicial, o que acaba ceifando eventual interesse na aferição da legalidade pelo Poder Judiciário.

Para Watanabe (1999), os procedimentos que restringem a defesa e obrigam a propositura de ação inversa devem estar em consonância com as exigências do direito substancial e de acordo com a Constituição Federal.

Associado a isso, há o argumento de que no rito da execução extrajudicial o credor fiduciário é revestido de atividades de caráter judiciário e faz valer de modo coercitivo seu direito.

De certa forma, é possível dizer que o agente fiduciário aplica as disposições da Lei 9.514/97 de maneira coercitiva, posto que o leilão do bem na hipótese de inadimplemento nada mais é do que a valoração desfavorável aos interesses do consumidor devedor.

Sob a ótica do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, não é correto interpretar o devido processo legal como sendo uma exigência de utilização da via judicial, até porque o devedor não está impossibilitado de procurar o Judiciário para salvaguardar os seus direitos, ainda que já alienado o seu imóvel, caso em que poderia debater a legalidade do ato e ao final requerer a respectiva indenização.

Na verdade, apesar do CDC ter como premissa evitar práticas abusivas em prejuízo do consumidor através de ferramentas que afastem qualquer restrição ao direito, no caso da alienação fiduciária sua aplicação é mitigada com vistas a garantir também a incidência do princípio da liberdade contratual, instituindo uma maneira de compensar eventual desequilíbrio capaz de afetar a relação de consumo (Amaral Neto, 2011).

Assim, o direito de provocar o Estado de forma alguma é passível de ser tido como inexistente quando se trata da alienação, pois, caso o devedor considere injusta a execução da garantia, poderá, por meio de ação própria, contestar o débito, os juros,

e contraditar a legitimidade do credor em assim o fazer, pleiteando o respectivo pagamento do dano se houver (Amaral Neto, 2011).

Logo, uma vez descumprida qualquer cláusula contratual ou também quando evidenciada a discrepância das cláusulas fixadas pela instituição financeira, é sim cabível medida judicial para interromper o andamento do contrato de alienação fiduciária de imóvel.

Cabe destacar que a transmissão do bem alienado a terceiros não é realizada sem que o devedor seja notificado, portanto, não se pode falar em impossibilidade de defesa ou de irresignação sobre eventual desfecho negativo para o seu patrimônio.

Ademais, nos contratos de alienação fiduciária as etapas estão especificamente detalhadas por escrito, inclusive o valor da venda do imóvel a ser utilizada por ocasião da venda, que ocorre quando o inadimplemento for configurado.

No documento também deve constar o prazo de notificação pelo Oficial do Registro de Imóveis, sem o que não se pode dizer que foi observado o equilíbrio das partes contratantes. Apesar do rito especial da alienação fiduciária, o único desejo do legislador foi priorizar a celeridade no restabelecimento do capital investido e o crescimento do mercado neste setor.

Convém dizer que os procedimentos para venda de unidades imobiliárias em construção, assim como os negócios vinculados ao Sistema de Financiamento Imobiliário, não obstruem a possibilidade de o devedor acionar o Judiciário.

Outrossim, mister reforçar que o credor também possui pontos negativos contra si, já que a alienação fiduciária impossibilita a execução de outros bens diferentes daquele que é o objeto da garantia da operação de crédito, episódio que não pode ser tido como positivo para o investidor quando a consolidação da propriedade não for capaz de satisfazer o crédito concedido.

Assim, é possível de se concluir que a legislação consumerista interfere em qualquer relação entre consumidor e fornecedor, e que a modalidade de execução da alienação fiduciária de imóvel apenas mitiga a forma de execução, em nada impedindo que as etapas sejam revisadas pelo Estado em processo judicial autônomo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observamos acima, a alienação fiduciária de bem imóvel causou impacto significante no setor financeiro, possibilitando o aumento de pessoas

interessadas na aquisição de bens, dada a facilidade, simplicidade, celeridade e a redução de custo nesse tipo de contratação. (Venosa, 2022).

Em suma, a alienação fiduciária nada mais é do que transferência da propriedade e da posse indireta de um imóvel para o fim de garantir operação de crédito em pecúnia, situação que fica sobrestada até que o tomador daquele valor termine de pagar a totalidade das parcelas, ou então quando configurar sua inadimplência. (Chalhub, 2021).

Do negócio fiduciário no Brasil, foi criada a alienação fiduciária, sendo incluída no campo jurídico através da Lei de Mercado de Capitais. A nova espécie de garantia real apresentou grande sucesso por conta das suas vantagens, como é o caso da desnecessidade de ingressar em Juízo para satisfazer o resultado. (Marino, 2009).

De igual modo, a modalidade foi tida como vantajosa em razão da redução de custos para a transferência da propriedade ao credor em caso de insolvência do devedor.

Devido ao grande sucesso em sua utilização, a alienação fiduciária foi evoluindo progressivamente até abranger os bens imóveis na Lei nº 9.514/97.

É importante ressaltar que na alienação fiduciária de imóvel, não há alteração em relação ao direito de uso, permanecendo o devedor na posse mesmo sem deter o direito de propriedade, até que o negócio gerador seja resolvido. E se for o caso de aquisição, o devedor desde logo é imitido na posse. (Marino, 2009).

Ademais, entre os principais pontos positivos da alienação fiduciária, foi destacado que o crédito obtido não necessariamente deve estar vinculado à compra do imóvel dado em garantia, mas sim que os recursos possam ser direcionados a qualquer compromisso com liquidez (Gomes, 2012).

Por sua vez, no que se refere à forma de execução da garantia para recomposição do capital, o Poder Judiciário poderá intervir a qualquer momento, a critério das partes, não sendo a forma de execução, por si só, vedada pela nossa constituição, ou seja, trata-se de procedimento administrativo constitucional legítimo (Gomes, 2012).

Dito isso, conclui-se que o objeto do contrato de alienação fiduciária é uma via de mão dupla, podendo seguir tanto pelo caminho do adimplemento da obrigação principal por parte do devedor, ficando o credor obrigado a fornecer ao fiduciante o termo de quitação ao oficial do Registro de Imóveis competente, que cancelará o registro da propriedade fiduciária, retornando assim a propriedade plena do imóvel, às

mãos do fiduciante, ou então pelo caminho da falta de pagamento, caso em que fica facultado ao credor consolidar a propriedade em seu nome, seja pela via judicial ou extrajudicial (Amaral Neto, 2011).

Com relação à via extrajudicial, parte da doutrina entende que o rito é inconstitucional e contrário às disposições do CDC, situação que já foi rechaçada pelo Poder Judiciário Brasileiro, no sentido de que o procedimento está de acordo com a Constituição Federal.

É incorreto interpretar a alienação fiduciária de imóvel apenas como se o direito do credor fosse preservado, pois, conforme foi dito, se o imóvel não for suficiente para satisfazer o crédito em nada estará garantido o saldo remanescente da dívida (Silva, 2014).

Inexiste, portanto, prejuízo para o direito de ação previsto na nossa Constituição Federal, pelo que é possível discutir a validade das cláusulas e a legalidade da sua utilização conforme cada caso, uma vez que isto é direito básico do consumidor e não se admite expressões que violem a igualdade e a proporcionalidade (Forgioni, 2015).

Em outras palavras, a Lei 9.514/97 vigora convergente ao Código de Defesa do Consumidor, tendo suas previsões normativas bem esclarecidas na legislação, o que nos faz entender que apesar da disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as consequências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, os efeitos se dão em total consonância com aquilo que prevê o instituto consumerista, não havendo que se falar em desequilíbrio ou prevalência de lei especial, quiçá conflito de normas.

Enfim, toda e qualquer formação de negócio deste tipo deve garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Alienação fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro**, In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2011.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. Circular nº 3.953, de 10 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/grafico/-graficocosic/imoveis_garantia>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>. Acesso em: 25 abri. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 16 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CHALHUB, Melhim N. Alienação Fiduciária - Negócio Fiduciário. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993696/.> Acesso em: 01 jun. 2023.

DANTZGER, Afranio Carlos C. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2010. E-book. ISBN 978-85-309-4226-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4226-7/.> Acesso em: 01 jun. 2023.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Alienação fiduciária em garantia: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2021, p. 199.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 8ª ed. Rio de janeiro: Revista Forense, 1983. Disponível em: <https://www.leitaodeleitura.com.br/#/ 97865545640/>. Acesso em: 23 mai. 2023.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Garantia das Obrigações. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LIMA, Otto de Souza. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 3.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v.IV. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9788530990862. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990862/.> Acesso em: 01 jun. 2023.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZARDO, Arnaldo. **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530988906. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-#/books/9788530988906/.> Acesso em: 01 jun. 2023.

SAAD, Renan Miguel. **A alienação Fiduciária sobre Bens Imóveis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Fábio Rocha Pinto. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**. São Paulo: Almedina, 2014.

TERRA, Marcelo. **Alienação fiduciária em garantia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

WALD, Arnoldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de banco de desenvolvimento**. Revista de Direito Imobiliário, nº 51, Ano 24 julho – dezembro de 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ricardo Maurício Freire Soares[1]
Valdir de Oliveira Jr[2]
Robson Cosme de Jesus Alves[3]

Abstract: The presented article discusses the fundamental right to development, a theme with great social and scientific relevance in the context of the pandemic. Without the intention of going through every single corner of the topic, we aim to examine, throughout the present study, the following topics: concept and origins of development in the international plan; the nuances of law of development in the Brazilian constitutional plan; and, finally, the integral theory of the protection of the fundamental human rights as an instrument of implementation of the right to development.

Keywords: Fundamental human rights; Brazilian constitutional system; Right to development; integral theory of protection of the fundamental human rights

Resumo: O artigo apresentado discute o direito fundamental ao desenvolvimento, tema de grande relevância social e científica no contexto da pandemia. Sem a intenção de percorrer todos os cantos do tema, pretendemos examinar, ao longo do presente estudo, os seguintes tópicos: conceito e origens do desenvolvimento no plano internacional; as nuances do direito do desenvolvimento no plano constitucional brasileiro; e, finalmente, a teoria integral da proteção dos direitos humanos fundamentais como instrumento de implementação do direito ao desenvolvimento.

Palavras-Chave: Direitos humanos fundamentais; Sistema constitucional brasileiro; Direito ao desenvolvimento; teoria integral da proteção dos direitos humanos fundamentais.

1. RIGHT TO DEVELOPMENT: CONCEPTS AND ORIGINS

According to Amartya Sen (2000, p. 17), development can be conceived as a process of expansion of the freedoms, which implies the removal of social obstacles that compromise a dignified existence

Therefore, development appears as a central question of humanity, the true converging core of the main theories and social movements, resulting in reflexes in the conceptions of the democratic regime, citizenship and fundamental human rights in the global, regional and local contexts.

[1] Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
[2] Doutor em Direito pela pela Universidade Federal da Bahia.
[3] Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

According to Flávia Piovesan (2010, p. 100), the contemporary conception of human rights is related to the processes of universalization and internationalization of those ethical topics as expressions of the fight for dignity and justice.

As such, it was not different from the historical statement of the right to development, created in 1972 by Keba M'Baye (1972, p. 505) during a conference of the Human Rights Course, professed at the International Institute of Human Rights, in Strasbourg.

According to Phillip Dann (2010, p. 83), those who suffer or have less benefits deserve help from those who have more benefits, which implies an ample range of actions: guarantee of consistency of macroeconomic public policies; raise of productivity; good governance practices; preservation of solid democratic institutions; combat against corruption; and mutual responsibility between nations.

Furthermore, important documents and international organizations state the importance of such rights. In 1977, the Human Rights Commission of the United Nations mentioned the right to development in the plan of international cooperation; in 1978, at UNESCO, the right to development was inserted in the text of the International Declaration about race and racial prejudice; in 1981, the African Charter on Human and People's Rights, approved during the 18th Conference of Heads of State and Government, in Kenya, referred clearly the right to development.

Afterwards, in 1986, the United Nations approved the Declaration on the Right to Development, which, in its premises, states the concept of development as an economic, social, cultural and political process which focuses on the constant improvement of well-being for the whole population and every single person based on their active, free and significant participation on the development and the fair distribution of benefits.

Such an international instrument established that the human being is a central subject of development who must be an active participant and a beneficiary of the right to development as an inalienable, indivisible and interdependent right, placing the human being as an active participant and beneficiary of their process of construction. This international document imposed to the State its duty of formulating national policies adequate for the development, reaffirming the free and active participation of every person in the equal distribution of resulting benefits.

As such, the solidary and cooperative basis to guarantee the development were launched, with a proposition of a new international order based on the sovereign

equality, interdependency, mutual interest and cooperation between the international subjects. These are the origins of the primary responsibility of the States to create conditions to fulfill the right to development, and the duty to eliminate the obstacles for development resulting from the lack of attention to the civil, political, economic, social and cultural rights.

Another important element is the Declaration of Human Rights in Vienna, in 1993, which affirms that every human right is universal, interdependent and related, and that the international community must treat human rights globally, fairly and equally, aiming for the creation of a plural, solidary and integral environment that allows a dignified existence.

Moreover, in 2000, the UN General Assembly adopted the Millenium Declaration with a task of adhering to a worldwide project to reduce extreme poverty in its every single form by completing the following objectives: reducing poverty and hunger in the world; guaranteeing primary education for everyone, promoting equality between men and women; reducing child mortality; improving health for mothers; combating illnesses; securing environmental sustainability and participate in a worldwide partnership for development.

So, the global crisis reinforced the primary need of maintaining solidarity bonds between nations, creating an atmosphere that could allow the expansion of civil achievements for the development of countries and establishing cooperative tasks in order to build a global order of equal development.

After all, the right to development, present in a series of international pacts, which are indivisibly connected, is recognized in a multilevel and in an inter constitutional way in different juridical documents, based on solidarity between national and in the cooperative progress of the States.

2.RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

Right to development is the result of a new generation of rights that claim its complete protection in a solidary regime. It is identified as the right to solidarity or third generation or dimension right.

According to Dirley da Cunha Junior (2014, p. 483), the third dimension rights contain powers of collective or diffuse titularity attributed generically to every social formation, fomenting the principle of solidarity or fraternity.

As such, the right to development takes an undeniable transindividual character, representing the unifying milestone of the present fundamental rights and other human and convergent comunitary rights for its open and integral system of protection.

In the Brazilian federal Constitution from 1988, development presents different connotations, which allows the interaction with other constitutional norms in a plural environment, full of normative possibilities.

The referred Constitution comprehends, basically, the following parts: Constitutional preamble, Fixed Constitutional Devices (1st to 250th articles) and Transitory Constitutional Devices (ADCT - 1st to 98th articles). Its non-codified structure, integrating part of the inter constitutionality block, is divided in: Due Constitutional Tools (according to the 5th article, 2nd §) which are the fundamental rights resulting from the regime and the principles adopted by the Brazilian federal Constitution, or the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a part of, except the International Treaties of Human Rights incorporated in the form of the 5th article, 3rd §, which constitute the equivalent Constitutional Devices or equivalent fundamental rights. According to the referred 5th article, 3rd §, the treaties and international conventions about human rights that get approved, in each National Congress House, in two turns, by three fifths of the votes of their respective members, will be equivalent to constitutional amendments.

The right to development is already referred in the Brazilian constitutional preamble when it prescribes the institution of a Democratic State, destined to assure the full exercise of the social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, plural and free of prejudice society based on social harmony, in both internal and international contexts, which a pacific solution for problems.

Furthermore, the 3rd article of the Brazilian federal Constitution, 1988, establishes, among the fundamental goals of the Federative Republic of Brazil, one of guaranteeing national development. That is a fundamental programmatic norm, binded to the public powers (with an important international systemic function, with a commitment to the duties of protection and of guaranteeing the existential progress while having positive interventions in the public, judicial, law, economic and administrative processes) and subjectively (regarding rights and duties of solidarity).

As such, the fundamental right to development results from the fundamental goal established in the 3rd article, II of the Brazilian Constitution, making the

constitutional device multifunctional. So, it fulfills a double systemic function: it is a transindividual fundamental right - with every possible consequence from the insertion of the fundamental rights in an integral theory of protection - and it also appears as a fundamental public policy - a control parameter for every State action to promote development.

Such a fundamental goal grows in normative dimension and intercontittutional importance when it reinforces its protection on an international level as an expression of common human need.

This way, the constitutional legal operator from 1988, 4th article, establishes structural principles of international relationships, defending the principle of cooperation between people for the progress of humanity. Progress and cooperation are indissociable to guarantee the prevalence of fundamental human rights and the formation of solidarity bonds between people and nations.

The same constitutional device (4th article) contains the international and comunitary guidelines, with the integrative opening of the fundamental rights (5th article, 2nd §) in the international and comunitary regime of protection of progress and the human existential development. This results in the materialization of an inter institutional and integral system of protection of the existential progress of the human being.

3.THE INTEGRAL THEORY OF PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AS AN INSTRUMENT OF IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT

According to Flávia Piovesan (2010, p. 106), one of the weakest fragilities of the international system of human rights is composed by the difficulties of elevating rights, including the challenge of implementing the right to development.

As such, it is convenient to adopt a theory of integral protection of human dignity and fundamental human rights, focusing on the necessity of promoting a systemic, institutional and multilevel organization for the care for the fundamental human rights.

Such rights have axiologic contents and, in every case, equal deontologic hierarchy, being institutionally protected by diverse jurisdictions (constitutional, international and comunitary).

The different jurisdictions - internal, international and communitary - establish heuristic justification to overlap the other jurisdictions. They are lost in the useless

debate about monism versus dualism, looking for an inadequate protagonist that should reside in the human being and their integral protection.

On the contrary, the integral theory of the protection of the fundamental human rights establishes the open and diatopic hermeneutic dialogue between the internal, international and communitary orders, in the institutional contexts of a true inter constitutional jurisdiction.

In an integral theory of protection, with an expansion of the constitutional jurisdiction of the transindividual rights for the communitary and international domains, there is the analysis of the protection, restrictions, content and efficiency of the fundamental right to development, demanding, necessarily, a new solidarity paradigm.

The instrumental guarantees of protection of the rights, present in the inter constitutional system, are usable in its ample universe of application. It is possible to apply the control of conventionality present in the international jurisdiction in the internal context of each country. The internal jurisdiction of integral protection of the human, fundamental and communitary rights, in front of the 5th article, 2nd § (opening clause), combined with the 102nd article, III (diffuse control), both from the Brazilian federal Constitution, allows the Brazilian magistrates to have the diffuse control of the conventionality.

Another relevant aspect of the integral theory is the establishment of the initial standard of protection or previous delimitation of the essential content. The intangible core of the human, fundamental and communitary rights must be identified and immediately protected at the judicial level before any decision. If the protection of the essential content is kept, the determination of the protection, content and efficiency contexts will undergo a democratic and cooperative process of State decision, guided by transparent pondering processes.

The integral theory of protection, with inserted rights in a multilevel structural complexity of inter constitutionality, adds relevance to the model of solidary State intervention, in which the goal is the complete development with the sharing of tasks and responsibilities largely from the State and, in the opposite side, binded to transnational companies and the private section based on its transindividual duty of promoting social, cultural and economic developments for the society.

According to Daniel Sarmento (2003, p. 220), the theory of integral protection is receptive to the theory of direct and immediate efficiency of the fundamental rights in the private relationships - direct horizontal efficiency. This idea was defended, initially,

in Germany by Carl Nipperdey, since the 50's, and he justifies his statements based on the confirmation that the dangers that may harm the fundamental rights in the modern world do not come solely from the State, but also from the social and third parties in general.

The theory of horizontal efficiency, immediate or indirect, of the fundamental rights was development in the German school by Günther Dürig (1956, p. 157), as the intermediate construction between the one that simply negates the binding of private individuals to the fundamental rights, and the one that defends the direct incidence of those rights in the private sphere.

Discussing the theme, Claus Wilhelm Canaris (2006, p. 28) defends the immediate nature of the binding of the legislator of private right to the fundamental rights and the normative efficiency they have as a prohibition of intervention and imperative of tutelage. He questions the idea of immediate efficiency related to third parties, but states that there is an immediate binding of the legislator of private rights to the fundamental rights. The author states that one should only mention immediate efficiency related to third parties if the fundamental rights are directed immediately against individuals of private rights.

We understand that the recipients of the norms of the fundamental rights are, not only the State and its organs, but also the individuals of private rights, even when the fundamental norm is not directed immediately to the latter, but is resultant from the inter constitutional system of protection and is reasonable, adequate, necessary and proportional in the strict sense to its interprivate application to better protect the injured or harmed legal good in a juridical relation between individuals.

In the Brazilian context, the construction of a free, fair and solidary society demands a set of conformity tasks directed to ensure the social dignity of the citizen through the equality of opportunities. Social and distributive justice, reinforced by the bonds of solidarity, through the mutual support between social, governmental and individual institutions allows the equality of chances (which guarantees the initial conditions of freedom - through public policies that make the essential content of the fundamental rights intangible, especially in social vulnerable contexts); the equality of results (which guarantees the conditions of the well-being in the collective existential progress - with the duty of transindividual protection - pondering the individual protection in front of the colectivity and global distribution of resources) and the social

equality (which guarantees the conditions of active participation in the development - through the intensification of social solidarity bonds).

With this diapason, the model of cooperative federal action in the country conferes to the federal entities a new inter constitutional competence to protect the fundamental human rights, with the reduction of inequality and the fulfillment of the transindividual right to development, From the duty of integral protection of the local and regional communities in the inter constitutional order results the obligation of promoting legal and institutional-federal symmetry, empowering the efficiency of the fundamental human rights.

Hence the creation of the federal direct correspondent of active participation and representation in the inter constitutional context, promoting a relationship of external federal inter constitutionality - dialogue of integral protection between the communitary Constitution, federal Constitution, International Treaties of Human Rights, organic laws and Constitution of federal entities. The relation between the Brazilian federal Constitution, Constitution of States/Federal District and organic laws of the cities is kept - internal federal inter constitutionality.

4. CONCLUSION

Development can be conceived as a process of expansion of substantive freedom, which implies the removal of the social obstacles that compromise a dignified existence. It is a central question of the humanity, a true conversion core of the main theories and social movements, producing reflexes in the conceptions of a democratic regime, the citizenship and human rights in the global, regional and local contexts in the scenario of the new social normality, created by the sanitary crisis of coronavirus.

The right to development was affirmed in important international documents and organisms. In 1977, the Commission of Human RIghts of the United Nations mentioned the right to development on its plan of international cooperation; in 1978, the right to development was inserted in the text of the International Declaration about race and racial prejudice; in the year of 1981, the African Chart on Human and People's Rights, approved during the 18th Conference of Heads of State and Government, in Kenya, referred openly to the right to development.

Afterwards, in 1986, the United Nations approved the Declaration on the right to development, which concepts the development as an economic, social, cultural and political process that aims for the constant improvement of the well-being for the whole

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

population and for every individual based on their active, free and significative participation on the development and fair distribution of the resulting benefits.

In the year of 2000, the UN General Assembly adopted the Declaration of the Millenium, with a commitment of adhering to a worldwide project of reducing extreme poverty in every single form.

The fundamental right to development is the result of the new generation of rights that claims its integral protection in a solidary regime. It is identified as a right to solidarity or third generation/dimension right and it has an undeniable transindividual character representing the unifying milestone of the present fundamental rights and other human and communitary rights for its open and integral system of protection.

In the Brazilian federal Constitution, 1988, the development presents different connotations, which allows it to dialogue with other constitutional norms in a plural environment, full of normative possibilities.

Development is referred in the Brazilian constitutional preamble from 1988, prescribing the institution of a democratic State that must ensure the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, plural and free of prejudice society, founded in the social harmony, in the internal and international ordems, with pacific solution for controversies.

Furthermore, the 3rd article of the Brazilian federal Constitution, 1988, establishes, among the fundamental goals of the Federative Republic of Brazil, the goal of national development. This is a programmatic fundamental norm, with bonds to the public powers (with important systemic function and duties of protection and insurance of the existential progress, while promoting positive interventions in the political, judicial, law, economic and administrative processes) and to the society (regarding rights and duties of solidarity).

By inserting the international and communitary guidelines in the same constitutional device (4th article), presented in the integral opening of the fundamental rights (5th article, 2nd §), in the communitary and international regime of protection of progress and the human existential development, our constitutional order built the multilevel inter constitutionalism (international, communitary and constitutional).

As such, the challenge of the implementation of rights and the systematic theory of integral protection must be allied. The integral constitutionalism or integral theory of protection arises from the need of promoting fundamental human rights. In an integral

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

theory of protection, in front of an expansion of the constitutional jurisdiction of transindividual rights for the comunitary and international domains, the analysis of the protection, restrictions, content and efficiency of the fundamental right to development demands a new solidarity paradigm.

Another relevant aspect in the integral theory is the establishment of the initial standard of protection on precious delimitation of the essential content. The intangible core of the human, fundamental and communitary rights must be identified and protected in the judicial, legislative or administrative levels before any decision. With the protection of the essential content, the determination of protection, content and efficiency will undergo a democratic and cooperative process of State decision guided by transparent processes of ponderation.

The integral theory of protection, with inserted rights in a structural multilevel complexity of inter constitutionality adds relevance to the model of solidary State intervention, looking for the complete development with the sharing of tasks and responsibility for the State, opposing the bond of transnational companies and the internal private sector due to its transindividual task of promoting social, cultural and economic development for the society.

The social and distributive justices, empowered by the bonds of solidarity, through the mutual support between the social and governmental institutions and the individuals, promotes the equality of chances (which guarantees the initial conditions of freedom - with public policies that make the essential content of the fundamental rights intangible, especially in social vulnerable contexts); the equality of results (which guarantees the conditions of social well-being in the collective existential progress - with the duty of transindividual protection - pondering the individual protection in front of the collectivity and the global distribution of resources) and the solidarity equality (which guarantees the conditions of active participation in development - with the intensification of social solidarity bonds).

The model of cooperative federalism gives a new inter constitutional competence to the federal entities for the protection of federal constitutional rights like the reduction of regional inequalities and the transindividual right to sustainable development. The duty of integral protection for the local and regional communities in the inter constitutional orders results in the obligation of promoting legal and institutional-federal symmetry, with the optimal efficiency of fundamental human rights.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ANJOS Filho, R.N.dos (2013) *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo, São Paulo: Saraiva.

BRASIL (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). <www.planalto.gov.br>

BURRY, John (1971) *La idea del progreso*. Madrid: Alianza Editorial.

CANARIS, Claus-Wilhelm (2006) *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina.

CUNHA Junior, Dirley da (2014) *Curso de Direito Constitucional*. Salvador, Bahia: Juspodivm.

DANN, Philip (2010) Solidarity and the Law of Institutional Development Cooperation. *Right to Development*. Belo Horizonte: Editora Forum.

DÜRIG, Günther (1956) Grudenchteund Zivilrechtsprechung. *Festchirft für Hans Nawaiasky*. München: Beck.

M'BAYE, Keba (1972) Le droit au développement comme un droit de l'homme. *Revue des droits del'homme*.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de (2007) Contribuição para a compreensão das interconstitucionalidade no Estado constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Bahia: Instituto Brasileiro de Direito Público.

PIOVESAN, Flávia (2010) Direito ao desenvolvimento - desafios contemporâneos. *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte, Minas Gerais: Editora Forum.

RAMOS, André de Carvalho (2014) *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo, São Paulo: Saraiva.

SARMENTO, Daniel (2003) A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar.

SEN, Amartya (2000) *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, São Paulo: Companhia das Letras.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

SOARES, Ricardo Maurício Freire (2010) *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, São Paulo: Saraiva.

UNITED NATIONS (2001) *United Nations millennium declaration DPI/2163*. Lisbon: United Nations Information Centre.

UNITED NATIONS. *Human Rights Council advisory Committee*. *In*: <http://ohchr.org>.

UNITED NATIONS. *Human Rights Council*. *In*: <http://ohchr.org>.

ORIGEM ANCESTRAL DO INSTITUTO JURÍDICO DA ARBITRAGEM

ANCESTRY ORIGIN OF THE LEGAL INSTITUTE OF ARBITRATION

Marcela Borges de Macedo[1]

Sandro Panzera Borges[2]

Antônio Evangelista de Souza Netto[3]

Resumo: A resistência à arbitragem se deve à equivocada percepção desse instituto como uma "novidade" ou, quando muito, de "renascimento" do instituto a partir da promulgação da Lei de Arbitragem de 1996. Entretanto, a arbitragem já existe desde os tempos mais remotos, sendo meio de solução de conflitos de diversas civilizações ancestrais. O procedimento arbitral se originou e se difundiu na época em que não havia a figura de um Estado forte e sem meios para resolução de litígios entre as pessoas. Na Grécia Antiga há evidências da utilização da arbitragem, por meio de procedimento similar ao nosso moderno instituto. Já se previa, desde então, instauração de câmara arbitral na qual os árbitros eram definidos pelos interessados na questão a ser dirimida. Na época dos romanos e na Idade Média também era comum buscar a solução dos conflitos entre nobres, cavaleiros e comerciantes por meio do processo arbitral. Quanto à importância da arbitragem para os romanos, o ilustre Sálvio de Figueiredo Teixeira apud José Augusto Delgado, leciona que o instituto se encontrava presente nessa sociedade desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.)[4].

Palavras-Chave: Arbitragem. Origem. Solução de conflitos.

Abstract: The resistance to arbitration is due to the mistaken perception of this institute as a "novelty" or, at most, a "rebirth" of the institute from the enactment of the Arbitration Law of 1996. However, arbitration has existed since the most remote times, being a means of resolving conflicts of various ancestral civilizations. The arbitration

[1] Mestranda em Direito no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Advogada Certificada em Praticas Colaborativas pelo IBPC (Instituto Brasileiro de Praticas Colaborativas). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2068983440486369. Orcid: https://orcid.org/0009-0007-7457-1841. E-mail: marcelaborgesdemacedo63@hotmail.com.

[2] Pós-Graduando em Direito Contemporâneo no Curso Jurídico juntamente com a FESP PR (Fundação de Estudos Sociais do Paraná). Pós-Graduado em Gestão da Administração Pública. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2389077362965320. LinkedIn: https://www.linkedin.com/in/sandropanzera/. E-mail: sandropanzera@gmail.com.

[3] Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil(2014) Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná , Brasil

[4] "Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na ordo judiciorum privatorum: o processo das legis actiones e o processo per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da cognitio extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império".

procedure originated and spread at a time when there was no figure of a strong state and without means for resolving disputes between people. In Ancient Greece there is evidence of the use of arbitration, through a procedure similar to our modern institute. Since then, it has already been foreseen the establishment of an arbitration chamber in which the arbitrators were defined by the interested parties in the matter to be resolved. At the time of the Romans and in the Middle Ages it was also common to seek the solution of conflicts between nobles, knights and merchants through the arbitration process. As for the importance of arbitration for the Romans, the illustrious Sálvio de Figueiredo Teixeira apud José Augusto Delgado, teaches that the institute had been present in this society since the historical origins of Rome, under Royalty (754 BC)[5].

Keywords: Arbitration. Origin. Conflict resolution.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea padece de um mal que poderia ser descrito como a cultura do litígio, originada na incapacidade das pessoas de superar as próprias adversidades e resultando na constante busca de um terceiro que possa resolver suas lides.

Terceiro esse, leia-se o Estado, por meio do Poder Judiciário, cuja crise sistemática tem origem não somente na morosidade da tramitação dos processos, mas, antes disso, na quantidade deles, em que pese o elevado custo para estar em juízo.

A situação criou campo propício para a comunidade jurídica voltar sua atenção para alternativas adequadas de solução de conflitos. Dentre outros institutos, o da arbitragem se destaca, embora haja uma expressiva resistência à sua utilização. Parte dessa dificuldade de aceitação vem da aparente "origem recente" da arbitragem, incorporada formal e amplamente no nosso ordenamento jurídico com a publicação da Lei 9.307/1996.

[5] "Historically, arbitration was evident in the two forms of the Roman process grouped in the ordo judiciorum privatorum: the process of legis actiones and the process per formulas. In both species, ranging from the historical origins of Rome, under Royalty (754 BC) to the emergence of cognitio extraordinária under Diocletian (3rd century AD), the same procedural scheme arried the Roman process: the figure of the praetor, preparing the action, first by framing the action of the law and then adding the elaboration of the formula, as seen in the exemplification of Gaius, and then the judgment by an iudex or arbiter, which was not part of the Roman functional body, but was simple particular suitable, in charge of judging, as occurred with Quintilian, grammarian by profession and numerous times appointed Arbiter, so much so that he came to tell, in a classic work, the experiences of the craft. This classic arbitration came to lose strength to the extent that the Roman state publicized itself, establishing the dictatorship and then assuming, for long years, absolute power, in a new relationship of forces in the concentration of power, which the Romans no longer abandoned until the end of the Empire".

Entretanto, antes da promulgação da lei, já havia aplicação do instituto de arbitragem no Brasil para interessados que houvessem optado por essa solução, especialmente em relações e contratos internacionais.

A intensificação de relações internacionais, especialmente influenciadas pela globalização econômica, bem como a percepção da lentidão da máquina judiciária dos Estados, impulsionou a difusão, expansão e aceitação da arbitragem com instrumento hábil à solução de conflitos. Ressalte-se que a arbitragem apresenta-se como um foro neutro, facilitando as decisões internacionais.

A origem da arbitragem é remota, tão antiga quanto a própria humanidade. Até na Mitologia Grega já se fazia presente, na ocasião em que o próprio Zeus nomeia árbitro para decidir qual das Deusas era merecedora do "pomo de ouro da mais bela"[6].

Verificaremos, durante o correr do trabalho, essa ancestralidade e a maneira como a arbitragem esteve presente desde as origens do Direito, até sua apresentação nos atuais moldes do nosso ordenamento jurídico.

2. O SURGIMENTO DA ARBITRAGEM: UMA BREVE HISTÓRIA

O estudo da origem do instituto da arbitragem demonstra que, em diversas civilizações, ela teria se aparecido antes mesmo da justiça estatal. E, ainda nos casos que já se encontrava implantada a jurisdição, a solução de conflitos por pessoa de confiança e detentora do respeito dos envolvidos (sábio da comunidade, membro da família experiente e idôneo ou autoridade religiosa, por exemplo), era muito comum. Assim como os conflitos são inerentes à condição humana, a maneira de promover a solução de controvérsias sofre modificações ao longo da história.

Evolui da imposição da vontade pela força (autotutela, autodefesa ou "lei do mais forte") e, excetuado a situação em que é possível o entendimento (autocomposição entre as partes), parte-se para a busca de provocação de terceiro que possa encontrar uma solução para o conflito existente entre os interessados. Esse "julgador" pode ser integrante do aparato estatal, ou, se independente do Estado, um árbitro indicado pelas partes.

[6] Da passagem da Ilíada: "(…) e deixou à mesa um pomo de ouro com a inscrição 'à mais bela'. As Deusas Hera, Atena e Afrodite disputaram o pomo e o título de mais bela. Para não arranjar confusão entre os deuses, Zeus então ordenou que o príncipe troiano Páris, na época sendo criado como um pastor ali perto, resolvesse a disputa. Para ganhar o título de 'mais bela', Atena ofereceu a Páris poder na batalha e sabedoria, Hera riqueza e poder e Afrodite o amor d mulher mais bela do mundo. Páris deu o pomo a Afrodite, ganhando assim sua proteção, porém atraindo o ódio das outras duas deusas contra si e contra Tróia."

2.1. Grécia

A já citada utilização da arbitragem pelos Deuses do Olimpo tinha seu reflexo na realidade na sua utilização na solução de controvérsias entre as cidades-Estado (ligas enfitônicas)[7], como para conflitos entre particulares.

Sentenças arbitrais aparecem gravadas em estelas, no sopé de estátuas e em muros de templos. Os gregos tinham ainda a figura do "cidadão idôneo", que era especialmente investido de poderes para resolver as controvérsias.

Cada uma das partes pagavam uma taxa ao árbitro, que primeiro tentava conciliá-las. Não sendo frutífera a conciliação, decidia o conflito pronunciando sentença, solenizada por um juramento.

2.2. Roma

Em Roma[8], a arbitragem apresentava-se como um procedimento de caráter contratual e fundamentada como ato de natureza pactícia, pois se estruturava no fato de as partes terrem a liberdade de firmar compromisso no qual se vinculavam ao respeito à decisão emitida pelos árbitros. Era possível inserir cláusulas compromissórias nos contratos.

O juízo arbitral, que era mais simples e mais aberto que a jurisdição togada, permitindo ao árbitro tomar sua decisão independente do contido na lei. O procedimento arbitral trazia mais vantagens e só se recorria à justiça togada quando a parte interessada estava confiante do sucesso da sua demanda.

2.3. Período Feudal

Dentre as possíveis causas para o desenvolvimento da arbitragem durante a Idade Média[9], podemos destacar: ausência de leis; falta de garantias jurisdicionais;

---

[7] "No direito grego, os contendores podiam submeter as suas controvérsias a árbitros privados, e se tem notícia de que a alguns tribunais (ligas enfitônicas) era reservada a competência para dirimir conflitos entre cidades gregas, como verdadeiros juízes arbitrais, distintos dos então chamados árbitros públicos". (Furtado, Paulo; Bulos, Uadi Lammêgo. Lei da Arbitragem Comentada. 2. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 1998)

[8] No dizer de Joel Dias Figueira Junior, na obra supracitada: "É no Direito Romano que se encontram as raízes mais profícuas do instituto da arbitragem e ou do compromisso arbitral" (Figueira Junior, Joel Dias. A arbitragem, jurisdição e execução. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 25).

[9] Ainda da mesma obra: a respeito, cf. Sodré: "Para Carlos Alberto Carmona, cinco foram as principais causas que justificaram a ampla utilização da arbitragem: i) ausência de leis, ou sua excessiva dureza e incivilidade; ii) falta de garantias jurisdicionais; iii) variedade de ordenamentos; iv) fraqueza dos Estados; e v) conflitos entre Estado e Igreja". Guido Fernando Silva Soares, por sua vez, indica três razões primordiais para o sucesso do juízo arbitral: i) a reiteradaa prática arbitral no seio da Igreja; ii)

grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja. Na sociedade feudal, a arbitragem e a mediação encontraram ambiente propício, não só no campo internacional, mas também nos próprios Feudos.

Como a estrutura judicial estatal desacreditada e a precariedade e inadequação dos sistemas normativos, abriu-se o espaço para o florescimento da arbitragem. Lembremo-nos que a Idade Média conheceu um sem número de regulamentações jurídicas cuja vigência abrangia, muitas vezes, o mesmo território.

Registre-se a influência da Igreja Católica nesse período, decidindo de litígios entre fronteiras e também nas questões privadas. O Papa aparece como o árbitro supremo e os senhores de terras e os bispos estimulam o uso da mediação. As causas de partilha e tutela envolvendo parentes eram comumente resolvidas por bispos. As penalidades aplicadas tinham caráter religioso, tais como a excomunhão (vedação de a pessoa tomar sacramentos por toda a vida) e o interdito (proibindo-se o sacramento em determinada cidade, ou suspendendo o ofício da missa).

O norte da Itália[10], à época do domínio Lombardo, favoreceu mais o uso da arbitragem entre comerciantes que podiam escolher seus árbitros. Há relatos de que era comum dois comerciantes entregarem a um terceiro uma folha de papel em branco, para que ele estimasse o valor da mercadoria ou serviço sendo negociado.

Era comum os contratos conterem cláusula compromissória vinculando as partes à solução arbitral. Só se recorria a um tribunal judicial se o árbitro não cooperasse ou em caso de revelia.

O próprio alvorecer do Brasil vem como o resultado de uma decisão de direito internacional público decorrente de decisão Papal para dirimir o conflito de interesses entre Portugal e Espanha quanto às terras ultramarinas. Apesar de ter iniciado como uma tentativa de mediação, o traçado do “Tratado de Tordesilhas” resultou de arbitragem.

2.4. Modernidade

No início da Era Moderna a arbitragem tornou-se o instrumento ideal de reação contra os abusos da justiça do rei. A situação mudou com a promulgação de leis sobre

as arbitragens intermunicipais, como forma de escapar à jurisdição do Sacro Império Romano-germânico; e iii) a estrutura social estanque e hierarquizada.”

[10] Conforme Oporto, Silvia Fazzinga e Vasconcellos, Fernando, em seu artigo: Arbitragem comercial inteernacional, disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>.

arbitragem que desestimularam sua utilização por causa das rigorosas formalidades a que o instituto foi revestido.

Demandou algum tempo para que a arbitragem passasse a ter mais expressão e a importância. A partir do século XIX passou a aumentar sua esfera de utilização, em especial no direito internacional, quer público ou privado.

Concomitantemente, os organismos supranacionais como OEA e ONU, bem como associações privadas e centros internacionais passaram a elaborar estudos e propostas, Tratados, Protocolos, com vistas à harmonização de certas normas aplicáveis a contratos internacionais e à arbitragem, possibilitando a implantação de arbitragem entre países de "Civil Law" e de "Common Law", cujas posturas apresentavam dicotomias de interpretação.

Quanto a questões fronteiriças, temos exemplos de sucesso na arbitragem de nossas fronteiras com Argentina (1900), Bolívia (1909) e Peru (1910).

A globalização econômica ampliou a confiança e a efetiva utilização da arbitragem, especialmente nas questões comerciais, resultando na edição, em 1985, da Lei Modelo Uncitral, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional[11].

3. A ARBITRAGEM NO BRASIL

A aparente falta de tradição no que diz respeito ao uso da arbitragem no Brasil esconde o fato de que sua previsão remonta às Ordenações do Reino do período colonial. Nas Ordenações Filipinas, as quais tiveram longa vigência no Brasil, temos, no Livro III, Título 16, § 1º:

> "E no caso, em que fôr apellado dos Juízes arbitros, e recebida a apellação, todas as provas, assi de testemunhas, como de escripturas, que per ambas as partes foram dadas perante os arbitros, farão fé perante os Juízes da apellação assim e tão cumpridamente, como já fizeram perante os arbitros, durando o seu Juízo. Porém, sem alguma das partes allegar tal razão, porque pareça que as testemunhas, perguntadas na forma devida, os Juízes da apelação as mandarão outra vez peguntar na forma acostumada, e de outra maneira não valerão seus testemunhos perante os Juízes da apellação. E se algumas testemunhas forem já a este tempo mortas, serão seus testemunhos valiosos, e se lhes dará tanta fé, como se fossem perguntadas por os mesmos Juízes de apellação;"

[11] A Lei Modelo, atualizada com a emenda de 2006, pode ser consultada no endereço eletrônico: <http://uncitral.org>.

Há previsões ainda no § 7º do mesmo Título e no Título 17 e seus parágrafos. A própria Constituição do Império de 1824, em seu 160, previa:

> "Prevendo que, nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, 'poderão as partes nomear juízes árbitros', cujas sentenças serão 'executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes."

A Lei 108/1837 veio regulamentar o juízo arbitral para solução de controvérsias relativas aos contratos de locação de serviços.

Assim também o Código Comercial de 1850, promulgado pela Lei 556 de 26.06.1850 refere-se à arbitragem mercantil (art. 245); conflitos entre sócios ou desses com a companhia, inclusive liquidação ou partilha (art. 294); regras relativas ao seguro marítimo (art.667, *caput* e alínea 11).

Mas, com a promulgação do Código Civil de 1916, por meio da Lei 3.071/1916, implantou-se um verdadeiro desestímulo para a continuidade da aplicação da arbitragem no Brasil: a exigência de homologação judicial dos laudos arbitrais. Isso tornou natural o afastamento da arbitragem da nossa cultura jurídica:

> Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instancia, como arbitro nomeado pelas partes.

A Constituição de 1934 se referia à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal, em seu artigo 5º, XIX, c. Já em 1946 trouxe a Constituição em seu bojo previsão de garantia expressa da via judicial, a qual também foi assumida pela Constituição Federal de 1988.

A regulamentação do Processo Arbitral teve previsão legal expressa de maneira uniforme no Código de Processo Civil de 1939, e no capítulo que trata deste assunto no Código de 1973 teve a redação alterada. Os artigos 1.072 a 1.077, e 1.078 a 1.084 contêm instruções sobre o contrato de arbitragem e árbitros, respectivamente. Os artigos 1.085 a 1.097 regulam o procedimento do processo arbitral e a lavratura do respectivo laudo. Já a sentença, para que surta efeito, deverá seguir os requisitos dos artigos 1.098 a 1.100. Finalmente, o artigo 1.101 prevê a hipótese do recurso ou, ainda, da pena convencional. Ainda, a jurisprudência confirmou a possibilidade da ação rescisória. Já a execução da sentença arbitral homologada é realizada em processo de execução normal, pela justiça comum.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O surgimento dos juizados especiais de Pequenas Causas (lei 7.244/1984), depois substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei 9.099/1995), implicou em uma retomada da arbitragem, pois era evidente a enorme carga de processos judicias. A Seção VIII, arts. 21 a 26, trata da "Conciliação e do Juízo Arbitral":

> Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.
> Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.
> Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.
> Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.
> Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.
> § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convoca-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.
> § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.
> Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por eqüidade.
> Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

Era a gradativa ampliação da prática arbitral se fazendo sentir de maneira forma em nosso ordenamento jurídico.

4. OS ANTEPROJETOS DA LEI DE ARBITRAGEM E SUA CONVERSÃO EM LEI

4.1. O anteprojeto de Lei de 1981

Apenas em 1981, seis anos após a aprovação da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, como tratado proposto pela OEA – Organização dos Estados Americanos, o governo brasileiro, ao perceber o atraso da legislação nacional em relação à dos demais países, solicitou que fosse elaborado o anteprojeto de lei sobre a arbitragem, publicado afinal no D.O.U. de 27/5/81.

Uma vez concluído, seria aberto prazo para a apresentação de críticas e sugestões para posterior tramitação. O principal objetivo era retirar do sistema judiciário a sobrecarga de trabalho. Este primeiro anteprojeto era composto de 28 artigos, de maneira a conceder à arbitragem os mecanismos que permitissem sua a

ampla utilização. O texto considerava tanto o compromisso como a cláusula arbitral suficientes para a instauração do procedimento arbitral, de modo que na presença de um ou de outra poder-se-ia afastar a competência do juiz estatal. Também tornava desnecessária a homologação de laudo arbitral, o qual assumia caráter de título executivo extrajudicial.

4.2. O Anteprojeto de Lei de 1986

Já o anteprojeto de lei de 1986, publicado no D.O.U. de 27/2/87 para receber sugestões, considerava que a presença da convenção de arbitragem nos contratos seria suficiente para afastar a competência do juiz togado. Vários problemas foram levantados na análise do anteprojeto. Um dos principais, o qual não foi solucionado pela comissão relatora: a norma previa que, não havendo acordo das partes quanto à nomeação do árbitro, cada parte deveria indicar o seu, cabendo aos escolhidos a indicação do terceiro árbitro. Este problema também havia sido detectado na Convenção Interamericana sobre Arbitragem de 1975, também não solucionado.

Este anteprojeto padecia de alguns defeitos técnicos, embora fosse mais avançado que o anterior. Os problemas começavam já no seu artigo 1º, no qual se confundia arbitragem, tendo por objetivo solucionar controvérsias, com arbitramento, que na realidade trata do meio de integrar um elemento faltante em um contrato. Embora a discussão desse projeto tenha ficado restrita ao Senado, ficou a impressão de que, se o anteprojeto tivesse sido submetido a juristas especialistas, com amplos debates, com a participação ativa da sociedade e da comunidade científica, poderiam ter sido superadas as suas falhas.

4.3. O Anteprojeto de Lei de 1988

O Ministério da Justiça, através da Portaria 298-A de 1988, convidou a sociedade a discutir mais um anteprojeto de lei sobre a arbitragem, o qual, afirmava-se, seria o último. Com o objetivo de evitar mutilação no Código de Processo Civil, a comissão relatora do anteprojeto, alterou 10 artigos daquele Estatuto, com a intenção preservar sua unidade, esperando que os dispositivos viabilizariam a arbitragem no Brasil. O anteprojeto procurou equivaler a cláusula compromissória e o compromisso, podendo qualquer um dos dois servir para a implantação da arbitragem. O resultado mostrou que as alterações não atingiram o objetivo, e arquivou-se a reforma do Código de Processo Civil.

Houve um grande erro quanto à finalidade última da arbitragem, decorrente da redação que se pretendia dar ao art. 1078, §1º e §2º, do Código Processual, a que estabelecia que o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de aplicação, julgado pelo Tribunal de Justiça local. Esse dispositivo não simplificava em nada o procedimento arbitral, ao criar recurso vinculado a decisão de segundo grau do Poder Judiciário. O anteprojeto também não tratou da questão da homologação do laudo arbitral e nem dos problemas ligados ao laudo estrangeiro. O resultado de tantos defeitos no anteprojeto foi o seu definitivo arquivamento.

4.4. A conversão dos anteprojetos em lei

Escolhida a comissão relatora, esta não ignorou os anteprojetos anteriores. Entretanto, o terceiro anteprojeto, de 1988, não pôde contribuir em quase nada para o trabalho que se realizou. Mesmo assim, a comissão limitou-se ao que havia de útil nos dois primeiros estudos, os quais serviram de guia para a redação do anteprojeto da Operação Arbiter.

Houve influência da legislação espanhola de 1988 e na Lei - Modelo sobre a Arbitragem Comercial da UNCITRAL, além das disposições das Convenções de Nova York de 1958 e do Panamá de 1975.

Após a conclusão do trabalho de redação do anteprojeto, iniciou-se o processo legislativo para sua conversão em lei. O Projeto de Lei foi apresentado pelo Senador da República Marco Maciel ao Congresso Nacional em junho de 1992. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado aprovou o projeto e publicou-o no Diário do Congresso Nacional de 3/6/93. Aprovado assim o projeto no Senado Federal, foi ele enviado em 14/6/93 à Câmara dos Deputados.

O processamento do projeto na Câmara se deu de forma muito lenta. A publicação e divulgação para apresentação de eventuais emendas se deu somente em 1995 ocasião na qual o presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias determinou sua inclusão na pauta. Após ser aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, o projeto de lei foi submetido à apreciação das Comissões de Constituição e Justiça e de Redação que por sua vez o aprovou em 28/5/96. Assim que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal aprovaram o projeto, o Presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em sessão solene, fazendo publicar o texto no D.O.U. de 24/9/96. A nova Lei sobre Arbitragem compõe-se de 7 capítulos e 44 artigos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

5. OPERAÇÃO ARBITER

Após a tentativa de edição do último anteprojeto do governo em 1988, um grande desânimo se abateu sobre os estudiosos da arbitragem no Brasil. Havia a percepção de que, para haver alteração do Código de Processo Civil, a iniciativa não poderia partir de setores governamentais e sim da própria sociedade civil nela interessada. Por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, nasce a "Operação Arbiter", no final de 1991, com o objetivo de voltar a discutir o instituto arbitragem, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, buscando assim preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo e eficaz para a solução de controvérsias.

Em 5 de novembro de 1991, foi constituído um grupo de trabalho composto por especialistas de renome na área: Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona. Foi aprazada a data de 9 de dezembro para apresentação do texto, contando com o apoio de representantes de grandes escritórios de advocacia e diversas entidades. Em reunião que ocorreu em 9 de dezembro de 1991 o anteprojeto foi apresentado e, a partir desta data, recebeu sugestões dos mais diversos setores de atividades. No Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, realizado em Curitiba, PR, em 27 de abril de 1992, as sugestões aprovadas pela comissão relatora foram incorporadas ao texto, cuja versão final foi apresentada e discutida.

6. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96

As dúvidas sobre a constitucionalidade da lei 9.307 surgiram desde que foi sancionada em 1996. São pontos polêmicos até hoje discutidos pelo STF: 1) a compatibilidade da execução específica da obrigação assumida pela cláusula compromissória; 2) o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente garantido; e 3) a análise acerca da violação do princípio do duplo grau de jurisdição decorrente da arbitragem, já que, pela livre vontade das partes, podem elas de antemão prever que a decisão sobre seu litígio será irrecorrível.

Quanto à homologação de laudo arbitral estrangeiro, hoje, basta a homologação pelo STF para o laudo produzir efeitos no Brasil, sendo desnecessária a exigência da dupla homologação. Esta inovação da Lei já foi acatada pelo STF, que não levanta dúvidas relativas a sua constitucionalidade.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário, o jurista Welber Barral afirma que "a Lei de Arbitragem não admite o arrependimento unilateral, proibindo que uma parte, tendo de antemão previsto a utilização da arbitragem, recorra ao Judiciário para solucionar seu litígio, desconsiderando a outra parte que desejasse resolver o conflito pela arbitragem" 83 . É preciso ressaltar que ninguém é obrigado a adotar como base contratual a arbitragem porém, conforme determina a Lei 9.307/96, tendo sido adotada a arbitragem pelas partes, uma delas não pode, isoladamente, negar-se a resolver a pretensão pelo instituto; não é possível o arrependimento unilateral.

A suposta inconstitucionalidade desta Lei busca fundamenta no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Os defensores da redação da lei de arbitragem se sustentam no argumento de que a Lei não obriga as partes a se afastarem do Judiciário. Ao contrário, ela permite que as partes escolham qual a alternativa preferem na hora de buscar a solução de seus conflitos. Esta escolha exige manifestação de vontade expressa das próprias partes, o que não é vedado na Constituição. Ou, em suma, percebe-se que as partes podem provocar o Judiciário visando a solução de conflitos, mas não estão obrigadas a trazer seus pleitos a Juízo e nem impedidas de buscar outros meios, desde que albergados pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição, não ocorre sua vulneração pela Lei de Arbitragem, pois que este princípio é válido no âmbito do Poder Judiciário, nada impedindo que as partes, ao definirem a fórmula de resolução do seu conflito, afastem tal possibilidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem, em essência, tem o início de sua utilização desde os primórdios da humanidade. A busca de alguém isento e sábio para dirimir um conflito de interesses no qual a autocomposição não se mostrou possível parece uma ideia natural. Tanto as fontes fundadas nos mitos e escritos antigos, como os relatos de caráter oficial trazem, dese tempos imemoriais, a presença desse instituto.

Inerente à própria formação do Direito ocidental, o Direito Romano em sua prática processual tinha um caráter altamente arbitral. E assim a solução de conflitos por meio desse instituto atravessou o tempo, ora mais robusto, ora enfraquecido, conforme as estruturas estatais se apresentavam mais ou menos cristalizadas.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A evolução comercial global e a necessidade de procedimentos seguros e céleres na solução de conflitos trouxeram um renascimento na importância da Arbitragem. Ela se apresenta como alternativa de solução de conflitos estável e estruturada, não sujeita às variações legislativas de diferentes Estados, além de ser célere.

Percebe-se então que o temor sobre o procedimento de arbitragem aparentar ser recente como integrante do ordenamento jurídico é equivocado. Trata-se antes de instituto presente nos normativos aplicáveis desde a época colonial e nem um pouco estranho a nosso sistema.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-leis/l9307.htm>.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação. 6 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro. Dissertação de Doutorado, São Paulo, USP, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Graciely Maria de Oliveira. Breve Histórico da Arbitragem. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/31848/breve-historico-da-arbitragem>.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da Arbitragem Comentada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro Batista. ARBITRAGEM: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. Coordenadores. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

OPORTO, Silvia F., VASCONCELLOS, Fernando. Arbitragem Comercial Internacional. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/-arquivos/080306t.pdf>.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Comissão de Relações Internacionais. O advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.

SARAIVA, Rodrigo Pereira Costa. A evolução histórica da arbitragem no Brasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61466/a-evolucao-historica-da-arbitragem-no-brasil>.

A CONVENÇÃO DE SINGAPURA COMO MARCO PARA A MEDIAÇÃO INTERNACIONAL

THE SINGAPORE CONVENTION AS A FRAMEWORK FOR INTERNATIONAL MEDIATION

Barbara Lucia Tiradentes de Souza[1]
Odair da Silva Rodrigues[2]

Resumo: O presente trabalho visa realizar análise do instituto da Mediação no contexto do Direito Internacional Privado tendo como vértice a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultante de Mediação, mais conhecida como Convenção de Singapura. Nesta seara buscou-se apresentar aspectos da mediação a partir de um breve traçado histórico até a Convenção de Singapura e seu reflexo no contexto internacional. Deste modo, este trabalho não pretende esgotar o tema, mas apresentar a Convenção de Singapura como um marco histórico para a mediação como meio de resolução adequada de conflitos.

Palavras-Chave: Autocomposição; Mediação; Convenção de Singapura.

Abstract: The present work aims to carry out an analysis of the Mediation Institute in the context of Private International Law having as its vertex the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, better known as the Singapore Convention. In this area, we sought to present aspects of mediation from a brief historical outline to the Singapore Convention and its reflection in the international context. In this way, this work does not intend to exhaust the topic, but to present the Singapore Convention as a historic landmark for the mediation as a means of adequate conflict resolution.

Keywords: Self-composition; Mediation; Singapore Convention.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo possui como objetivo geral realizar uma análise da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultante de Mediação, mais conhecida como Convenção de Singapura, e a utilização da Mediação no contexto internacional privado. Nesta seara buscou-se como objetivo específico

[1] Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário do Brasil - UNIBRASIL. Mestre em Direito com área de concentração em Solução de Conflitos pela Ambra University – USA. Especialista em Gestão Pública com ênfase em Gestão de Pessoas pelo Instituto Federal do Paraná – IFPR. Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Servidora Pública Estadual – TJPR. Mediadora Judicial. Professora Universitária. E-mail: assessoria.jus2@gmail.com
[2] Mestrando em Direito com área de concentração em Gestão de Risco e Compliance pela Ambra University – USA. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Especialista em Gestão de Segurança Pública pela Faculdade Batista de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIOPET. Militar Estadual. Conciliador Judicial. E-mail: o.odair.rodrigues@gmail.com

apresentar um breve histórico da autocomposição no panorama internacional e a importância da Convenção de Singapura como marco para o instituto da Mediação Internacional.

A mediação de conflitos é um meio autocompositivo que busca extrair dos envolvidos uma solução para uma disputa. A mediação é facilitada por um terceiro neutro, denominado mediador, que utiliza técnicas de comunicação ativa e passiva para proporcionar um ambiente harmonioso e viabilizar o diálogo entre os indivíduos. A atuação do mediador presta-se a facilitar a identificação das questões, dos interesses e das necessidades que cercam a relação, bem como, preservar os sentimentos de ambos, com vistas a costurar um acordo que proporcione a ambos satisfação duradoura e não somente pontual.

Muito utilizada em processos que envolvem questões de relações continuadas, a mediação pode ser aplicada tanto em processos públicos, como privados, domésticos ou internacionais.

Isso se deve ao fato de que as relações como um todo propiciam a aplicação das técnicas e ferramentas de mediação, não apenas em matéria de processos advindos das varas de família, como também advindos de relações de comércio internacionais.

Em 7 de agosto de 2019, Singapura foi palco de cerimônia histórica para a Mediação Internacional. Na ocasião, 46 (quarenta e seis) países assinaram a Convenção de Mediação de Singapura.

Assim, este estudo se propõe a fazer uma análise qualitativa sobre a importância da assinatura da Convenção de Mediação de Singapura para a mediação internacional privada.

Nessa linha, o primeiro tópico apresentará a contextualização do tema central do trabalho por meio de um breve percurso histórico da construção da Convenção de Singapura, bem como da utilização pelo mundo de métodos voltados à autocomposição.

O segundo tópico buscará tratar sobre a Convenção de Singapura, a mediação e a importância da assinatura da Convenção de Singapura para a mediação.

O recorte metodológico utilizado é o temático descritivo, por meio da qual foi descrito o panorama da Autocomposição pelo mundo e a utilização da Mediação no Direito Internacional Privado sob a chancela da Convenção de Singapura.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

O marco teórico utilizado foi a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultantes de Mediação.

2. PANORAMA DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA HISTÓRIA

As práticas autocompositivas, como são conhecidas internacionalmente, vem sendo discutidas e implementadas pela Organização das Nações Unidas desde há muito tempo.

Em 1966 surge a Resolução 2205, a primeira normativa tendente à harmonização e unificação do Direito Internacional Comercial, com o objetivo de vislumbrar os interesses de todos os povos, conforme texto do Relatório do sexto Comitê (A/73/496), conforme tradução livre realizada por Demchuk (2019) da Convenção das Nações Unidas sobre Termos de Acordos Internacionais Resultantes de Mediação.

Em 04 de dezembro de 1980, é criada a Resolução 35/52, que estabeleceu as Regras de Conciliação pela Comissão Internacional Comercial.

Muito tempo se passou até que em 19 de novembro de 2002, por meio da Resolução 57/18 foi criada a Lei Modelo sobre Conciliação pela Comissão Internacional Comercial.

O objetivo da Comissão Internacional Comercial com a criação das Regras de Conciliação e da Lei Modelo sobre Conciliação foi desde sempre contribuir para que as relações comerciais internacionais fossem estabelecidas a partir de uma ordem legal harmônica, leal e eficiente, para que assim, eventuais conflitos oriundos dessas relações pudessem ser solucionados com flexibilidade a partir dessas premissas: harmonia, lealdade e eficiência.

A mediação surge então para as relações comerciais internacionais como um método adequado de solução de disputas por via autocompositiva que atendiam às premissas anteriormente elencadas.

A Comissão de Comércio Internacional buscava um meio de se promover a solução de conflitos internacionais que fosse aceito por diferentes Países com diferentes culturas, economias e sistemas jurídicos.

O objetivo principal era então, promover acordos entre diferentes Estados com critérios objetivos que pudessem contribuir para que as relações econômicas pudessem se desenvolver com segurança e exequibilidade.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Alguns países já faziam uso da mediação como meio de solucionar conflitos. A utilização da mediação já se via na China nas falas de Confúcio, que acreditava e proclamava a solução pacífica dos problemas. Acreditava que as relações humanas eram envoltas por uma harmonia natural que não deveria ser quebrada por conflitos ou resolvidos unilateralmente, tendo nos acordos uma forma justa de se manter a paz (TAVARES, 2002).

Outros países, igualmente vem adotando a mediação como instrumento eficaz ao atingimento do consenso. Dos vinte países da América Latina, dezessete, dentre eles o Brasil, a Venezuela, o Uruguai, o Paraguai e a Argentina, possuem normativas a respeito do tema (BRAGANÇA, 2020)[3].

Além da Ásia e da América Latina, a América do Norte e a União Européia vem igualmente trilhando os caminhos da mediação. Berço do termo "Tribunal Multiportas", ou, como disse Frank Sander em 1976, "*multi-door courthouse*"[4], os EUA tem ocupado posição de destaque no que se refere aos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

[3] "Dentre as dezessete nações latinoamericanas que apresentam referências legislativas sobre a mediação, apenas três contém uma lei própria e específica para a mediação: a Argentina (Lei nacional no 26.589/2010), o Brasil (lei no 13.140/2015) e a Colômbia, com a sua lei sobre conciliação no 640/2001, mas conforme já sinalizamos, tratam-se de mediação. Nestes diplomas, o procedimento é tratado na sua singularidade. (...) sete outros países possuem um estatuto geral sobre métodos adequados de solução de conflitos ou então leis que a regulam conjuntamente com a conciliação e/ ou arbitragem. Este é o caso da Costa Rica (lei no 7.727/1997), de El Salvador (decreto no 914/2002) , do Equador (lei no 145/2007), do México (decreto no 251/2010), da Nicarágua (lei no 540/2005), do Panamá (lei no 5/1999) e do Paraguai (lei no 1.879/2002). A Bolívia, ainda que mencione a mediação em três dispositivos da lei no 708/2015, restringe-a enquanto um meio acessório à conciliação ou como uma espécie de etapa da arbitragem.
O primeiro Estado a dispor sobre a mediação em âmbito constitucional foi a Colômbia em 1991. Algumas normas constitucionais também foram encontradas na Constituição da República Equatoriana de 2008 e na Constituição República Bolivariana da Venezuela de 1999. Tanto o Equador quanto a Bolívia tratam o método como via alternativa para por fim às controvérsias e sinalizam para a promoção de formas pacíficas de resolução de disputas através de lei. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, o de Honduras de 2007 e o da Nicarágua também de 2015, mereceram destaque. O estatuto processual do Brasil foi o que se dedicou mais detidamente ao instituto com vinte e quatro disposições a respeito e é tido como uma importante referência para a região. A mediação na seara criminal tem um vasto arcabouço normativo nos seguintes países: Colômbia; México, que tem a recente lei nacional de mecanismos alternativos de solução de controvérsias em matéria penal de 2014; Nicarágua, cujas normas datam desde 2001; Panamá e República Dominicana. A mediação é prevista para conflitos consumeristas em El Salvador, Equador, Peru e Uruguai. O Chile, a Colômbia, Honduras, o Paraguai, a República Dominicana e o Uruguai possuem previsões específicas sobre o procedimento para as disputas laborais de abrangência coletiva."

[4] STONE, Katherine V. W., Alternative Dispute Resolution. Encyclopedia o f Legal History, Stan Katz, ed., Oxford University Press., 2004.

Stipanowich[5] lembra que a "Quiet Revolution in 'ADR'", anunciada por Frank Sander e Warren Burgen, na Pond Conference, em 1976, "alterou todo o panorama da resolução de conflitos, pública e privada, em todo o mundo":

Assim como ocorreu nos EUA, a França despertou para a mediação voltando-se para a comunidade. Porém, diferenciou a sua atuação quando voltou-se para a perspectiva social da mediação, sendo palco para a mediação no bairro ou mediação social. Desde 2016, o Código do Consumidor francês traz em seu artigo L. 612-1, a previsão de que seja possibilitado ao consumidor acesso a um sistema de mediação com objetivo de solucionar amigavelmente qualquer possível litígio (COSTA, 2018)[6].

Antes disso, a França aprovou a Lei de incentivo à modalidade amigável em 08 de fevereiro de 1995; Diretiva da União Europeia em 21 de maio de 2008, voltado para conflitos internos e externos; e, em 2015, alteração ao Código de Processo Civil, introduz o artigo 58, que permite ao juiz propor mediação e conciliação às partes.

Já em Portugal, o procedimento da Mediação se assemelha bastante ao do Brasil. Ambos possuem uma Lei específica que a regula, em Portugal, a Lei nº 29, de 19 de abril de 2013 e, no Brasil a Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015.

Nesse panorama, a Comissão de Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas opta por adotar a mediação como ferramenta para a solução de disputas internacionais.

Como consequência dessa adoção, impõe-se que a Lei Modelo de Conciliação Comercial Internacional receba como emenda normas que regulem a aplicação e execução desses acordos internacionais construídos a partir da mediação entre diferentes Países com diferentes jurisdições.

Frize-se neste momento que, mais de cinquenta sessões foram necessárias à preparação e discussão do projeto da Convenção até que se chegasse à sua redação final.

Em Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em dezembro de 2018, foi autorizada a cerimônia oficial de assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre

[5] STIPANOWICH, Thomas J. Living the dream of ADR: Reflections on four decades of the quiet revolution in dispute resolution —THE POUND CONFERENCES (Symposium Keynote)

[6] "Bonafe-Schmitt parte dos movimentos de 'justiça informal' ou 'justiça de vizinhança' (informal justice e neighborhood justice center), iniciados nos anos 1970 e vistos como uma 'justiça de segunda classe ou justiça dos pobres' (...) Ao passar pelos anos 1980, com a emergência das experiências de mediação nos bairros, no campo penal e nos conflitos familiares, o autor afirma que se consolida a idéia de Modos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC) ou Alternative Dispute Resolution (ADR). O fortalecimento definitivo se dá nos anos 1990, com a institucionalização e criação de várias organizações de mediadores, além de programas de formação e elaboração de códigos de ética".

Acordos Internacionais de Transação resultantes da Mediação, que recomendou que tal tratado recebesse a denominação de Convenção de Singapura sobre Mediação, Convenção de Mediação de Singapura, ou Convenção de Singapura.

Após autorizado o texto normativo, em Assembleia Geral sediada em Singapura na data de 17 de agosto de 2019, quarenta e seis (46) países se mobilizaram e assinaram a histórica Convenção de Mediação de Singapura.

A Convenção de Mediação de Singapura entrou em vigor no dia 12 de setembro de 2020, após ter sido ratificada por Singapura, Fiji e Qatar, conforme disposições da própria convenção que prevê que o tratado passaria a vigorar a partir da ratificação de, ao menos, três países.

3. A CONVENÇÃO DE SINGAPURA E A MEDIAÇÃO INTERNACIONAL PRIVADA

A Convenção de Singapura emerge como um instrumento de facilitação do comércio internacional por viabilizar que os negociadores sirvam-se e invoquem acordos construídos a partir da mediação além das fronteiras territoriais e jurídicas.

Com isso, a mediação consolida-se como um método autocompositivo seguro e eficaz de solução de conflito, que promove a harmonização e a lealdade entre os indivíduos.

A autora concebe o conceito de mediação como sendo “uma técnica que visa, por meio de um terceiro facilitador sem poder decisório, que utiliza ferramentas de escuta ativa, comunicação empática e assertiva, negociação, programação neuro-linguística, dentre outras, estabelecer ou restabelecer o diálogo entre as pessoas envolvidas num conflito e, como consequência, viabilizar que as próprias pessoas envolvidas, possam entender e solucionar aquele conflito existente entre elas de maneira a melhor atender os interesses, as necessidades e preservar os sentimentos de ambos, proporcionando a possibilidade de satisfação duradoura e não somente pontual” (SOUZA, 2020).

Um dos maiores desafios impostos à utilização de técnicas de mediação aos conflitos internacionais era a regulamentação de sua utilização transfronteiriça, além da preocupação quanto à execução dos acordos resultantes dessa aplicação.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

A Convenção de Singapura vem para assegurar que o acordo construído a partir do processo de mediação seja respeitado como vinculativo e exequível por meio de um procedimento simplificado[7].

As causas internacionais decorrentes de relações de comércio requerem que recebam um olhar diferenciado, eis que envolvem negociadores de diferentes culturas e com necessidades diferenciadas.

Para ilustrar as diferentes necessidades passiveis de serem contempladas, servimo-nos de um dos casos mais emblemáticos da aplicação de técnicas de mediação, utilizado mundialmente como exemplo, ocorrido em razão de uma disputa entre fazendeiros e uma companhia estatal de petróleo no Iraque, onde, após a queda do regime de Saddam Hussein, os fazendeiros perderam suas terras.

Esse caso é trazido por FISCHER e URY (2014) na obra "Como chegar ao sim"[8]. O exemplo ilustra a diferença entre uma disputa baseada em posições, onde cada um dos polos defende aquilo que entende ser justo, em detrimento de uma relação construída a partir dos reais interesses dos indivíduos, que puderam ser verificadas nas alternativas que puderam ser levantadas a partir de questionamentos realizados por um terceiro neutro.

Desta feita, haja vista a sensibilidade das relações internacionais protegidas pela regulamentação, o preâmbulo da Convenção de Singapura, ciente desta

[7] "Na mediação, o mediador pode ouvir individualmente ou conjuntamente as partes, utilizando-se de ferramentas de comunicação e aplicação de técnicas, em busca dos pontos em comum alegados por eles, buscando, entender o conflito e investir no poder das partes para solucionar questões antagônicas. O objetivo, nestes casos, não seria tão somente resolver a lide, e sim, resolver a chamada lide sociológica, o problema interpessoal que se forma por fora do processo, que se avolumam entre as pessoas envolvidas no processo" (SOUZA, 2020).

[8] "Desalojados de suas terras, no sul do país, os fazendeiros haviam se unido, se endividado, arrendando terras aráveis do governo, e usado suas últimas economias para plantar sementes. Infelizmente, alguns meses mais tarde, os agricultores receberam uma carta exigindo que abandonassem as terras imediatamente, conforme uma cláusula em letra miúda de seu contrato de arrendamento, tendo em vista que petróleo havia sido descoberto sob sua propriedade. A empresa de petróleo dizia: 'Saiam de nossas terras'. Os fazendeiros respondiam: 'As terras são nossas. Não sairemos'. A empresa ameaçou chamar a polícia. Os fazendeiros disseram: 'Há muitos outros além de nós', e a empresa disse que ia convocar a ajuda do exército. 'Também temos armas. Não sairemos', foi a réplica. 'Não temos nada a perder'.
As tropas foram reunidas e o derramamento de sangue foi evitado no último instante por um oficial recém-saído de um programa de treinamento sobre alternativas à barganha posicional. Ele perguntou à empresa: 'Quanto tempo será necessário até que se produza petróleo nestas terras?' 'Provavelmente três anos', foi a resposta. 'O que vocês pretendem fazer com as terras nos próximos meses?' 'Realizar o mapeamento sísmico do subsolo.' Então, ele perguntou aos fazendeiros: 'Qual é o problema de deixar as terras agora, como eles estão pedindo?' 'A safra é daqui a seis semanas. Ela é tudo o que temos.'
Em pouco tempo um acordo foi firmado: Os fazendeiros poderiam colher a safra e não impediriam que a empresa realizasse as atividades preparatórias. Na verdade, a empresa estava até querendo contratar muitos dos fazendeiros como operários para as atividades de construção e não tinha qualquer restrição ao cultivo das terras em torno das sondas de petróleo".

realidade, inaugura seu texto “reconhecendo o valor da mediação para o comércio internacional como um método de liquidação das disputas comerciais, através do qual as partes em litígio, solicitam uma terceira pessoa ou pessoas para ajudá-las em sua tentativa de resolver a disputa de forma amigável”[9].

Nesse sentido, a Convenção de Singapura vem para descortinar a nebulosidade da solução de conflitos envolvendo relações internacionais no que tange ao negócio jurídico privado cujo domicílio dos negociadores sejam considerados como internacionais[10].

Para tanto, na condução do processo de mediação o mediador utiliza-se de técnicas e ferramentas para facilitar a comunicação entre os interlocutores, a fim de possibilitar uma melhor compreensão entre as partes.

Com isso, promove a preservação das relações entre os envolvidos, harmonizando os relacionamentos e proporcionando a possibilidade de abordagem das questões, interesses e necessidades de cada um dos polos, viabilizando o atingimento de um acordo construído com ganhos mútuos.

---

[9] “Observando que a mediação é cada vez mais usada na prática comercial internacional e doméstica como uma alternativa ao litígio, Considerando que o uso da mediação resulta em benefícios significativos, tais como; a redução dos casos nos quais a disputa leva ao término do relacionamento comercial; facilitação na administração de transações internacionais entre parceiros comerciais, bem como reduz gastos na administração da Justiça pelos Estados, Convencidos de que o estabelecimento de um ordenamento concebido para liquidação de acordos internacionais resultantes de mediação, é aceitável para Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos contribuindo para o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas, Acorda-se” In <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf>. Acesso em 17/12/2020

[10] “Artigo 1. Âmbito de aplicação
1. A presente Convenção se aplica à acordo resultante de mediação, concluído por escrito pelas partes, como resolução proveniente de disputa comercial (“acordo de liquidação”) que no momento de sua conclusão, seja internacional na medida em que:
(a) Pelo menos duas partes no acordo de liquidação têm seus locais de negócios em diferentes Estados; ou
(b) O Estado em que as partes do acordo de liquidação tenham sede social é diferente de:
(i) O Estado em que uma parte substancial das obrigações decorrentes do contrato de liquidação é realizada; ou
(ii) O Estado com o qual o objeto do acordo de liquidação está mais estreitamente conectado.
2. A presente Convenção não se aplica a acordos de liquidação:
(a) Concluídos para resolver uma disputa decorrente de transações realizadas por uma das partes (um consumidor) para fins pessoais, familiares ou domésticos;
(b) Relacionado com a família, herança ou lei trabalhista.
3. A presente convenção não se aplica a:
(a) Acordos de liquidação:
(i) Que tenham sido aprovados por um tribunal ou concluídos no decurso de um processo perante um tribunal; e
(ii) que sejam executáveis como sentença no Estado daquele tribunal;
(b) Acordos de liquidação que foram registrados e são executáveis como sentença arbitral”. Op.cit.

Nesse contexto, a Mediação atinge o patamar de igualdade em relação aos já consolidados métodos adversariais e brilha a Luz da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultantes de Mediação – Convenção de Singapura.

Porém, como é possível notar no bojo do texto regulatório, muito embora a mediação seja aplicável a questões relacionadas com família e/ou herança, a Convenção de Singapura não assiste exequibilidade a acordos referentes a essas questões.

Por derradeiro insta consignar que o Brasil tornou-se signatário da referida Convenção de Singapura em data de 04 de junho de 2021.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Singapura vem para assegurar que o acordo construído a partir do processo de mediação seja respeitado como vinculativo e exequível por meio de um procedimento simplificado.

Cumpre informar que a referida convenção foi um trabalho construído a muitas mãos, com a colaboração de governos, organizações não-governamentais e organizações intergovernamentais, o que viabilizou que esse momento acontecesse e que a Convenção de Singapura se concretizasse.

Vale frizar que, a partir da Convenção de Singapura, a Mediação passa a ser reconhecida internacionalmente como meio de solução de conflitos eficaz, harmônico, leal e juridicamente seguro.

Os princípios e as ferramentas inerentes à mediação alimentam a harmonia entre os indivíduos a partir do equilibro entre os envolvidos naquela disputa em tela, propiciando que a partir do diálogo mediado possam separar as pessoas dos problemas para que o ângulo sobre o conflito seja ajustado harmonicamente.

A mediação promove a lealdade quando invoca o princípio da confidencialidade para que os fatos debatidos fiquem em sigilo entre os presentes ao ato. Também, quando invoca as necessidades individuais que requerem ser atendidas pelos envolvidos a fim de proporcionar ganhos mútuos na consecução do acordo.

Por fim, a partir das necessidades atendidas com ganhos mútuos, com lealdade e harmonia, e mediação se apresenta com a eficiência que a resolução de conflitos comerciais internacionais assim requer.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2003.

_____. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGANÇA, Fernanda *et al*. Panorama legal da mediação na América Latina. Niterói: PPGSD-UFF, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Andréa Abrahão. Governança judicial e mediação institucionalizada de conflitos nos fóruns descentralizados de Curitiba: uma abordagem sobre a possibilidade de democratização do Poder Judiciário. Teses de doutorado - PUCPR, 2018.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 15 out. 2020.

FISCHER, Roger, Ury, William et all. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. SPLENGER, Fabiana. O mediador na Resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

GOMMA, Andre. Manual de Mediação Judicial. Brasilia: CNJ, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo**.** 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi e MARTINS, Nadia Beviláqua. Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LAGRASTA, Valéria F. Curso de Formação de Instrutores. Brasília: ENAPRES, 2020.

LEDERACH, Jean Paul. Transformação de conflitos. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação - Estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª ed. Porto Alegre, Artmed, 1998.

NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. Em Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. jul/set,2016

SOUZA, Barbara Lucia Tiradentes. Cláusula ARB-MED: A Arbitragem e a Mediação Associadas *in* ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro et all (organizadores). Estado e Instituições Jurídicas. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

STIPANOWICH, Thomas J. Living the dream of ADR: Reflections on four decades of the quiet revolution in dispute resolution —THE POUND CONFERENCES (Symposium Keynote)

STONE, Katherine V. W., Alternative Dispute Resolution. Encyclopedia o f Legal History, Stan Katz, ed., Oxford University Press., 2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis / Fernanda Tartuce. − 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018. Obra eletrônica

_____. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%-C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em 12/10/2020.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação e Conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.

A COMPATIBILIDADE DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS TRABALHISTAS DA CELERIDADE, SIMPLICIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL

THE COMPATIBILITY OF PARTIAL ANTICIPATED JUDGMENT OF MERIT WITH THE LABOR PROCESSUAL PRINCIPLES OF SIMPLICITY, CELERITY AND PROCESSUAL ECONOMY

Anderson Rodrigo Tavares[1]
Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira[2]

Resumo: O presente artigo analisa a aplicabilidade do instituto do julgamento antecipado parcial de mérito, previsto no Código de Processo Civil, perante os processos que tramitam na Justiça do Trabalho e projeta como objetivo analisar se este é compatível com os princípios processuais trabalhistas da celeridade, simplicidade e economia processual. O resultado do estudo é positivo ao evidenciar tal compatibilidade, uma vez verificado que a natureza da decisão parcial é de sentença e não de interlocutória. Para chegar a tal entendimento, o artigo faz uma análise do instituto perante a esfera civil e verifica que a recorribilidade por agravo de instrumento na justiça comum se faz como meio de facilitar a tramitação recursal, mas que é eficiente e cumpre o propósito de entregar a prestação jurisdicional de maneira rápida. No entanto, o agravo de instrumento em decisão parcial trabalhista não é compatível com a Justiça do Trabalho, uma vez que este recurso é cabível apenas contra decisões que denegam seguimento de recurso, haja vista que as decisões interlocutórias são irrecorríveis nesta esfera. Nesse sentido, o TST se fez coerente em entender que a decisão parcial é terminativa e tem caráter de sentença, sendo aplicável o recurso ordinário. Ademais, na análise das normativas que permeiam a aplicação do instituto na esfera trabalhista, como a IN 39 e o ato conjunto 03, verificou-se que não há afronta aos princípios delimitados, mas que há uma lacuna a ser solucionada, seja pelo ordenamento ou pela jurisprudência.

Palavras-Chave: Julgamento Antecipado Parcial de Mérito. IN 39/2016 TST. Ato Conjunto nº 3/2020 do TST, CSJT e CGJT.

Abstract: This article analyzes the applicability of the institute of partial early judgment of merits, provided for in the Code of Civil Procedure, in the processes that are being processed in the Labor Court and aims to analyze whether this is compatible with the labor procedural principles of celerity, simplicity and procedural economy. The result of the study is positive in showing such compatibility, since it is verified that the nature of the partial decision is a judgment and not an interlocutory one. To reach such an understanding, the article analyzes the institute before the civil sphere and verifies that the appeal for an interlocutory appeal in the common court is done as a means of facilitating the appeal process, but that it is efficient and fulfills the purpose of delivering the judicial provision quickly. However, the interlocutory appeal in a partial labor decision is not compatible with the Labor Court, since this appeal is only applicable

[1] Universidade Unisociesc, Joinville, Santa Catarina, Brasil. E-mail: anderson.tavarees6@gmail.com
[2] Mestre em Ciências Jurídicas pela Univalli. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. E-mail: manuela.ferreira04@gmail.com

against decisions that deny the continuation of the appeal, given that interlocutory decisions are not appealable in this sphere. In this sense, the TST was consistent in understanding that the partial decision is terminative and has the character of a sentence, with the ordinary appeal being applicable. Furthermore, in the analysis of the regulations that permeate the application of the institute in the labor sphere, such as IN 39 and joint act 03, it was found that there is no affront to the delimited principles, but that there is a gap to be resolved, either by the legal system or by jurisprudence.

Keywords: Partial anticipated judgment of merit. IN 39/2016 TST. Joint Act No. 3/2020 of the TST, CSJT and CGJT.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de democracia no Brasil, a prestação jurisdicional é, em tese, um bem de todos e buscada por muitos, o que levou a crescer consideravelmente o número de ações no país. Por conta disso, atualmente, um dos principais objetivos do ordenamento jurídico é a busca pela tempestiva e efetiva prestação da tutela jurisdicional, a fim de combater a morosidade que se instalou perante o sistema processual brasileiro, haja vista a enormidade de ações, infindáveis recursos e pouca mão de obra jurídica nos cargos públicos. Tal questão, inclusive, veio a ser positivada pela Carta Magna com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 que acrescentou à Constituição Federal, em seu artigo 5º, o inciso LXXVIII que assevera que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nessa busca por um sistema processual mais ágil, o legislador criou, dentre outros institutos que garantem a celeridade processual e a razoável duração do processo, o julgamento antecipado parcial de mérito (JAMP)[3], previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil (CPC), o qual vem sendo aplicado pela Justiça do Trabalho, como norma subsidiária, haja vista que a Consolidação das Leis Trabalho não possui tal previsão.

A aplicação do JAMP na esfera trabalhista foi autorizada em 2016 por meio da Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho e regulamentada pelo Ato Conjunto nº 03/2020 do TST[4], CSJT[5] e CGJT[6]. Entretanto, essas normas trouxeram uma modificação em face do que foi positivado pelo CPC, uma vez que o meio de

[3] JAMP - Sigla que denomina o Julgamento Antecipado de Mérito Parcial, criada pelo juiz do trabalho Reginaldo Branco Moraes.
[4] TST - Sigla de Tribunal Superior do Trabalho
[5] CSJT - Sigla de Conselho Superior da Justiça do Trabalho
[6] CGJT - Sigla de Corregedor Geral da Justiça do Trabalho

recorribilidade das decisões parciais, na esfera trabalhista, é por de recurso ordinário e não por agravo de instrumento, como na Justiça Comum. Esta diferenciação vem sendo motivo de discussão entre os aplicadores do direito, uma vez que parte dos juristas acredita que a decisão parcial é interlocutória, e por este motivo, irrecorrível perante a Justiça do Trabalho. Existe ainda a ideia de que o instituto desestimula a cumulação objetiva e que as normas regulamentadoras processualistas deixam de trazer todas as regras necessárias para sua aplicação deste, afrontando princípios trabalhistas.

Partindo desta explanação, este estudo levanta o seguinte problema: O julgamento antecipado parcial de mérito é compatível com os princípios da simplicidade, celeridade, economia processual, aplicáveis ao processo do trabalho? Para responder tal questionamento, o trabalho foi dividido em três capítulos, cujos dois primeiros têm o objetivo de fundamentar a pesquisa para posterior análise da compatibilidade dos princípios estudados com o julgamento antecipado parcial de mérito. O primeiro capítulo demonstrará o funcionamento do instituto perante a esfera civil, com a conceituação deste por meio do ordenamento vigente e doutrina contemporânea, bem como demonstrará a ambiguidade de entendimento entre os doutrinadores quanto a natureza da decisão parcial, uma vez que uma parte defende ser interlocutória e a outra, sentença. No segundo capítulo, será realizada uma breve conceituação sobre os princípios trabalhistas da celeridade, economia processual e simplicidade, também a partir da doutrina e das leis vigentes a respeito do tema. Uma vez criado o fundamento para discussão proposta, o terceiro capítulo demonstrará a análise da IN 39 do TST e do ato conjunto 03/2020, buscando compreender se a aplicação do instituto na esfera trabalhista é compatível ou não com os princípios da celeridade, simplicidade e economia processual.

Como ponto de partida da presente pesquisa, hipóteses foram arguidas para suas posteriores verificações. Nesse aspecto, inicialmente cogita-se que o julgamento antecipado parcial de mérito, presente no CPC, busca a rápida resolução de pedidos maduros, nos moldes da celeridade e razoável duração do processo. Em contrapartida, a segunda hipótese é de que quando autorizado a sua aplicação pelo TST por meio da IN 39, a normativa omitiu disposições importantes que causaram a ineficiência do instituto. Nesse contexto, a terceira hipótese arguida é de que o ato conjunto de 2020 supriu as necessidades do processo do trabalho, tornando o

processamento do recurso ordinário viável, sendo, portanto, totalmente aplicável à justiça do trabalhista, por ser compatível com os princípios estudados.

Para esta pesquisa, o método utilizado na fase de investigação foi o indutivo. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa qualitativa, bibliográfica e descritiva, operacionalizada através da consulta a palestras, livros, textos, artigos e leis, bem como sites relacionados.

2. O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO PERANTE O CPC

De conhecimento geral entre os juristas, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943) não é a única positivação utilizada nos processos trabalhistas. O artigo 769 deste diploma assevera que "nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

O julgamento antecipado parcial de mérito é produto do Código de Processo Civil brasileiro e vem sendo aplicado aos processos do trabalho com a autorização do artigo 769 da CLT. Neste sentido, apresenta-se, portanto, a relevância de se verificar o funcionamento do instituto no processo civil para, então, prosseguir para análise da aplicação deste perante os processos que tramitam na justiça do trabalho.

Anteriormente à inovação do Código de Processo civil, não era admitida, em regra, a cisão do mérito, conforme explica Gonçalves (2019, p. 502):

> Todos os pedidos, na lei anterior, deviam ser julgados ao mesmo tempo na sentença, ainda que no curso do processo um deles ficasse incontroverso ou não necessitasse de outras provas. Em caso de incontrovérsia, o juiz apenas podia conceder tutela antecipada.

As tutelas antecipadas eram a saída processual para que a parte pudesse postular pela antecipação do julgamento de pedido maduro. No entanto, com a inovação do Código de Processo Civil em 2015, dada pela redação da Lei 13.105, essa saída processual não precisou mais ser utilizada para tal fim, uma vez que a legislação criou o artigo 356 versando sobre o julgamento antecipado parcial de mérito.

Segundo Gonçalves (2019, p. 501),

> Concluída a fase postulatória, pode acontecer que não seja possível promover o julgamento imediato de todos os pedidos, mas que alguns deles estejam em condições de julgamento. O CPC autoriza o juiz a proferir o julgamento de mérito parcial, de um ou alguns dos pedidos, ou parte deles, sem por fim ao processo ou à fase de conhecimento, que devem prosseguir porque os demais pedidos ou parte deles precisam ser instruídos.

Esse instituto, como bem dito na introdução, é decorrente da busca do ordenamento jurídico por processos mais céleres, com o objetivo de concretizar o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Carta Magna. Nas palavras de Theodoro Jr. (2016, p.841) "harmoniza-se o julgamento antecipado do mérito com a preocupação de celeridade que deve presidir à prestação jurisdicional, e que encontra regra pertinente no art. 139, II, que manda o juiz "velar pela duração razoável do processo"".

Marinoni diz ser injusto do ponto de vista da tempestividade da tutela jurisdicional, obrigar a parte a esperar pela resolução de determinada parcela do litígio que não depende qualquer ato processual posterior para ser elucidada, o art. 356, CPC, permite o julgamento imediato da parcela do mérito que já se encontra madura" (MARINONI, 2015, p. 380).

A antecipação parcial do mérito, prevista no artigo 356 do CPC, além de julgar antecipadamente, permite a realização de uma cisão do processo para que sejam julgados os pedidos "maduros", ou seja, aqueles incontroversos ou quando estiverem em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

Abrindo uma janela explicativa, o CPC em seu artigo 355[7] assevera sobre o julgamento antecipado do pedido. Neste caso, não há uma cisão no processo (julgamento parcial de mérito), mas sim o julgamento completo, seja por não haver necessidade de produção de outras provas ou, caso o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344[8] e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349[9].

Voltando ao artigo 356 do mesmo diploma legal (julgamento parcial), o texto da lei apresenta outras questões quanto à aplicação do JAMP, são elas:

> § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida; § 2º A parte poderá liquidar ou

[7] CPC. Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.
[8] CPC. Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.
[9] CPC. Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

> executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto; § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva; § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz; § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL. Código de Processo Civil. 2015 [s.p])

Começando pelo parágrafo 5º, é importante apresentar o motivo do legislador comum em decidir utilizar o agravo de instrumento como meio de recorribilidade das decisões parciais de mérito e não o recurso de apelação, por exemplo. Isto acontece uma vez que as decisões parciais são consideradas, por parte da doutrina e pelo próprio ordenamento comum, como decisões interlocutórias e não sentenças.

Segundo ensina o professor Gonçalves (2019, p. 502):

> Serão decisões interlocutórias de mérito as que, no curso do processo e antes da sentença, julgarem parcialmente as pretensões formuladas. A decisão pode dizer respeito a algumas dessas pretensões, quando houver cumulação, ou a parcela de uma delas.
> [...]
> Esse julgamento antecipado parcial de mérito é feito por decisão interlocutória e não sentença, e o recurso cabível será o de agravo de instrumento.

O CPC apresenta no artigo 203[10], §2º que decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. Por sua vez, o parágrafo 1º elucida que sentença é aquela que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Nesse sentido, uma vez que a decisão parcial não põe fim à fase cognitiva, não é considerada sentença, mas sim, interlocutória.

Theodoro Júnior (2014, p. 838) relata que:

> [...] Embora configure decisão interlocutória, visto que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum nem extingue a execução, o julgamento em causa é uma decisão de mérito, e, como tal, transita materialmente em julgado (arts. 502 e 503).32 Sendo, porém, decisão interlocutória (e não sentença), o recurso manejável em face da resolução parcial antecipada do mérito é o agravo de instrumento (e não a apelação), como expressamente determina o § 5º do art. 356.”

[10] CPC. Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 , põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

Inclusive, o artigo 1015, inciso II do CPC assevera que “cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre mérito do processo”.

De todo modo, alguns doutrinadores acreditam que a decisão parcial tem caráter de sentença e não de interlocutória, a exemplo de Pozza que entende que a decisão parcial na verdade é uma sentença, mas foi rotulada como interlocutória por questões de política legislativa (POZZA, 2015, p. 190).

Mesmo que vertente minoritária da doutrina, o presente autor coaduna com o pensamento de que decisão parcial tem efeito de sentença, haja vista se fosse interlocutória, poderia, a qualquer tempo, ser revista pelo juiz, a exemplo da tutela provisória que pode ser revogada ou modificada[11].

Além disso, há divergências no ordenamento que indicam a natureza de sentença da decisão parcial. A exemplo disto está os honorários advocatícios que no Enunciado nº 5 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal assevera que “ao proferir decisão parcial de mérito ou decisão parcial fundada no art. 485 do CPC, condenar-se-á proporcionalmente o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos termos do art. 85 do CPC”), sendo que o artigo 85 do Código de Processo Civil, diz que: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Nesse aspecto, caberia na melhor escolha o recurso de apelação contra decisão parcial e não agravo de instrumento. Segundo Redondo (2018, p. 153), havendo pluralidade de sentenças, haverá também o direito da parte de recorrer, de forma autônoma, de cada ato e, por conseguinte, haverá tantas apelações quantas forem as sentenças. O autor enfatiza que “proferida a sentença parcial, deve ser interposta apelação, tanto por ser esse o recurso cabível contra a sentença, quanto pelo fato de suas regras serem significativamente diversas do agravo de instrumento”.

No entanto, isso poderia causar grandes dificuldades no processamento do recurso, uma vez que a apelação é vinculada ao processo principal, restando como melhor opção ao legislador o agravo de instrumento.

Marinoni (2018, p. 244) diz que:

[11] CPC. Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

> Existem situações, porém, derivadas do fato de o procedimento comum do novo Código misturar atividade de conhecimento e de execução e de ter quebrado com o dogma da unidade e unicidade da sentença, em que há decisão interlocutória definitiva de determinada porção do litígio (por exemplo, julgamento antecipado parcial do mérito, art. 356, CPC) e em que há fim da atividade de conhecimento (por exemplo, julgamento da liquidação da obrigação, art. 1.015, parágrafo único, CPC), que, nada obstante, são consideradas decisões interlocutórias para efeitos legais, notadamente para fins recursais.

Uma vez apresentada a escolha do legislador comum no tocante a decisão parcial ser interlocutória e, portanto, recorrível por agravo de instrumento, é preciso apresentar as diferenciações quanto ao andamento do processo em caso de recurso, estas norteadas pelos parágrafos 1º, 2º e 3º e 4º do artigo 356 do CPC.

O parágrafo segundo do artigo 356 assevera que a parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. Faz-se presente tal normatiza, uma vez que quando do cabimento de apelação, ocorre o chamado efeito suspensivo, previsto no artigo 1.012 do CPC, que suspende os efeitos da sentença de primeiro grau. No entanto, quando o mérito é decidido por decisão interlocutória, com a aplicação de agravo de instrumento, não há nada no ordenamento que verse sobre efeito suspensivo, levando em consideração, portanto, o artigo 995 do CPC que normatiza que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

Ou seja, havendo uma decisão parcial e qualquer das partes recorrendo desta, os respectivos recursos não suspenderão a sua eficácia, haja vista se tratar de agravo de instrumento, razão pela qual é possível desde o início o cumprimento provisoriamente da decisão parcial, por se tratar, na verdade, de título executivo judicial conforme artigo 515, I, do CPC[12].

Ainda levando em conta ser uma decisão interlocutória, com recorribilidade por agravo de instrumento, o parágrafo quarto traz que a liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, autos esses, do próprio agravo de instrumento, uma vez que a peça recursal é apartada do processo principal, conforme prevê o artigo 1016 do CPC:

[12] Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

> Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: I - os nomes das partes; II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo. (BRASIL. Código de Processo Civil. 2015 [s.p])

Existem críticas enquanto da sua aplicação na esfera civil, mais especificamente sobre a hipótese de ação rescisória fronte ao parágrafo terceiro do artigo 356 do CPC que assevera que, quando houver trânsito em julgado, a execução será definitiva.

Isto porque, o artigo 975 do CPC[13] prevê que o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ou seja, da sentença e não da decisão parcial de mérito (interlocutória).

Fonseca (2017, p. 113) argumenta que "não se acha razoável que a parte esteja sujeita a eventual execução definitiva e, mesmo assim, tenha que aguardar o término do procedimento para propor a rescisão de determinada decisão proferida no processo".

Com outra opinião, Theodoro Júnior (2017, p. 1.124) defende que "malgrado a regra do NCPC (art. 975) que pretendeu unificar o prazo de rescisão de todas as decisões de mérito de um mesmo processo, a ação rescisória continuará cabível individualmente para cada capítulo independentemente de resolução do mérito da causa, correndo o prazo de ajuizamento das diversas ações a partir do momento em que cada uma das decisões parciais autônomas houver passado em julgado".

Ainda, diferentemente da discussão quanto à interposição de rescisória em face de decisão parcial de mérito, existe uma corrente que faz uma crítica do instituto em relação ao princípio constitucional da igualdade.

Didier (2016, p. 529) argumenta que "se há coisa julgada parcial formada pela decisão parcial de mérito, há sem dúvidas a possibilidade de execução definitiva dessa decisão e, se o credor não promover a execução dentro do prazo prescricional, há prescrição intercorrente nos termos do artigo 924, V do CPC". Então, "a coisa julgada faz disparar, em desfavor do credor, o início do prazo prescricional, mas não faria disparar, em desfavor do devedor o início do prazo decadencial para propor a

[13] Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

ação rescisória?". Ou seja, tem-se um prazo certo para executar, mas um indefinido para rescindir.

De todo modo, muito embora as críticas do presente autor quanto à natureza da decisão parcial, este entende que o legislador comum previu a dificuldade que seria processar um recurso de apelação parcial e optou por considerar esse ato do magistrado como interlocutório, cabendo agravo de instrumento. Desta forma, as questões arguidas pelos doutrinadores como a propositura de rescisória da última decisão proferida, bem como afronta ao princípio da igualdade podem ser solucionadas pela jurisprudência.

Por fim, entende-se que o julgamento parcial representa uma inovação importante ao ordenamento civil, uma vez que combina velocidade com cognição exauriente. Isso é muito positivo, não apenas porque permite que parte receba seu direito incontroverso antes da sentença final, mas também porque incentiva a prática de resolução consensual de conflitos.

3. UMA CONCEITUAÇÃO NECESSÁRIA SOBRE OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, SIMPLICIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL

Conforme previamente demonstrado na introdução deste artigo, o presente estudo busca compreender se o julgamento antecipado parcial de mérito é compatível com os princípios processuais trabalhistas da celeridade, simplicidade e economia processual. Neste sentido, se faz de máxima importância entender o que versam estes princípios como alicerce para o estudo posterior quanto à compatibilidade desses fundamentos com o JAMP.

Muito se engana aquele que acredita que os princípios do ordenamento jurídico brasileiro servem apenas como meio de suprir lacunas existentes. Os princípios são diretrizes gerais que informam, orientam e inspiram todas as normas criadas.

Nas palavras de Delgado (2011, p.180), "princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade".

Bandeira de Mello (2013, p.53) coaduna com tal pensamento ao dizer que:

> Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que ser irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Partindo desse contexto, o princípio da celeridade processual está explícito na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, conforme mencionado anteriormente. Este princípio é ferramenta no combate à morosidade processual, que objetiva solucionar o problema que ocorre no judiciário pelo excesso de processos que se arrastam por anos à espera de julgamento.

Nas palavras de Cayers (2012, p. 15):

> A marcha lenta processual está se tornando insustentá-vel para todos aqueles operadores do direito envolvidos diutur-namente com as alterações do CPC, em seus artigos, parágrafos e alíneas, aos quais se exigem mudanças urgentes, eis que estas têm como objetivo diminuir a morosidade da Justiça brasileira e desafogar o excesso de processos à espera de julgamento. Estima--se que mais de 100 milhões de ações judiciais estejam hoje na fila de espera para a decisão final dos juízes.

Como exemplo dessa permanente busca por processos mais céleres e eficientes, pode-se citar o instituto do julgamento antecipado parcial de mérito, o qual proporciona o julgamento de pedidos maduros, ou seja, aqueles aptos para o julgamento, antes do fim do processo.

Para Didier Jr. (2015, p. 690), o "julgamento antecipado não é faculdade, mas dever que a lei impõe ao julgador", em homenagem aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência".

É importante destacar que o princípio da celeridade tem um peso ainda maior na seara trabalhista, uma vez que objetiva a satisfação de pedidos em que muitas vezes são de caráter alimentar, haja vistas as verbas trabalhistas ali discutidas.

Nascimento (2013, p. 364) lembra que:

> O processo de dissidio individual não pode ser demorado, arrastando-se interminavelmente perante órgãos judiciais, porque a matéria versada é, basicamente, de natureza alimentar, como os salários, etc. Assim, propugna-se por um processo de dissídio individual rápido, o quanto possível simples e informal, para que possa desenvolver-se com maior rapidez.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Na mesma senda, Pereira (2014, p. 206) diz que “no Processo do Trabalho, o princípio da celeridade deve ser observado com primazia, tendo em vista o trabalhador ser a parte mais fraca na relação jurídica (hipossuficiente), e a natureza alimentar dos créditos trabalhistas”.

De todo modo, mesmo sendo de máxima importância que se faça a aplicação da celeridade aos processos judiciais, este princípio não deve ser buscado de forma exacerbada. A Justiça do Trabalho busca sim uma prestação jurisdicional tempestiva e adequada, mas não se pode deixar de buscar também a segurança jurídica do processo, objetivando apenas a celeridade processual. A celeridade do processo é limitada, devendo respeitar sempre o devido processo legal.

Em harmonia com o princípio da celeridade, o princípio da economia processual visa buscar a obtenção da maior prestação jurisdicional, com o mínimo de atos processuais, evitando-se, assim, gastos inúteis de tempo e dinheiro.

Para Neves (2016, p. 138):

> O objetivo do princípio da economia processual é obter menos atividade judicial e mais resultados. (...). Por outro lado, o princípio da economia processual, quando analisado sob a ótica microscópica, também pode ser entendido com a tentativa de ser o processo mais barato possível, gerando o menor valor de gastos.

Marques (1963, p. 167) expressamente defende que “o julgamento antecipado do litígio inspira-se no princípio da economia processual e será realmente bastante benéfico para o desafogo das audiências e do serviço judiciário em geral”.

Nesse sentido, ao se verificar em uma demanda que certo pedido já está maduro para julgamento, se faz indiscutível a necessidade de julgamento antecipado parcial dessa reivindicação, uma vez que manter tal questão apta para julgamento até o fim do curso do processo pode acarretar em diligências inúteis ou meramente protelatórias, como audiências para discussão de pedidos já maduros, o que infringiria não só a celeridade do processo, como também a economia deste.

Marinoni (2002, p. 145) diz que “obrigar o autor a esperar a instrução necessária para a definição de um dos seus pedidos, quando o outro já foi evidenciado, é impor à parte, de forma irracional, o ônus do tempo do processo e agravar o ‘dano marginal’ que é acarretado a todo autor que tem razão”.

No mesmo pensamento, em julgamento de recurso especial realizado em maio de 2021, a Ministra Nancy Andrighi pacificou o entendimento de que o JAMP coaduna

com a economia processual, assim como com princípios que orientam o processo civil, nomeadamente, da razoável duração do processo e da eficiência[14].

De todo modo, da mesma forma da celeridade processual, o princípio da economia só terá eficácia quando acompanhado do devido processo legal, insculpido pela Carta Magna em seu artigo 5ª, LIV[15], sendo limitado e devendo observar e obedecer ao devido processo legal.

Na costura de um processo ágil e eficaz, se faz presente o princípio da simplicidade, o qual impõe a autoridade judiciária o desapego ao formalismo excessivo. Os atos processuais ocorrem de forma a tornar a prestação jurisdicional cada vez mais célere, com menos burocracia. Está em harmonia com os princípios da celeridade e economia processual, uma vez que um procedimento mais simples gera menos embaraços nos processos, tornando-os mais ágeis e menos onerosos.

Assim como a celeridade e a economia, a simplicidade tem uma força ainda maior aos processos trabalhistas, ressaltando novamente a natureza alimentar dos pedidos que tramitam nesta esfera. Por conta disso, o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho é mais facilitado, bem como o trâmite processual em seu âmbito é simplificado, fazendo com que o Processo do Trabalho seja “mais simples e menos burocrático” que o Processo Civil (PEREIRA, 2014, p. 309).

Júlio César Bebber (1997, p. 132) destaca a necessidade de se observar a simplicidade no processo do trabalho:

> Os formalismos e a burocracia são os piores vícios com capacidade absoluta de entravar o funcionamento do processo. Os tentáculos que deles emanam são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que exige-se que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões.

Nesse sentido, se mostra a grande relevância da simplicidade dos processos, principalmente aqueles que preceituam verbas alimentares, com o risco de violar, inclusive, o direito à vida, previsto constitucionalmente.

O princípio da simplicidade se materializa em diversos dispositivos da CLT como, por exemplo, permitindo que os processos sejam realizados oralmente, possibilitando a oitiva de testemunhas sem a apresentação prévia do rol (CLT, art.

[14] (REsp 1.845.542-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 11/05/2021.)
[15] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

845) nem intimação (CLT, art. 825), dando aos juízes ampla liberdade para a condução do processo (CLT, art. 765), não prevendo recursos contra as decisões interlocutórias (CLT, art. 893, §1º), dentre outros.

Destaca-se aqui a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, haja vista que parte da doutrina levanta a hipótese de que o julgamento antecipado parcial de mérito afronta afronta tal determinação. Nesse sentido, havendo violação do princípio da irrecorribilidade, por certo que haverá também afronta à celeridade e simplicidade, haja vista que este é decorrente daqueles.

4. A APLICAÇÃO DO JAMP NA ESFERA TRABALHISTA E SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS ESTUDADOS

Em 2016, o TST autorizou a aplicação do julgamento antecipado parcial de mérito perante a Justiça do Trabalho, por meio da Instrução Normativa 39. O artigo 5º da norma traz o seguinte texto:

> Art. 5° Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença.

A autorização da IN 39 levantou discussão quanto à aplicação do JAMP na Justiça do Trabalho, haja vista o TST ter optado em não aplicar o parágrafo 5º do artigo 356 do CPC e utilizar recurso ordinário como meio de recorribilidade da decisão parcial. Parte da doutrina acredita que, assim como na esfera civil, a decisão parcial na justiça do trabalho tem caráter interlocutório e, portanto, não é passível de recurso ordinário, haja vista o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias previsto no artigo 893, §1º da CLT.

Bezerra Leite (2021, p. 1.290), por exemplo, assevera que:

> [...] a referida Instrução Normativa cria uma possibilidade de interposição imediata de recurso ordinário contra decisão interlocutória, pois a natureza jurídica do ato que julga parcialmente o mérito é, nos termos da lei (CPC, art. 356, § 5°), impugnável por agravo de instrumento, que é o recurso próprio no processo civil para impugnar decisões interlocutórias.
> Ora, se é decisão interlocutória, não há como se admitir a interposição imediata de recurso ordinário, haja vista a vedação contida no § 1- do art. 893 da CLT.

Silva (2019, p.334) compactua com tal entendimento ao dizer que:

> [...] o julgamento parcial antecipado da lide (art. 356 do CPC/2015) pode parecer interessante para o processo do trabalho quanto aos temas mais prementes, como as verbas rescisórias, mas esbarra na impossibilidade do recurso parcial e, ainda, sua importação do processo civil ignora que ele foi concebido com a premissa de petições iniciais enxutas, que produzem sentenças de um, dois ou três capítulos, ao passo que o processo do trabalho, diante do largo feixe de direitos e deveres que permeiam o contrato de trabalho, convive com petições iniciais extensas, que produzem sentenças de 10, 12 ou 14 capítulos, sem que isso cause espanto.

A irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias é princípio que inviabiliza a parte de recorrer imediatamente de uma decisão intermediária. Isso não quer dizer que foi usurpado o direito ao contraditório e a ampla defesa do perdedor, sendo possível que, nestes casos, a parte descontente com a decisão demonstre a insatisfação da decisão em primeira oportunidade sob pena de preclusão, bem como a impossibilidade de alegar o direito em sede recursal (CLT, art. 795)[16]. Todavia, a apreciação do contraditório será feita apenas ao fim do processo.

O objetivo dessa proibição é a busca por um processo que tramite o mais rápido possível, com mais economia e simplicidade, pois na grande maioria das reclamações trabalhistas, o trabalhador busca ali uma verba alimentar, conforme já argumentado. Por outras palavras, se todas as decisões incidentais do magistrado fossem passíveis de recurso, é imperativo dizer que as ações demorariam muito e poderiam trazer vários riscos para os trabalhadores, uma vez dependerem daquelas verbas para sobreviver.

Nas palavras de Oliveira (2013, p. 107)

> nos termos do art. 893, § 1º, da CLT e por força do princípio da celeridade e do caráter alimentar do Direito do Trabalho, as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato, sendo que, quando proferidas, a parte prejudicada deve lançar seu protesto antipreclusivo e atacar tal decisão, quando do recurso da decisão definitiva.

Conforme dito anteriormente, o grande embate da doutrina com o TST ocorre em virtude da recorribilidade das decisões parciais com recurso ordinário. O TST não justificou a escolha de RO para assegurar o contraditório do sucumbente do mérito parcialmente julgado. Na visão do presente autor, o Tribunal Superior do Trabalho não comunga com parte da doutrina que entende que a sentença parcial é decisão interlocutória. Pensa-se ainda que, talvez pelo fato de que agravo de instrumento na

[16] Art. 795 - As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

Justiça do Trabalho ser cabível apenas contra despachos que denegarem a interposição de recursos (CLT, art. 897, b)[17], a melhor escolha do Tribunal foi o RO a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa.

É imperioso destacar que, muito embora o artigo 769 da CLT[18] autorize a aplicação do JAMP à esfera trabalhista, este limita também tudo aquilo que não for compatível com as diretrizes do trabalho.

Silva (2019, p. 334) comenta que:

> Com efeito, o art. 769 termina com a advertência de que a aplicação do direito processual comum jamais poderá ser feita quando o resultado for "incompatível com as normas deste Título". Daí por que algum esforço prévio deve ser empreendido na assimilação dos princípios do processo do trabalho: simplicidade das formas, celeridade, facilitação das despesas processuais, uso intensivo da equidade e da solução conciliatória, oralidade e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Nesse mesmo aspecto, cabe levantar novamente a crítica em relação ao processo civil que definiu as decisões parciais como interlocutórias. Naquele diploma legal, acredita-se que o legislador utilizou de tal técnica para garantir maior celeridade e eficiência ao processamento de recursos, uma vez que agravo de instrumento tramita sem dependência do processo principal. Todavia, essa saída não seria possível ao processo do trabalho, haja vista suas particularidades em relação à celeridade, economia e simplicidade processual, princípios que criaram a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Nesta senda, prudente o TST que não considerou a decisão parcial como interlocutória, uma vez que caso o tivesse feito, não poderia assegurar o contraditório e a ampla defesa das decisões parciais sem ofender o princípio da irrecorribilidade.

Importante ressaltar ainda que no processo do trabalho as interlocutórias não podem ser recorridas de imediato, mas existe garantia do contraditório e da ampla defesa em primeiro momento processual oportuno, contudo, tal saída não se mostra adequada a uma decisão parcial, haja vista a sua natureza terminativa, com execução provisória[19]. Ou seja, não é justa a vedação de recorrer de imediato, apenas com a

[17] CLT. Art. 897 - Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias: b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos.
[18] CLT. Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.
[19] CPC. Art. 356, § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

possibilidade de levantar seus argumentos, sendo estes analisados somente ao final do processo, haja vista que o direito da outra parte de executar a decisão parcial é garantido desde logo e não apenas ao final do processo. Assim, verifica-se que o recurso ordinário, de fato, foi a melhor saída escolhida pelo TST, sendo que este permite que a parte recorra da decisão parcial imediatamente.

Além disso, entende-se que, muito embora toda discussão jurídica seja válida, o grande ponto a se observar não é unicamente se a decisão parcial é interlocutória ou não, mas sim, como entregar o direito alimentar ao litigante de forma mais célere possível, tendo em vista seu caráter alimentar, não sendo razoável apenas excluir o instituto do ordenamento, ainda que este apresente eventual lacuna, mas sim construí-lo da melhor maneira possível, seja pela jurisprudência ou por outras normas regulamentadoras.

A exemplo disto está o próprio princípio da irrecorribilidade imediata, cujas lacunas quanto à sua aplicabilidade tiveram que ser supridas pelo TST que veio a editar a Súmula 214, ressalvando as hipóteses de exceção para o cabimento de recorribilidade contra decisões interlocutórias.

> Súmula 214 - Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

Nesse sentido, uma vez que muito se falou aqui sobre o caráter alimentar do processo do trabalho o qual justifica ainda mais a aplicação do JAMP, seja por um processo mais célere, econômico ou simples, é imperioso destacar que a questão alimentar não é dita apenas pelos renomados doutrinadores anteriormente citados. A própria Constituição Federal demonstra o direito aos créditos trabalhistas como um direito social mínimo, igualmente comparado à educação, saúde, alimentação, etc. (CF, art. 6 e 7).

A CF, em seu artigo 100, §1º é ainda mais incisiva quanto à natureza alimentar da verba trabalhista quando assevera que:

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

> § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Ou seja, mesmo a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias agindo como ferramenta para um processo mais simples, célere e econômico, há possibilidades que seu cabimento não é possível, sendo passível de adequações posteriores. O JAMP é muito novo no ordenamento jurídico e sim, pode ser que ainda existam modificações a serem realizadas, mas, assim como a irrecorribilidade imediata, o instituto busca a entrega rápida de um direito alimentar ali discutido e merece toda atenção voltada para fazer a aplicação do instituto ser eficiente.

Nesse contexto, a opinião do presente autor é de que o julgamento antecipado parcial de mérito, quando aplicado à Justiça do Trabalho, não fere o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, uma vez que o TST, acertadamente, não considera decisão parcial como interlocutória, bem como a intenção do JAMP em entregar um direito incontroverso, que na seara trabalhista muitas vezes se trata de verba alimentar, supera eventual antinomia de normas, merecendo esforço e eventual correção pela jurisprudência para sua aplicação eficaz.

Superada tal questão, é preciso dizer que a modificação de recorribilidade da esfera civil para a esfera do trabalho, por meio do recurso ordinário, causou diversos entraves para a aplicação adequada do instituto. Isto porque, quando da autorização para a aplicação do JAMP, ainda não existia tecnologia para processar e remeter um recurso ordinário de sentença parcial, o que fez com que não houvesse sentenças parciais de mérito até meados de 2020. Não havia regulamentação informando como seria o processamento do recurso ordinário, se haveria ou não preparo, recolhimento de custas, separação ou não do recurso do processo principal ou como funcionaria a liquidação do pedido e futura execução.

O fato é que a IN 39 do TST, muito embora autorize o JAMP, veio a causar a ineficiência na aplicação deste. Tanto é que o TST, CSJT e CGJT tiveram que editar um Ato Conjunto em agosto de 2020, a fim de “solucionar o descompasso provocado pela decisão parcial do mérito entre a tramitação do processo principal e de eventual processo suplementar”.

O Ato Conjunto manteve o recurso ordinário como via de recorribilidade de uma decisão parcial de mérito, fortalecendo o entendimento de que para o TST, tal decisão não é interlocutória.

> Art. 2º Caberá recurso ordinário da decisão que julgar parcialmente o mérito, aplicando-se as regras relativas ao depósito recursal e ao pagamento das custas processuais.

Com a atualização do sistema PJe para suportar o processamento de RO em face de decisões parciais, o recurso ordinário e as contrarrazões passaram a ser recebidos nos autos principais. Além disso, o agravo de instrumento interposto à decisão que denega seguimento ao recurso ordinário e a sua contraminuta também serão recebidos nos autos do processo principal.

O ato dispõe ainda que o processo será autuado na Classe 12760 (Recurso de Julgamento Parcial pela Vara do Trabalho) após proferido pelo magistrado o despacho nos autos principais, determinando a remessa do recurso à instância superior. Nos autos do processo suplementar constará cópia do inteiro teor do processo principal, e, em sua autuação, será obrigatória a indicação do número do processo principal.

Além disso, a Secretaria da Vara do Trabalho deverá lavrar certidão nos autos do processo principal informando a existência de processo suplementar autuado na classe 12760 - Recurso de Julgamento Parcial.

Aqui cabe uma reflexão quanto ao conteúdo do ato conjunto, uma vez que é inegável que o processamento do recurso ordinário em face de decisão parcial fará com que surjam novos atos processuais, tanto dos juízes, quanto das varas. Todavia, conforme dito anteriormente, a celeridade, a simplicidade e a economia processual não podem deixar de observar o devido processo legal. A aplicação do JAMP necessita de tais atos processuais para o seu bom andamento processual, uma vez que a supressão desses, seja do despacho do juiz, seja da certidão da vara, poderia gerar confusão na posterior distribuição do recurso, bem como a sua volta à origem após o julgamento.

O ato discorre ainda que nos casos de reforma ou anulação da sentença parcial de mérito, com a determinação de novo julgamento, a nova decisão será proferida nos próprios autos do processo autuado na Classe 12760. Caso o processo principal já se encontre apto a julgamento, o juiz deverá extinguir o processo suplementar e

determinar o traslado das peças inéditas para os autos do processo principal, para julgamento único.

No lançamento do resultado do julgamento do processo principal, deverá ser levado em consideração o julgamento do processo como um todo pelo primeiro grau, ou seja, a combinação da sentença parcial do mérito com a sentença final, independentemente do resultado de eventual reforma da sentença parcial.

Muito embora o Ato Conjunto tenha sido editado para sanar dúvidas referentes à IN 39, há omissões importantes em seu texto, as quais podem gerar afronta aos princípios estudados. Isto porque, os artigos 6º, 7º e 8º da norma versam sobre hipóteses de anulação ou reforma de decisão parcial, mas não há nenhuma previsão sobre eventuais casos em que o tribunal não concorde com o magistrado de primeiro grau e considere o pedido julgado antecipadamente como "não maduro", entendendo pela necessidade de instruir tal pedido julgado antecipadamente, por exemplo.

Didier (2017, p. 774) ensina que

> Essa possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem a audiência de instrução e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com insuficiente conjunto probatório. Como não é praxe, em órgãos colegiados, a realização de atividade de instrução probatória complementar (não obstante isso não esteja vedado pelo sistema, conforme se vê do arts. 932, I, e 938, § 3a, CPC), é possível que, diante de um processo mal instruído, o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória - e isso não é desejável.

Nestes casos, ao que tudo indica, os autos suplementares voltariam para o processo original e assim passariam pela fase instrutória. O problema ocorre quando os demais pedidos, os quais permaneceram no processo principal, já estejam instruídos. Desta forma, haveria, portanto, mais de uma instrução no processo principal, causando uma enorme complexidade, tumulto e maior onerosidade processual. Importante deixar claro que tal questão merece ser esclarecida pela jurisprudência, mas não justifica a inutilização do instituto.

Parte da doutrina entende ainda que o JAMP poderá desestimular a cumulação objetiva, causando embaraços à simplicidade e celeridade do processo do trabalho. Bezerra Leite aduz, por exemplo, que:

> Com efeito, no processo do trabalho as petições iniciais veiculam, em regra, quantidade considerável de pedidos (dez ou mais pedidos), sendo certo que a possibilidade de interposição de recurso ordinário de imediato contra o ato judicial que julga parcialmente o mérito, ou seja, acolhendo um ou mais pedidos, poderá causar sérios embaraços à simplicidade e à celeridade do processo laboral. Afinal, o julgamento antecipado parcial de pedidos implica, na verdade, separação de ações, pois cada pedido corresponde a uma ação, o que poderá desestimular a cumulação objetiva de pedidos (ações) no mesmo processo, comprometendo, assim, a celeridade processual e aumentando o número de processos em tramitação na Justiça do Trabalho.

Contudo, o presente autor não concorda com tal afirmação. Primeiramente porque, muito embora existam algumas correções a serem realizadas, o ato conjunto evidenciou o devido processamento do recurso ordinário em caso decisão parcial, não separando as ações por completo, como na justiça comum, em caso de agravo de instrumento. Já demonstrado anteriormente, os autos suplementares ficam vinculados ao processo de origem, com certidão de remessa emitida, número do processo principal vinculado e retorno à origem em caso de reforma da decisão quando os demais pedidos estiverem aptos para julgamento. Claro que nos casos em que a parte não recorrer, haverá liquidação imediata, mas isso não pode ser levado com um ponto negativo, uma vez que o objetivo do instituto é justamente a entrega da prestação incontroversa o mais rápido possível.

Em outro ponto, acredita-se que os advogados não ponderarão por não acumular pedidos, visando um julgamento mais simplificado de reivindicações incontroversas, uma vez que isso demandará muito mais trabalho ao advogado, seja na hora de redigir, calcular ou protocolar as iniciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa projetou como problema identificar se o julgamento antecipado parcial de mérito é compatível ou não com os princípios processuais trabalhistas da celeridade, economia processual e simplicidade e obteve resposta positiva nesse sentido.

Inicialmente, com o estudo do JAMP perante a esfera civil, validou-se a hipótese de que o instituto cumpre o objetivo de entregar pedidos maduros antes do fim do trâmite processual, nos moldes da celeridade e da razoável duração do processo. Para tanto, o legislador comum utilizou o agravo de instrumento como meio de recorribilidade das decisões parciais, considerando estas como interlocutórias por política processual, haja vista possuírem natureza de sentença.

Entretanto, na esfera trabalhista não foi possível a saída processual utilizada pelo legislador comum, haja vista o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, criado com base na simplicidade, celeridade e economia processual, sendo prudente o TST em autorizar a aplicação do instituto, submetido à recurso ordinário em caso de recorribilidade.

Verificou-se ainda que a Instrução Normativa 39 não apresentou, de fato, todas as normativas necessárias para o bom funcionamento do julgamento antecipado parcial de mérito na esfera trabalhista. A IN 39 trouxe apenas um artigo demonstrando a sua autorização para aplicação do JAMP, deixando todas as questões relativas ao processamento de recurso ordinário pendentes de explicação, o que levou a inutilização do instituto até meados de 2020, validando a segunda hipótese da pesquisa.

Visto a ineficiência da IN 39, o TST foi obrigado a editar juntamente com a alta governança da Justiça do Trabalho o ato conjunto 03 de 2020. Em análise ao ato normativo, verificou-se a ocorrência de novos atos processuais nos casos de recorribilidade por recurso ordinário, tanto das secretarias das varas, quanto dos próprios juízes. Contudo, não é prudente afirmar que isto fere a simplicidade, economia e celeridade do processo, uma vez que estes princípios são limitados ao devido processo legal. É nítido que para o bom andamento processual do recurso ordinário de decisão parcial tais atos são necessários, na medida em que se não praticados pode ocorrer confusão e tumulto no processamento dos recursos.

Noutro ponto, observou-se que o ato conjunto soluciona quase todas as questões pendentes deixadas pela IN 39, com exceção da hipótese de que o tribunal pode não concordar com o juiz de primeira instância quanto à caracterização de pedido maduro e fazê-lo retornar à origem com necessidade de instrução. O problema ocorre quando os pedidos que não foram julgados antecipadamente já tiverem sido instruídos, sendo necessária, portanto, mais de uma instrução no processo, o que poderia gerar embaraços à celeridade, simplicidade e economia processual. Por mais remota possibilidade de acontecer tal hipótese, o ponto merece ser esclarecido pela jurisprudência ou pelo ordenamento, ao passo de eventual afronta aos princípios estudados.

No entanto, não é razoável ponderar pela inutilização do instituto, sendo que este visa buscar a entrega rápida de um direito da parte, que na esfera trabalhista se

concretiza, em grande maioria das vezes, como alimentar. É preciso construir o instituto na medida que este cumpra o seu papel social a que foi proposto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Cível. Lei Nº 13.105, de 16. Mar. 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14. Out. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhista. Decreto-Lei nº 5.442, de 01. mai. 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14. Out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14. Out. 2020.

BEBBER, Júlio César. **Princípios do processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. Saraiva, 2018.

CAYRES, Nelson A. **Vem ai o novo CPC**. Direito em ação, Brasília, v.9 n.1, jul./dez. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento I**.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. Salvador: Editora JusPodium, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil**. São Paulo. Saraiva, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. São Paulo: Saraiva,

MEIRELES, Edilton. **Julgamento Antecipado Parcial de Mérito**. Revista dos Tribunais Online, vol. 252/2016, p. 133 - 146, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOZART, Borba. **Diálogos sobre o CPC**. Salvador. jusPodivm, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. - 28. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8ª Edição. Salvador: Juspodvim, 2016.

OLIVEIRA, Cínthia Machado de. [et al.]. **Manual de prática trabalhista**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POZZA, Pedro Luiz. **Sentença parcial de mérito: cumulação de pedidos e o formalismo valorativo para a celeridade da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. REDONDO, Bruno Garcia. **Sentença Parcial de Mérito e Apelação em Autos Suplementares**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 160, junho/2008, p.153.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense

TST. **Instrução Normativa nº 39/2016.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 20.out.2020.

A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL BRASILEIRO

MEDIATION IN THE JUDICIAL REORGANIZATION OF BRAZILIAN RURAL PRODUCERS

Juliano Albino Manica[1]

Cláudia Regina Voroniuk[2]

Resumo: A pesquisa usa o método científico descritivo e dedutivo. Trata do agronegócio contemporâneo, com foco no produtor rural empresarial brasileiro, em crise e passível de recuperação judicial, e do uso da mediação no processo judicializado, vista como método auxiliar. A via estatal está centrada em decisão fundada no ordenamento jurídico, enquanto as relações empresariais são ágeis e a atividade rural complexa e por vezes multilateral exigem flexibilidade e agilidade. Pode-se facilitar a construção da solução da crise do produtor rural pela mediação via análise econômica do direito. Destaca-se a conjugação da atuação do Estado-juiz e da mediação em recuperação judicial de produtor rural brasileiro, como medida economicamente viável e eficaz.

Palavras-Chave: Atividade Econômica Complexa. Crise. Mediação. Produtor Rural Brasileiro. Recuperação Judicial.

Abstract: The research uses the descriptive and deductive scientific method. It deals with contemporary agribusiness, focusing on the Brazilian business rural producer, in crisis and subject to judicial reorganization, and the use of mediation in the judicialized process, seen as an auxiliary method. The state route is centred on decision-making based on the legal system, while business relations are agile and complex and sometimes multilateral rural activity requires flexibility and agility. It is possible to facilitate the construction of the solution to the crisis of the rural producer through mediation through economic analysis of the law. The combination of the role of the State-judge and mediation in the judicial reorganization of Brazilian rural producers is highlighted, as an economically viable and effective measure.

Keywords: Complex Economic Activity. Crisis. Mediation. Brazilian Rural Producer. Judicial Reorganization.

[1] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba. Especialista em Direito pela UEL - Universidade Estadual de Londrina. Graduação em Direito pela FDC – Faculdade de Direito de Curitiba. Professor Convidado em Especialização de Direito pela PUC-PR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Convidado em Especialização de Direito pela EMAP – Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito no Estado do Paraná. Maringá-BR. <http://lattes.cnpq.br/6266346559728788>, jamanica@outlook.com.

[2] Doutoranda no Programa de Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar - Universidade Cesumar. Especialista em Direito Empresarial pela UEL - Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela UniCesumar - Universidade Cesumar. Graduada em Direito pela FDC - Faculdade de Direito de Curitiba (atualmente UniCuritiba - Centro Universitário UniCuritiba). Professora Universitária. Integrante do grupo de pesquisa Lei Geral de Proteção de Dados, vinculado ao Doutorado da Unicuritiba. Conselheira da OAB/PR, Subseção de Maringá - 2022/2024. Membro da Comissão da Pessoa Idosa da OAB Subseção de Maringá. Advogada. Maringá-BR. <http://lattes.cnpq.br/5819689423298390>. claurevo@outlook.com.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa usa método científico descritivo e dedutivo para verificar em que medida a mediação pode ser útil na resolução de lide recuperacional envolvendo produtor rural brasileiro.

Moschen (2021), ao analisar a mediação internacional na Convenção de Singapura de 2018, destaca a cooperação, aponta o movimento da desjudicialização em controvérsias da atividade econômica, e diz que "a internacionalização das relações sociais motivada pelo avanço tecnológico e a fluidez dos mercados ao mesmo tempo que promoveu um crescente fluxo de capitais, mercadorias e pessoas também respondeu pelo aumento das disputas transfronteiriças", a exigir métodos alternativos e adequados para a solução dos conflitos.

E a recuperação judicial de produtor rural no Brasil é algo relativamente recente, tendo havido discussão sobre a natureza jurídica e o direito de acesso à legislação recuperacional.

A mediação pode ser útil na resolução da crise econômico-patrimonial do produtor rural brasileiro? Ou a supervisão do juiz de direito e a atuação do administrador judicial são sempre indispensáveis ao diálogo entre o produtor rural e os credores sujeitos à recuperação judicial? Sendo que a resposta perseguida tem por norte a diminuição do tempo da crise do recuperando e a mitigação de efeito colateral da crise do devedor junto à economia e pois à sociedade.

A questão apresenta variantes e não macula o direito fundamental de acesso ao procedimento judicializado da recuperação judicial à luz da Lei 11.101 (BRASIL, 2005), revista pela Lei 14.112 (BRASIL, 2020). Ao contrário, tende a favorecer o desenvolvimento do processo de recuperação judicial pelo produtor rural pátrio, ao primar por melhores resultados.

2. A ATIVIDADE E O ACESSO DE PRODUTOR RURAL BRASILEIRO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O agronegócio une as atividades da cadeia produtiva agrícola e pecuária. Buranello (2018, p. 32,33) fala da existência de um complexo agroindustrial, a congregar as atividades econômicas profissionais que envolvem "... todas as etapas compreendidas entre o fornecimento dos insumos para produção até a distribuição para consumo final de produtos, subprodutos e resíduos de valor econômico relativos a alimentos, fibras naturais e bioenergia".

Fiorillo (2021) liga o agronegócio ao agribusiness, como modelo de produção-indústria, com tecnologia, grande extensão de terra e baixa mão de obra conforme demanda do mercado. E Crepaldi (2019, p. 4) destaca o agronegócio nacional em razão de seu desenvolvimento, geração de renda e empregos, de maneira que vem "... Ocupando posição de destaque no âmbito global, tem importância crescente no processo de desenvolvimento econômico, por ser um setor dinâmico da economia e pela sua capacidade de impulsionar os demais setores ...". O agro é um dos pilares da economia a ponto de Fiorillo gizar somar "[...] em torno de um terço do PIB brasileiro [...]" e dizer que o Brasil atuou no século XIX no segmento do café e que no século XX, a partir da década de 70, a soja vem impulsionando a economia (2021, p. 941 e 946). De fato, a atividade agrícola nacional tem crescimento sustentável e se moderniza com "[...] implementos e insumos agrícolas, reflexos do progresso técnico" (BURANELLO, 2018, p. 29).

Historicamente, não era previsto o direito de acesso do produtor rural na legislação recuperacional. O Código Civil (BRASIL, 2002), artigos 970 e 971, diz ser empresário aquele inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis, sendo este um requisito objetivo na Lei 11.101 (BRASIL, 2005). Enfim, sem o registro se prevê proteção civil, e com ele a comercial.

A atividade empresarial vista como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (artigo 966 do Código Civil – BRASIL, 2002) pode abarcar o agronegócio. A Lei n. 3.071 (BRASIL, 1916), conhecida como Código Civil revogado, não trazia previsão que o vigente Código Civil (BRASIL, 2002) confere ao produtor rural. O empresário - empresário individual, sociedade empresária ou sociedade empresária de responsabilidade limitada - que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços de natureza rural pode requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, e ao fazê-lo equipara-se ao empresário na forma do artigo 971[3] do Código Civil (BRASIL, 2002). Neste sentido, Nery Junior e Andrade Nery (2013, p. 1006) tratam da faculdade do direito de inscrição do produtor rural como empresário

[3] Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

na Junta Comercial, tendo por efeito jurídico a equiparação aos demais empresários em geral.

Houve recorrente embate jurídico sobre o tema, até que o Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 1.800.032[4] (STJ, 2019) acenou, por maioria de votos, o direito do produtor rural de se inscrever na Junta Comercial e com isso obter qualidade de empresário, com efeito *ex tunc* da atividade e reflexo na aferição de requisito objetivo da legislação recuperacional.

Não poderia ser diferente, tanto que o agribusiness é mais um efeito da vida globalizada. Dolinger (1997, p.1) diz que "a internacionalização da vida e das atividades humanas acarreta uma série de fenômenos de natureza jurídica que devem ser enfrentados pelos Estados isoladamente e pelas entidades regionais e internacionais no plano coletivo". E disto decorre a percepção de Basso (2011) dos fatos jurídicos tradicionais e mistos ou multinacionais e do embate da regra aplicável, onde dever ser nem sempre é de fácil aplicação no ambiente do ser, de que "... fatos jurídicos distintos estão sujeitos a direitos diferentes" (p.10). Sem olvidar já não ser incomum a recuperação judicial de produtor rural com dívidas em favor de não nacional.

A teoria da empresa trata da atividade econômica organizada profissionalmente e a regula pelo direito empresarial, salvo casos específicos como por regra o de profissionais intelectuais, sociedades simples, cooperativas e certos exercentes de atividade rural. O procedimento especial de recuperação judicial de empresa e de sociedade empresarial está regulado no Brasil pela Lei 11.101 (BRASIL, 2005), com melhorias pela Lei 14.112 (BRASIL, 2020), a exemplo da constatação prévia, consolidação processual e substancial, plano alternativo, DIP *financing*, e no que aqui interessa, com a previsão do produtor rural como empresário e com o direito de acesso à recuperação judicial, inclusive enquanto pessoa natural.

Essa opção legal não significa privilégio, visa tratar adequadamente uma categoria tão diversificada no Brasil e que representa um dos pilares da economia. Decorre de fatores territoriais ampliados e peculiares e como diz Marcelo Barbosa Sacramone (2021, p. 54), da "... vastidão territorial do Brasil e às diferenças entre as

[4] STJ – Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.800.032/MT. Rel. p/Acórdão Min. RAUL ARAÚJO. Julgado em 05/11/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900504985&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 02/10/2022.

regiões para conceber o produtor rural como organizado em economia familiar e cuja atividade não possui qualquer organização, mas também o grande produtor rurícola, cuja produção é desempenhada por diversos empregados".

Como dito, a discussão findou com a Reforma de 2020, tendo a Lei nº 14.112 (BRASIL, 2020) explicitado que o produtor rural tem o direito de optar pelo Registro Público de Empresas Mercantis e que o registro é de natureza declaratória e efeito *ex tunc* ao início da atividade.

Trata-se de evolução da atividade empresarial no mundo das coisas e do direito. Antes do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), adotava-se a teoria dos atos de comércio, de origem francesa, com requisitos da habitualidade, fins lucrativos e estar incluído em lei a prática de atos de comércio (SACRAMONE, 2021). E com o atual Código Civil (BRASIL, 2002), adotou-se a teoria da empresa, de origem italiana, para substituir a teoria dos atos de comércio.

A evolução conceitual ampliou o leque de empresários, vindo a considerar aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (artigo 966[5] do Código Civil – BRASIL, 2002). O requisito profissional é da atividade contínua, habitual. A atividade econômica decorre da finalidade ser lucrativa e a organização envolve os fatores de produção - mão-de-obra, matéria prima, capital e tecnologia.

A produção ou circulação de bens e serviços é ponto fundamental para diferenciar a teoria dos atos de comércio da teoria da empresa. A empresarialidade advém da natureza da atividade econômica (SACRAMONE, 2021). Como regem os artigos 966 e 971 do Código Civil (BRASIL, 2022), o empresário rural será reconhecido como tal se optar pela inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, e usufruirá de benefícios, a exemplo do acesso ao processo de recuperação judicial na forma do artigo 51, V[6], da Lei n. 11.101 (BRASIL, 2005).

A sociedade contemporânea - pós-moderna - tem paradigma global na alimentação. A manutenção da dignidade humana é fator de cidadania atrelado ao bem-estar, não podendo haver contraponto entre alimentação e dignidade. A geração de alimentos tem causado transformações. A pequena produção individual de

[5] Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
[6] Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: (...) V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

alimentos ganhou contornos maiores com a globalização e com a presença das sociedades empresárias, a exigir maior proteção jurídica. A legislação recuperacional conferiu ao produtor rural pessoa jurídica um abrandamento do modelo de prova da atividade pela nova redação do artigo 48, par. 2[7] da Lei nº 11.101 (BRASIL, 2005) e, sendo pessoa física, a Reforma incluiu a possibilidade e o tratamento de documentos probatórios da atividade de forma a permitir igual acesso como visto em seu artigo 48, par. 3[8].

Isto, mesmo havendo limites. Como é o caso do produtor rural, pessoa jurídica e física, tendo o par. 6 do artigo 49[9], da Lei 11.101 (BRASIL, 2005), incluído pela Lei 14.112 (BRASIL/2020), explicitado que apenas os créditos da atividade rural é que estão sujeitos à recuperação judicial, mesmo que vincendos. Tal e qual se vê no par. 9 do art. 49[10] da referida Lei, pela redação da Reforma, de que o produtor rural não se sujeita à recuperação judicial quanto a crédito constituído nos 3 anos anteriores ao pedido de recuperação, quando resultado da aquisição da propriedade rural e ou de suas garantias. Mais, como se denota do artigo 70[11] e 71[12] da Lei 11.101 (BRASIL,

[7] Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...) § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

[8] (...) § 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

[9] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos.

[10] (...) § 9º Não se enquadrará nos créditos referidos no caput deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias.

[11] Art. 70. As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo.

[12] Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições: I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas; III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial; IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados. Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial

2005), combinado ao novo artigo 70-A[13] pela Lei 14.112 (BRASIL, 2020), no caso de plano especial de recuperação judicial ao pequeno produtor rural com passivo até 4,8 milhões, fixou-se condições ao plano especial que podem impedir sua utilização, pelo próprio potencial engessamento da construção do plano de recuperação.

Seja como for, para legitimidade ativa ao pedido de recuperação judicial, os produtores rurais, pessoa física ou jurídica, devem exercer a atividade há mais de 2 anos. E quanto aos créditos sujeitos, admite-se apenas os vencidos e vincendos, mas constituídos até a data do pedido, desde que adstritos à atividade rural e, perceba-se, documentados (exemplo: livro-caixa). A Lei veda créditos rurais não contabilizados, como os créditos não adstritos à atividade rural empresarial, aqueles constituídos após o pedido de recuperação judicial, os créditos rurais oficiais com juros subsidiados pelo governo, os decorrentes de aquisições de propriedade rural no prazo antecedente de 3 anos ao pedido, como o proveniente de cédula imobiliária rural CIR, decorrente do patrimônio rural em afetação regido pela Lei 13.986 (BRASIL, 2020).

A Medida Provisória n. 897 (BRASIL, 2019), convertida na Lei 13.986 (BRASIL, 2020), conhecida por “Lei do Agro”, instituiu o Fundo de Aval Fraterno e, dentre outras providências, dispôs sobre o patrimônio de afetação de propriedades rurais e instituiu a Cédula Imobiliária Rural. O regime jurídico do patrimônio rural em afetação fixou que o proprietário de imóvel rural poderá submeter o imóvel ou fração dele a este regime. Que, poderá ser vinculado à Cédula Imobiliária Rural (CIR), vista no Capítulo III da Lei 13.986 (BRASIL, 2020), ou à Cédula de Produto Rural (CPR) regida na Lei n. 8.929 (BRASIL, 1994).

A teoria da afetação preconiza a segregação patrimonial ou qualificação de determinado acervo patrimonial por meio da imposição de encargos que vinculam os bens englobados a uma finalidade específica. Não transfere a outrem o bem do patrimônio do titular, mas o mantém apartado, de modo que não se comunique com o restante do patrimônio. E da incomunicabilidade surge regime especial da propriedade, em garantia em favor dos credores.

Essa novidade, que se disse criada para fomentar o agronegócio, pode causar efeito colateral de maior segurança às instituições financeiras na concessão de crédito

não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano.

[13] Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

aos produtores rurais, e potencialidade de risco indireto à atividade no caso de uma crise do produtor rural.

Ao se optar por adotar o referido regime de afetação, o terreno, as acessões e as benfeitorias fixadas no imóvel – exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes – constituirão patrimônio de afetação, destinado a prestar garantias por meio da emissão de Cédula de Produto Rural (CPR), ou em operações financeiras contratadas pelo proprietário por meio de Cédula Imobiliária Rural (CIR), passíveis de incomunicabilidade e impenhorabilidade.

Do que visto, nem todo produtor rural será considerado empresário, e nem tudo que esteja relacionado a ele será objeto de um processo de recuperação judicial. Tanto que dos limites presentes na legislação recuperacional, os pequenos e os informais produtores rurais estarão à margem da previsão legal de acesso à legislação recuperacional benéfica ao soerguimento de crise econômica, financeira, ou patrimonial tão comuns à vida atual. Mais, potencializa-se, de outra banda, um certo poder concedido ao devedor produtor rural, que poderá direcionar pela escolha contábil de lançamento quem se sujeitará ou não à recuperação judicial. Há a questão do patrimônio não sujeito. E o afetado em favor de instituição financeira.

Assim considerada, de um lado, a presença do produtor rural empresarial e em crise, a ponto de se verificar risco à atividade econômica exercida e com efeitos colaterais à economia nacional e a interesses públicos, a exemplo da renda, postos de trabalho, tributos, e desenvolvimento da atividade rural. E de outro, a necessidade do aprimoramento das técnicas e ferramentas jurídicas de tratamento dessa crise no menor tempo e com maior resultado possível. Desponta oportuna e atual a discussão do acesso facilitado ao processo de recuperação judicial e emprego de alternativas auxiliares à resolução da lide, no caso através da mediação.

3. A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE PRODUTOR RURAL

Não à toa, a recuperação judicial, na Reforma (BRASIL, 2020), prevê em seu novo artigo 20-A[14] a mediação (como a conciliação) como método auxiliar para a

[14] Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

facilitação da resolução da crise empresarial que se procura resolver junto aos credores sujeitos. A mediação poderá ser antecedente ou incidental ao procedimento da recuperação judicial. A Lei incentiva a prática da mediação, explicitando que poderá ocorrer a qualquer tempo. Sendo permitida aliás tutela de urgência suspendendo execuções por 60 dias a fim de que ocorra a mediação, podendo, diga-se, ser realizada até em formato virtual, em um ambiente consentâneo à modernidade.

A mediação, conhecida no ambiente jurídico interno e internacional, com sutis diferenças de aplicação, apresenta-se como ferramenta para agilizar processos recuperacionais. Seja pelas boas práticas da natureza extrajudicial do instituto, quanto sob orientação da AED – Análise Econômica do Direito aplicável no rito judicializado. É que a verificação do custo-benefício e da racionalidade humana ínsitas em toda atividade comercial e de crédito e débito contribuem ao estímulo e diálogo orientado que se pode obter em sede da mediação preliminar ou incidental ao rito da recuperação judicial por estímulo inclusive do Estado-juiz brasileiro.

É corrente que o Judiciário brasileiro está sobrecarregado de processos, e que tem havido ajuizamento de processos massivos e por vezes predatórios resultados do abuso e da facilitação do direito de acesso à Justiça. Neste cenário há que se pensar no custo-benefício do processo, ainda mais em sede de recuperação judicial, aqui com foco no produtor rural, instando a que seja aplicado o ordenamento jurídico e método alternativo - como a mediação - com vista ao abreviamento do tratamento estatal dispensado em sede de recuperação judicial no agronegócio.

Brandão (2019, p. 137) esclarece que o *approaching* do mediador no conflito empresarial se dá pelo "... questionamento da inter-relação existente entre os empresários, sejam decorrentes de crédito/débito, transações comerciais, financeiras ou imobiliárias, questões de propriedade intelectual, relações de franquia, questões societárias", por onde se usam técnicas que facilitem opções aos interesses dos conflitantes e cumprimento das obrigações decorrentes.

Para aumentar a chance de acordo pode-se trabalhar para que os litigantes abandonem o critério emocional e partam para a racionalidade do direito à luz da economia. Os precedentes ajudam, assim como o custo do processo recuperacional em cotejo às execuções individuais. O acesso à Justiça deve corresponder à ideia de uma adequada solução. O bom exemplo do método da conciliação exitosa, bastando lembrar da iniciativa da plataforma consumidor.gov.br para tratativas entre consumidores e demandados, com 80% de acordos em poucos dias, serve de

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

estímulo ao emprego da mediação nas recuperações judiciais do produtor rural em crise.

AED – Análise Econômica do Direito pode ser vista como uma teoria jurídica e não econômica, como método e não um direito econômico. Não busca dizer o que é certo ou errado mas auxiliar o operador do direito na tomada de decisão, sendo útil na mediação e em acordo. A tecnologia contribui para a ocorrência de acordos, pois pode ajudar para corrigir vieses cognitivos (desvios comportamentais) e para a redução de custos, a exemplo de iniciativa do próprio CNJ - Conselho Nacional da Justiça, o qual trabalha em plataforma para acordos online. E a se considerar o contrato como um fato e uma troca com valoração econômica na atividade empresarial, o excesso de intervenção na autonomia dos contratantes pode elevador os custos do negócio, pela cogitação do risco de litigância, ainda mais porque o contrato pode restar incompleto em decorrência do excesso de otimismo sob a ótica de cada contratante. Neste aspecto desponta oportuno pensar-se em cláusula de solução de disputas empresariais prevendo a mediação. O preço do processo influencia em maior ou menor litigância, sendo possível a litigância para se ganhar algo, como o tempo da execução da obrigação inserta no contrato.

Sabe-se que o ordenamento jurídico é prevalente na resolução de conflitos mas não há como deixar de aplicar outros métodos resolutivos como a mediação. A sociedade cada vez mais organizada e complexa exige outros caminhos, pois leis gerais e abstratas não resolvem tudo. Estas são cada vez mais abstratas e gerais e se afastam do que se espera diante de cada evento social fenomenológico. Os litígios podem se resolver por iniciativa dos envolvidos. A resposta consensual deve ser estimulada pelo Estado. É o pluralismo na solução das crises.

O Sistema Multiportas, da década 70, com Frank Sander, professor de Harvard com o famoso discurso “Variedades de Processos de Resolução de Disputas” na Conferência Roscoe Pound sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça (SANDER, 1976, p.77, 111-123), revela que o Judiciário pode fomentar o uso de método alternativo e mais adequado à resolução do litígio, ainda mais se considerado o excesso de judicialização.

Após a Revolução Americana e a Francesa e a Revolução Industrial, houve a alteração de fluxo demográfico para as cidades, advindo o que se entende por sociedades de massas. O estado liberal que se instala sustenta o modelo capitalista da economia, surgindo conflitos de massa e elevando-se o acerco de contencioso. A

se ver a importância de se pensar em formas diversas de resolução de conflitos, com ou sem a interferência do Judiciário, em especial no ambiente do agronegócio empresarial. Nesta linha propõe-se destacar-se a prática da mediação como método adequado de resolução da crise do produtor rural de alto relevo na atividade econômica, sem detrimento do sistema heterocompositivo conservador do processo judicial.

Entre as décadas de 70 e 90 no Brasil houve o incremento da industrialização e a migração do meio rural às cidades. Iniciou-se política da descentralização, incentivando-se a desjudicialização dos conflitos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor pela Lei n. 8.078 (BRASIL, 1990) e dos Juizados Especiais pela Lei 9.099 (BRASIL,1995). A Resolução 125[15] do CNJ – Conselho Nacional de Justiça instituiu o sistema multiportas oficialmente, combinado à "Lei da Mediação", de nº 13.140 (BRASIL, 2015) como subsistema normativo de tratamento consensual. E o Código de Processo Civil, pela Lei 13.105 (BRASIL, 2015), no par. 3[16] do artigo 3, assinala o caráter pré processual e consensual a serem estimulados, e aplicação da mediação dentre outros métodos para resolução de controvérsias. Este ideário, pois, pode ser incrementado nas recuperações judiciais, em especial naquelas envolvendo o produtor rural.

Nos EUA não foi diferente. Lá, na década de 70 surgiram as ADRs *Alternative Dispute Resolution*, como meios alternativos à resolução de conflitos, valendo-se da arbitragem, da conciliação e negociação, e da mediação, no meio online (ODR) ou presencial. Prioriza-se o acordo, mesmo que parcial. E tem-se a ideia de que a mediação produz a redução da carga emocional, sugere interesses menos óbvios, promove comunicação mais eficaz. Tendo-se como vantagens da mediação a qualidade (adequação do conflito às necessidades das partes), a eficiência (celeridade), a flexibilidade (partes participam ativamente), e a redução de custos, que se somam a proporcionar maior sustentabilidade da atividade econômica do produtor rural.

Em meio à hiperjudicialização da contemporaneidade denota-se adequado conceder maior autonomia às pessoas para a resolução de seus conflitos. A mediação

[15] <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em 02/10/2022.
[16] § 3º 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.

não é obrigatória, mas pode ser estimulada, e o mediador exerce função relevante no diálogo adversarial. O juiz não pode servir de mediador, e a autocomposição pode ser total ou não ou para adaptar ritualística do processo a fim de que maior individualização do caso. E Brandão (2019, p. 23) diz mesmo que "... a dinamicidade exigida pela globalização presente no mercado empresarial, não se harmoniza com a insegurança gerada pela lentidão dos processos judiciais no Brasil".

A mediação acontece em etapas: com abertura ou instalação do procedimento; a identificação e delimitação do litígio; e a realização de sessões conjuntas ou privadas buscando-se a construção de opções e um ambiente favorável à negociação; até se chegar às decisões dos envolvidos; e o encerramento do procedimento. A "Lei da Mediação" - lei 13.140 (BRASIL, 2015) recebe suporte do Código de Processo Civil - lei 13.105 (BRASIL, 2015) como visto no par. 3 do artigo 3 e no *caput*[17] do artigo 334. A mediação é incentivada pelo artigo 4[18] da Resolução n.125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), e pode ocorrer até pelo ambiente online como reforçado pelo par. 7[19] do artigo 334 do Código de Processo Civil – Lei 13.105 (BRASIL, 2015) e previsto no artigo. 46[20] da Lei 13.140 (BRASIL, 2015). O CNJ – Conselho Nacional da Justiça aliás criou em 2019 um Grupo de Trabalho para debater a recuperação judicial e a falência, surgindo a Recomendação n. 58[21] (BRASIL, 2019), estimulando o uso da mediação presencial ou *online*. Ademais, o CNJ produziu também a Recomendação n. 71[22] (BRASIL, 2020) para implementação dos CEJUSC empresariais por iniciativas dos Tribunais brasileiros. E ainda em 2020 foi criado o centro de mediação e conciliação no STF – Supremo Tribunal Federal mediante a Resolução 697/2020[23].

[17] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
[18] Art. 4 Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.
[19] § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei
[20] Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.
[21] CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Recomendação n. 58, de 22 de outubro de 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original214501201911045dc09bddeb960.pdf> Acesso em 02/10/2022.
[22] CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Recomendação n. 71, de 5 de agostos de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Recomendacao-712020-05082020.pdf> Acesso em 02/10/2022.
[23] STF – Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 697, de 6 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf> Acesso em 02/10/2022.

Caetano (2021), ao verificar a mediação na realidade brasileira pelo contexto filosófico-jurídico do direito à Justiça, conclui se tratar de parte da justiça "do diálogo", como modo de realização democrática da Justiça, e diz que "... enquanto método de solução de controvérsias não-adversarial, fora dos quadros clássicos de litígio judiciário, representa a realização da justiça, em seu conceito constitucional ...". Ainda antes da Lei da Liberdade Econômica, a Lei 13.874 (BRASIL, 2019), ao inserir a análise do impacto regulatório nos atos normativos através do artigo 5[24]; a Lei 13.655 (BRASIL, 2018) alterou o artigo 20[25] da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942); a destacar um movimento em direção ao consequencialismo dos atos processuais e processo. A sugerir-se reflexão pragmática do impacto do fenômeno da maior abertura e acesso do produtor rural ao procedimento da recuperação judicial, das dificuldades e dos limites ainda presentes, e como a mediação pode ser melhor utilizada como um método auxiliar para a superação da crise empresarial. Tanto que Brandão (2019, p. 34) explica que a mediação é útil em relações continuadas, em razão do maior envolvimento emocional das pessoas envolvidas em uma relação que se alonga no tempo, e da postura de aproximação não adversarial que busca o mediador apresentar aos envolvidos.

A mediação em sede da recuperação judicial de produtor rural pode favorecer a prática de uma atividade jurídica qualificada, pela influência da ética, sociologia, filosofia, além da moderação e facilitação estes próprios dos métodos alternativos à resolução tradicional dos conflitos, com a atuação mais humanizada e sintonizada às necessidades da produção rural.

Cambi, Goto, e Souza Netto (2021, p. 19/34), destacam a neurociência na mediação, pelo crivo da relação causal entre a atividade cerebral, o comportamento e a aprendizagem e da perspectiva de que o mediador se comunique como facilitador qualificado na construção de solução do conflito. Apregoam que a linguagem binária presente na atividade processual estatal pode ser substituída pela ternária em cerda medida, a exemplo da mediação em certas demandas (no caso, a envolver produtor rural em crise), como ferramenta para identificação de soluções possíveis da crise

[24] Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.
[25] Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

econômico-patrimonial entre os credores sujeitos e o devedor produtor rural. Assim se fazendo através da sensibilidade do mediador profissional, pela fala, escuta ativa, postura afirmativa, mescla de diferentes modos de humor, intuição e questionamentos; através da neurociência, por percepções neurais, *rapport* (método para estabelecimento de vínculo, confiança e credibilidade entre os interlocutores), atenção, memória, linguagem, aprendizagem, tonalidade da voz, distúrbios neurológicos, afeto, estresse e motivação nas sessões.

O agronegócio, a congregar uma rede de negócios e conferir uma complexidade do tratamento jurídico-legal, exige uma resposta jurídico-processual não engessada pelo ritual da recuperação judicial do produtor rural empresário quando em crise. Além da especialização pelo Estado-juiz no tratamento conferido no processo, de forma a agilizar a resposta estatal, pode haver a cogitação, o incentivo e o fomento da instalação incidental da mediação como mais um instrumento facilitador da construção de solução negociada da crise do produtor rural.

Seja como for, na especialidade da lide a envolver o produtor rural empresarial, calha destacar a importância da escolha do mediador com expertise no nicho desta atividade econômica. Não à toa, Faleck e Tartuce (2022) concluíram que “Mais importante do que conceber a experiência de um país ou a pureza de um modelo de atuação é que o mediador, conhecedor do histórico e das amplas possibilidades de vivência, seja versátil e tenha a mente aberta para possibilitar abordagens produtivas na comunicação entre os envolvidos na disputa.”.

4. CONCLUSÃO

Cada vez mais se eleva a importância da atividade rural à economia brasileira, cujo segmento é ágil e sensível ao fluxo contínuo da própria atividade rural, diante do crescimento exponencial do agronegócio e da empresarialidade, a exigir maior incentivo e proteção jurídica.

Há utilidade no uso da mediação em processo de recuperação judicial de empresário produtor rural segundo a análise econômica do direito e por ocasião da crise empresarial diante de relações negociais complexas, de elevado valor e ou quando abarca créditos de não nacionais, por onde a solução negociada da dívida com auxílio de facilitador mediador pode enveredar no encurtamento do caminho e soerguimento do empresário ou sociedade devedora.

O trabalho destaca a utilidade da aplicação da mediação em processo de recuperação judicial de empresário produtor rural no Brasil, sem desmerecer a atividade judicial no processo especial regido pela Lei 11.101 (BRASIL, 2005) e Lei 14.112 (BRASIL, 2020). E converge para assinalar a possibilidade da coexistência incentivada do rito judicializado, como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, recentemente atualizado, com a colaboração ativa do devedor e dos credores sujeitos à recuperação judicial pela sujeição à mediação supervisionada.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 2 edi. São Paulo: Atlas, 2011.

BURANELLO, Renato. **Manual do Direito do Agronegócio**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANDÃO, Clésia Domingos. **Mediação empresarial: uma análise da aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas**. Dissertação (Mestrado). UNINOVE – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1 de janeiro de 1916, **Código Civil** dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 5 jan. 1916.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 12 set. 1990 retificado em 10 jan. 2007.

BRASIL. **Lei n. 8.929**, de 22 de agosto de 1994, institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 23 ago. 1994.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 9 fev. 2005 edição extra.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015, institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. **Lei n. 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. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.655**, de 25 de abril de 2018, inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 26 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.874**, de 20 de setembro de 2019, institui a Declaração de Direitos de **Liberdade Econômica**; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 20 set. 2019 edição extra-B.

BRASIL. **Lei n. 13.986**, de 7 de abril de 2020, institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas; altera as Leis n os 8.427, de 27 de maio de 1992, 8.929, de 22 de agosto de 1994, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 5.709, de 7 de outubro de 1971, 6.634, de 2 de maio de 1979, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.827, de 27 de setembro de 1989, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.169, de 29 de dezembro de 2000, 11.116, de 18 de maio de 2005, 12.810, de 15 de maio de 2013, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 13.576, de 26 de dezembro de 2017, e o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967; revoga dispositivos das Leis n os 4.728, de 14 de julho de 1965, e 13.476, de 28 de agosto de 2017, e dos Decretos-Leis n os 13, de 18 de julho de 1966; 14, de 29 de julho de 1966; e 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 7 abr. 2020 edição extra.

BRASIL. **Lei n. 14.112**, de 24 de dezembro de 2020, altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF. 26 mar. 2021 edição extra D e republicado 30 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. **Medida Provisória n. 897**, de 1º de outubro de 2019, institui o Fundo de Aval Fraterno, dispõe sobre o patrimônio de afetação de propriedades rurais, a Cédula Imobiliária Rural, a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo: Brasília, DF, 2 out. 2019.

BRASIL. **STF – Supremo Tribunal Federal. Resolução n. 697**, de 6 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf>. Acesso em 02/10/2022.

BRASIL. **STJ – Superior Tribunal de Justiça**. 4ª Turma. **REsp 1.800.032/MT**. Rel. p/Acórdão Min. RAUL ARAÚJO. Julgado em 05/11/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900504985&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 02/10/2022.

BRASIL**. CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em 02/10/2022.

BRASIL**. CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Recomendação n. 58,** de 22 de outubro de 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-214501201911045dc09bddeb960.pdf>. Acesso em 02/10/2022.

BRASIL**. CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Recomendação n. 71,** de 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Recomendacao-712020-05082020.pdf>. Acesso em 02/10/2022.

CAMBI, Eduardo; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro; SOUZA NETTO, José Laurindo de. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo de; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro (coordenadores). **Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos** (livro eletrônico), em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Curitiba: Editora Clássica, 2021.

CAETANO, Flávio Crocce. **A mediação no contexto filosófico-jurídico do direito à justiça: a experiência brasileira**. Tese (Doutorado). PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Contabilidade Rural: uma abordagem decisorial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/-#/books/9788597021639/cfi/6/10!/4/2@0:0> Acesso em: 08 abr. 2021.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – parte geral**. 5 edi. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 01/10/2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018)**. Revista Vox, n. 13, p. 68-96, jan.-jun. 2021. ISSN: 2359-5183.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 10 ed. São Paulo: RT, 2013.

SACROMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANDER, Frank. E. A. ***Varieties of Dispute Processing***. Federal Rules Decisions, 1976, p. 77, 111-123.

SUPERAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

OVERCOMING THE UNAVAILABILITY OF THE PUBLIC INTEREST IN THE ALTERNATIVE RESOLUTION OF TAX CONFLICTS

Viviane Lazzeres Novatzki[1]

Edna de Cássia Santos[2]

Demetrius Nichele Macei[3]

Resumo: A indisponibilidade do interesse público na forma clássica, tem rotineiramente impedido a aplicação das metodologias alternativas de solução de conflitos. A reformulação de princípios fundamentais para implementação das práticas consensuais no âmbito tributário é essencial para garantir a efetividade adequada, pois sem a flexibilidade negocial se tornaram meras burocracias sem resultado prático. O interesse público de eficiência e necessidade arrecadatória andam juntos, e por vezes, a autorização para individualização das condições, mediante observância de critérios a serem estabelecidos, é o elemento que resultará no atendimento da arrecadação e não a busca eterna por bens e valores que ocasionam a inviabilização empresarial.

Palavras-Chave: Soluções Alternativas. Direito Tributário. Indisponibilidade do Interesse Público. Eficiência. Flexibilidade Negocial.

Abstract: The unavailability of public interest in the classical form has routinely prevented the application of alternative conflict resolution methodologies. The reformulation of fundamental principles for the implementation of consensual practices in the tax sphere is essential to guarantee adequate effectiveness, as without negotiation flexibility they become mere bureaucracy practices without practical results. The public interest in efficiency and collection needs go hand in hand and, sometimes, the authorization to individualize conditions, through compliance with criteria to be established, is the element that will result in the collection being met and not the eternal search for goods and values that cause business unviability.

Keywords: Alternative Solutions. Tax law. Unavailability of the Public Interest. Efficiency. Business Flexibility.

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: viviane.novatzki@gmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/2355061236548637. ORCID: 009-002-5503-4833.

[2] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: ecsantos1970@hotmail.com Lattes: http://lattes.cnpq.br/6723124479476510. ORCID: 0009-0002-6849-9242.

[3] Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Tributário na graduação, especialização, mestrado e doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: demetrius.macei@unicuritiba.com.br Lattes: http://lattes.cnpq.br/8913796337992460. ORCID: 0000-0002-7635-3668.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1. INTRODUÇÃO

A realidade do judiciário, em especial do contencioso tributário, demonstra uma imensidão de causas e morosidade na resposta estatal. Por isso, faz-se necessário, a busca constante por mecanismos que possam alterar essa situação. Neste contexto, as soluções alternativas de conflito ganham especial espaço pela possibilidade de as próprias partes estabelecerem o que de fato lhes interessa, bem como a redução das demandas e afastamento do judiciário e da conflituosidade.

No entanto, o direito tributário tem encontrado diversas dificuldades para implementação destas medidas e uma delas se refere a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Tal preceito é norma fundamental de toda a estrutura organizacional e possui diversas consequências práticas na atuação administrativa. A aplicação de forma clássica vem constantemente impedindo a ampla utilização dos meios alternativos de solução de conflito nas questões de arrecadação.

A reflexão e evolução interpretativa, bem como renovação de conceitos antigos se faz essencial para superação dos obstáculos e possibilitar a implementação de uma atuação fazendária mais eficiente.

Inicialmente, será apresentado como os meios alternativos de conflitos auxiliam na superação das atuais dificuldades do judiciário em atender pelo primado da eficiência e, consequentemente, atingir o atual interesse público. Além disso, demonstrar que cada vez mais essa forma de solução, vem sendo introduzida aos conflitos administrativos.

Na sequência, realizar-se-á uma reflexão sobre o conceito do preceito da indisponibilidade do interesse público. Por fim, apresentar-se-á, a necessidade de alternar a forma de entendimento a respeito da indisponibilidade e sua verdadeira abrangência com relação à arrecadação.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ESFERA TRIBUTÁRIA

Os meios alternativos de solução de conflitos cada vez mais vem ganhando destaque no Poder Judiciário[4], pois são uma resposta à massificação das demandas com respostas eficazes à população. A morosidade judicial e o seu custo da justiça

[4] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 05.

vêm concedendo às soluções consensuais especial destaque, pois racionaliza a Justiça e sua distribuição e a função pacificadora[5]. Afinal, o estímulo é ao consenso e não ao litígio, como na sentença e no processo em sua totalidade.

A partir da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e o estabelecimento de uma política para o tratamento dos conflitos, as metodologias adequadas foram ganhando mais espaço. A Lei nº 13.140/2015, que regula a mediação, conjuntamente com o Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015), ambas do mesmo ano; consagraram essa metodologia de resolução como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, dando especial destaque ao princípio da cooperação[6].

O CPC prevê a possibilidade de utilização sem qualquer vedação para o poder público, e na sequência, foi realizada uma reforma da Lei de Arbitragem (por meio da Lei nº 13.140/15) que permitiu expressamente a utilização pela administração pública direta e indireta[7]. Recentemente a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021 autorizou a utilização de arbitragem e outros meios alternativos de conflitos. A implementação dessas medidas pretende propiciar celeridade e eficiência nas demandas entre a Administração e os particulares ao resolver controvérsias evitando a morosidade[8].

Nesse sentido, é importante destacar que "[...] o Judiciário deve prover meios e fomentar a utilização das técnicas consensuais, em caráter pré-processual ou no decorrer do andamento das demandas diminuindo a judicialização e incentivando os cidadãos a resolverem seus conflitos de forma autônoma por meio de diálogo"[9].

Ao utilizar os métodos alternativos de conflitos ocorre a intermediação por um terceiro capacitado para solucionar de forma consensual, desta forma afastando o auxílio[10], ou diminuindo a atuação do judiciário já sobrecarregado. Os meios

[5] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p. 129/130.
[6] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p.130-131.
[7] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 05.
[8] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p.10.
[9] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p.132
[10] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais, Volume XV.** n. 14. set. 2021. p. 03

atualmente utilizados são a conciliação, a mediação, e a arbitragem, no entanto, pode-se alguns casos, recorrer a negociação como técnica apropriada.

Em uma breve conceituação, a mediação é reconhecida como [...] "o meio autocompositivo de resolução de conflitos que, por intermédio da atuação de terceiros, tem como objetivo facilitar o diálogo e a melhor compreensão da vontade de cada parte, estimulando desse modo a busca pela solução"[11]. O objeto de mediação são os conflitos que recaem sobre direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis que possam ser mediados[12], enquadrando-se neste conceito o crédito tributário. No caso dos direitos indisponíveis que podem ser transigíveis pende de homologação judicial com oitiva do Ministério Público (art. 3º, §2º da Lei 13.340/2015), podendo inclusive pensar em uma aplicação analógica para às relações tributárias.

Já na conciliação, [...] "as partes confiam a resolução do conflito a uma terceira pessoa, a qual tem como função aproximá-las e orientá-las na resolução do conflito"[13].

Em relação a negociação, é realizada diretamente pelas partes estabelecendo os termos de solução. Por último, a arbitragem é um método heterocompositivo, tendo em vista que fixa um árbitro imparcial para decidir a causa por meio de uma sentença, a qual é irrecorrível e constitui-se em título executivo.

A redução do número das demandas no judiciário e diminuição da conflituosidade vem encontrando caminho nas ferramentas diversas ao processo burocrático, adotando técnicas consensuais. Inclusive os órgãos públicos, devem estimular a cultura da paz, desafogando o judiciário[14]; a realidade do contencioso tributário não é diferente. A conflituosidade, nestes casos, acarretam longas discussões e execuções que em virtude da indisponibilidade do interesse público, por vezes, nem sempre encontram uma solução.

3. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

[11] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais Volume XV.** n. 14. set. 2021. p. 06.
[12] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais Volume XV.** n. 14. set. 2021. p. 07.
[13] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais. Volume XV.** n. 14. set. 2021. p.07.
[14] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p. 136.

O direito administrativo é o ramo do direito, no qual se estabelece um conjunto harmônico de princípios e regras norteadores de toda atuação administrativa[15], definindo as prerrogativas e restrições que são aplicadas ao Estado. O objetivo central desta área é garantir a satisfação do interesse público sobre o privado, em nome da superioridade deste, porque expressam às necessidades da coletividade[16]. Obviamente que os princípios orientadores da atuação estatal são aplicados e obedecidos no direito tributário, afinal a arrecadação e cobrança de impostos é uma atividade eminentemente estatal, que visa conceder possibilidade financeira para o Estado realizar os seus objetivos e, inclusive, efetivamente proteger o interesse coletivo.

Dessa maneira, a supremacia e indisponibilidade do interesse público são preceitos fundamentais que possuem aplicação em toda esfera de atuação estatal. Matheus Carvalho, em seu Manual de Direito, define a "supremacia do interesse público" da seguinte forma:

> O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares."[17].

A primazia do interesse público nada mais faz do que determinar que estes devem prevalecer sobre os interesses dos particulares como as pessoas físicas e jurídicas, esse conceito é a pedra fundamental do Estado organizado, e extremamente importante na convivência social[18], um interesse qualificado[19]. Com a pontuação deste conceito, a especificação da indisponibilidade, refere-se a impossibilidade do administrador renunciar com base em critérios, limitando a atuação estatal[20].

---

[15] O relatório de auditoria nº 201504306 constatou um crescimento de processos submetidos ao CARF e com tempo médio de julgamento de 5 anos. POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas – RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191-229. jan./abr. 2022. p 04.
[16] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 36.
[17] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 62.
[18] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 62.
[19] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas - RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 09.
[20] CARVALHO, Matheus. **;** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/43401914/MATHEUS_CARVALHO>. p. 65-66.

O entendimento clássico da administração pública, trata de não poder dispor livremente de seus interesses e direito, não podendo serem renunciados, porque pertencem à coletividade[21].

No direito tributário, especificamente, a indisponibilidade do interesse público ocasiona uma relação verticalizada e rígida entre o tributante e o contribuinte. Tal característica demonstra a rigidez em que impede a resolução de conflitos fora das previsões legais e delimitação restrita dos operadores nesta área[22], o que só poderia ser considerado contraditório com a necessária liberdade negocial de alguns métodos alternativos de solução dos conflitos. Inclusive, tal princípio é considerado um dos principais obstáculos[23] à implementação das soluções alternativas na esfera tributária.

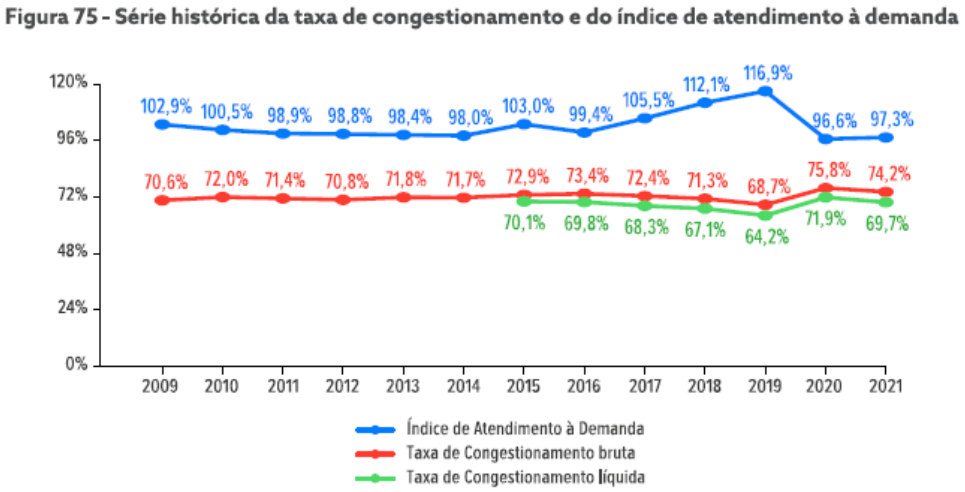
A realidade da execução fiscal no judiciário e até mesmo dentro dos órgãos administrativos, refletem a necessidade de superação de antigos conceitos limitadores, a fim de buscar melhorias que consigam agregar efetividade nesta atividade. Afinal, a Constituição Federal em seu art. 37, estabelece como obediência obrigatória, o dever de eficiência por parte da administração, o que por vezes, torna necessário a disponibilidade do interesse ser compatibilizada de formas mais adequada e razoável, no atendimento dos interesses coletivos. A eficiência é o que revela a expectativa da sociedade com relação a que [...] “serviços públicos sejam prestados com celeridade, segurança, pontualidade e de modo equânime”[24], otimizando ao máximo a utilização dos recursos financeiros devidamente arrecadados.

O poder judiciário vem sendo alvo de constantes reflexões e até mesmo implementação de melhorias para que a eficiência seja obedecida, tendo em vista que no ano de 2021 encerrou com 77,3 milhões de processos em trâmite, aguardando encerramento[25]. Verificando-se as estatísticas dos tribunais por meio do relatório “Justiça em números” observa-se que o estoque de processos vem aumento por

[21] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas -| RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 09.
[22] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas -| RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 09.
[23] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré, v. 3, n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 05.
[24] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p. 122/123.
[25] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Brasília: CNJ, 2022. p.104.

causa da diferença entre os processos distribuídos e os processos baixados[26], indicando a atual incapacidade da estrutura judiciária em atingir a necessidade de eficiência para atender o interesse de justiça. A taxa de congestionamento dos processos em 2021 oscilou entre 74,2 % e 69, 7%, demonstrando que somente são resolvidos cerca de 30% dos processos. O gráfico a seguir deixa evidente o constante aumento da taxa de congestionamento, ressaltando que no ano 2020 houve uma queda, pois com a pandemia de COVID-19, diminuiu o número de processos distribuídos.

Gráfico 01 – Taxa de Congestionamento



Fonte: Justiça em Números, 2022.

Somente as execuções fiscais representam, aproximadamente, 35% do total dos processos pendentes, sendo elas com taxa de congestionamento de 90%[27]. A estatística não considera outras demandas tributárias que discutem outros assuntos e inclusive a própria constituição do crédito; tendo em vista que as execuções são distribuídas quando diligências administrativas já restaram infrutíferas.

A situação exposta revela um verdadeiro caos no âmbito da atuação no direito tributário e no efetivo exercício da arrecadação. O desenvolvimento de outra sistemática mais eficiente é premente, inclusive é um dos elementos que fundamenta a exigência de reformas neste sistema. Nesse sentido, cabe refletir se os preceitos e forma de atuação atuais realmente estão atendendo ao interesse público, ou estão sob o manto de uma idealização de um mundo ideal que não corresponde ao desejo de efetividade, até mesmo não sobrevive a uma análise simples de custo e benefício.

[26] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Brasília: CNJ, 2022. p.105.
[27] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Brasília: CNJ, 2022. p. 171.

A superação do conceito clássico de inafastabilidade do interesse público se faz essencial para fim de efetivamente conferir aos operadores de direito tributário, bem como os procuradores, tenham efetivamente a capacidade de implementar ou propor soluções que de fato sejam mais adequadas. A partir dessas premissas se estaria realmente respeitando a supremacia do interesse público.

4. SUPERAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PARA SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS TRIBUTÁRIOS

O princípio da indisponibilidade do interesse público é costumeiramente utilizado para afastar o campo tributário da utilização dos métodos consensuais[28]. A solução alternativa dos conflitos a cada dia tem encontrado um espaço maior para aprimorar a eficiência do judiciário, reduzir a conflituosidade e diversas outras vantagens que podem melhorar a atuação estatal na seara tributária. Afinal, a atual realidade ao invés de garantir o interesse de arrecadar receita, por vezes em nome de uma irrenunciabilidade fixa, acaba por gerar gastos executórios superiores ao benefício financeiro final. A esse respeito, sobre a autocomposição, importante observar que:

> Os primados constitucionais e administrativos da legalidade, as supremacias e da indisponibilidade do interesse público seriam, a princípio, um obstáculo para participação da Fazendo Pública nas sessões de mediação e conciliação. No entanto, a inadmissibilidade da autocomposição não pode ser confundida com a indisponibilidade do interesse público. Em muitos casos o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e a forma de pagamento, bem como em processos coletivos, em que se pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta. No que tange, ao poder público, este pode resolver o conflito por meio da autocomposição desde que haja autorização normativa para isso – cada ente federado disciplinará, por lei própria, as formas e limites do acordo[29].

Desta forma, importante pontuar que a indisponibilidade do interesse público não se confunde com a possibilidade de manejar o crédito, como em um parcelamento, mas possibilita a solução por meio de uma autocomposição. A impossibilidade de estabelecer formas alternativas e individualizadas em certa medida

[28] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU**. Brasília-DF. v. 21, n. 04. p. 163-186. out./dez. 2022. p.172.
[29] SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária.** Novembro 2020. p.135.

viola até mesmo a supremacia do interesse público. Afinal, o Fisco ordinariamente tendo dificuldade de encontrar bens e valores, pode impedir a atividade econômica do contribuinte[30]. Logicamente, a partir desse impedimento o resultado do pagamento do crédito torna-se praticamente impossível.

Portugal por meio do Decreto-Lei nº 10/2011 institui o regime de arbitragem na matéria tributária, mas precisou superar esse entendimento clássico da noção de indisponibilidade do interesse público[31]. A superação ocorreu ao entender que [...] "submeter as controvérsias tributárias à arbitragem, não significa que ela está exercendo quaisquer poderes de disposição sobre a relação controvertida"[32]. Dessa maneira, a resolução alternativa de conflitos é possível desde que, as garantias equivalentes à da justiça seja garantida, e vedando a utilização do recurso de equidade[33].

A verticalidade da relação jurídica brasileira e a rigidez da indisponibilidade do interesse público, não é uma forma que se repete em todas as relações da Administração Pública. Afinal, nos contratos administrativos ela é mais horizontal[34]. A introdução e autorização da utilização dos métodos alternativos de solução das controvérsias, inclusive a arbitragem, nada mais é do que o início do caminho para alterar o entendimento quanto a indisponibilidade do interesse público nas soluções de conflitos tributários.

A administração pública possui interesses patrimoniais, os quais são disponíveis, assim aplica-se a mediação, a conciliação e a arbitragem, sem violar efetivamente o interesse público[35].

---

[30] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. p. 163-186. out./dez. 2022. p.168.

[31] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 05.

[32] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 13.

[33] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 13.

[34] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 10

[35] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 11.

> Apresentando uma noção menos restritiva do princípio da indisponibilidade do interesse público, Eros Grau afirma que não há correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público, pois a Administração Pública, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de direitos patrimoniais. Dispor desses direitos não quer dizer que a Administração esteja dispondo do interesse público, muito pelo contrário, a realização do interesse público, pois a Administração esteja dispondo do interesse público, muito pelo contrário, a realização do interesse público pode ser alcançada justamente por meio da disposição dos direitos patrimoniais, inclusive a disposição"[36].

Há ocasiões que ao aplicar em absoluto o entendimento clássico, se poderia considerar violação à indisponibilidade, nos moldes que são usadas para não conferir efetividade para soluções alternativas. Ademais, mesmo realizando renúncias de penalidades para atender a interesse considerado superior, por exemplo, nas delações premiadas, termo de ajustamento de conduta, anistia, transação, parcelamentos, inclusive com a concessão de grandes descontos.

Na seara tributária, é imperioso destacar o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos – RDC estabelecido pela Portaria PGFN 396/2016, o qual nada mais é que a relativização da indisponibilidade do interesse público da mesma natureza que se utilizaria na aplicação dos métodos alternativos. Afinal, os débitos abaixo de R$ 1 milhão não seriam mais cobrados judicialmente e sim por cobranças administrativas[37].

Os métodos alternativos de solução de conflitos e a resistência brasileira para sua aplicação, decorrem do fundamento da indisponibilidade do interesse coletivo. A proteção seria a arrecadação, no entanto, ocorre efetivamente quando da realização do fato gerador[38].

Arrecadação é indisponível na medida em que a Fazenda não pode renunciar a atividade de fiscalizar, lançar e arrecadar o crédito tributário. Quanto ao crédito tributário, este tem caráter patrimonial e pecuniário, que é disponível, inclusive o Código Tributário Nacional prevê institutos de disposição (anistia, transação, remissão

[36] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 11.
[37] SANTOS, Reginaldo Angelo. Instituição da Arbitragem Tributária No Brasil como Método Adequado de Solução de Conflitos. Revista Acadêmica: **Faculdade de Direito de Recife**. Vol. 94, n. 02. p. 159.
[38] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas -| RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p. 11.

e parcelamento)[39]. A atividade que é indisponível é a arrecadação (atividade-fim) restando ao crédito tributário a lei estabelecer os melhores critérios para constituição, modificação e extinção[40], inclusive para eventuais negociações e disposições para mediações ou outros métodos.

Portando, o impedimento da utilização de negócios jurídicos e instrumentos que permitam a cooperação entre as partes da relação tributária com o fito de estabelecer um diálogo com a proposição individualizada para pagamento dos créditos[41], não deveria ocorrer, já que, os métodos adequados poderiam inclusive aumentar o índice de adimplemento e pagamento correto por parte do contribuinte.

A resolução do conflito tributário, não diz respeito unicamente a possibilidade de não pagar o devido, mas exatamente ao contrário, é estimular o contribuinte a cumprir o seu dever por meio de negociações que estabeleçam um maior equilíbrio na relação[42]. Dessa maneira, a utilização da mediação, da conciliação e outros métodos, não significa necessariamente renúncia de valores, porque podem simplesmente ser um melhor planejamento e ajuste de entendimento fiscal divergente, ou aplicação de técnicas específicas dos institutos para solução.

Contudo, não adianta possibilitar e até mesmo criar uma estrutura própria, se o entendimento quanto a indisponibilidade do interesse público continua no viés clássico, vez que não concede a flexibilidade necessária para individualização e efetiva solução. Afinal, “As alternativas de resolução de conflitos devem ser de fato uma oportunidade para que o devedor tenha o saldo liquidado, bem como entende fazendário a devida arrecadação.”[43]. Assim, estar-se-ia garantindo a efetiva participação do contribuinte[44].

---

[39] POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas |- RBPJ.** Avaré. v. 3. n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. p 12.

[40] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. p.163-186. out./dez. 2022. p. 173.

[41] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. 163-186. out./dez. 2022. p.168.

[42] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais. Volume XV.** n. 14. set. 2021. p. 11.

[43] LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário. **Anais, Volume XV.** n. 14. set. 2021. p. 11.

[44] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. p. 163-186. out./dez. 2022. p. 170.

A Recomendação nº 120/2021 do CNJ, colocou aos magistrados a necessidade de estimularem a solução consensual, citando os seguintes métodos: negociação, conciliação, mediação ou a transação tributária (observados os princípios da administração pública). Quanto ao último instrumento citado, este vem sendo utilizado pelo Fisco para satisfazer o crédito de forma mais célere, justa e econômica. A análise da situação específica ocorre e é mais detalhada, no método da adesão, com a utilização de inteligência artificial para seleção e classificação dos créditos[45].

O instrumento é importante e possibilita diversos acordos, no entanto, a participação do contribuinte é inexistente vez que todas as condições e regras são unilateralmente estabelecidas pela Fazenda. O diálogo entre as partes da relação-tributária, com a intensificação da transação individual, são desenvolvimentos necessários e que somente serão possíveis com a evolução do conceito da indisponibilidade do interesse público.

Em nosso ordenamento jurídico atual, encontramos um reflexo da dificuldade intransponível que o entendimento clássico da indisponibilidade do interesse público pode gerar. O art. 334 do CPC[46] estabeleceu a obrigatoriedade da conciliação e da mediação, no entanto, mesmo sendo ela designada normalmente restam infrutíferas, tendo em vista a ausência de autorização da atuação do advogado público para celebração de acordo. Logo, a indisponibilidade do interesse público da forma clássica impede a possibilidade negocial, o que torna completamente ineficiente.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de modernizar o entendimento das limitações e extensão da indisponibilidade do interesse público para possibilitar a concessão de poder negocial aos agentes públicos responsáveis. Obviamente que tendo em vista a supremacia deste interesse, a liberdade não precisa ser plena e absoluta, pois deve a lei estabelecer parâmetros e limites. No entanto, pode-se conferir a este, quanto a análise pela aplicabilidade e os exatos moldes que deve ser realizado. Além disso, pode-se também, realizar consulta com órgão fazendário e responsáveis pelas receitas com a finalidade de viabilizar a flexibilização e individualização dos critérios de pagamento.

[45] DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. p. 163-186. out./dez. 2022. p. 07.
[46] **Lei nº 13. 105/2015** – Código de Processo Civil.

O entendimento da indisponibilidade e dos reflexos em demasia restritos para as atuais condições, já não atendem mais o próprio interesse público. O custo de cobrança em face da possibilidade de negociação é demasiadamente alto, aliás, na maioria das vezes, o Estado nem mesmo recebe os valores. Assim, os métodos adequados de solução dos conflitos em verdade, seriam a única possibilidade de cumprir com o interesse público arrecadatório.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contencioso tributário é um dos grandes entraves na eficiência do judiciário e o alto número de demandas conjuntamente com a interpretação restritiva do princípio da indisponibilidade do interesse público, corroboram para o seu crescimento exponencial. Além disso, a complexidade do sistema, também gera embates administrativos e judiciais verdadeiramente homéricos e infindáveis.

O atual sistema tributário e suas bases não são suficientes para atender o preceito constitucional da eficiência, o que por si só também é um interesse público. A impossibilidade de flexibilidade negocial dentro dos créditos tributários conduz a existência de execuções que, na sua maioria, não conseguem ser exitosas. Tal sistemática gera um ciclo de morosidade e burocracias desnecessárias, vez que há uma impossibilidade administrativa de ajustar os interesses e conduzir assim, uma verdadeira cruzada em busca de bens e valores para quitação do débito. Em outra medida, o contribuinte, por vezes com dificuldade econômicas, acaba tendo suas atividades impossibilitadas por causa de bloqueios realizados, o que gera obviamente a incapacidade de pagar os valores. Dessa maneira, a conflituosidade e judicialização somente cresce.

A aplicação da indisponibilidade do interesse público como colocada, acaba por prejudicar a este próprio ao invés de garantir a sua supremacia. Afinal, é de fato interesse público, porém o não recebimento dos valores devidos tendo altos custos administrativos e jurídicos para manter a busca de bens, muitas vezes não proporcionam qualquer espécie de sucesso. A nova forma de aplicar esse preceito, é imprescindível para alterar o funcionamento das demandas tributárias e alterar e esse ciclo conflituoso, utilizando de diversos instrumentos de soluções de conflitos.

Na estrutura atual, buscar o entendimento e a aplicação da indisponibilidade do interesse público é essencial, porque de nada adianta possibilitar a realização de

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

mediação ou conciliação na esfera pública sem conceder ao agente público poderes de flexibilidade negocial.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13. 105/2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 13.340/2015**. Lei de Mediação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 23 ago. 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/43401914/MATHEUS_-CARVALHO>. Acesso em: 27 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 120/2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original232937202111036183 1b61bdfc3.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

DE PAULA, Débora Giotti; FILPO, Klever Paulo Leal. Soluções Consensuais no Âmbito Tributário: Avanços Recentes e Iniciativas Inspiradoras. **Revista da AGU.** Brasília-DF. v. 21. n. 04. 163-186. out./dez. 2022. Disponível em: <https://www.academia.edu/88424810/SOLU%C3%87%C3%95ES_CONSENSUAIS_NO_%C3%82MBITO_TRIBUT%C3%81RIO_AVAN%C3%87OS_RECENTES_E_INICIATIVAS_INSPIRADORA>. Acesso em: 25 ago. 2023.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos.** Santana de Parnaíba - SP: Editora Manole, 2016. E-book. ISBN 9788520461457. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520461457/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

LIRA, Bianca; BEZERRA, Késia e MENEZES, Milena Soares. **Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Direito Tributário**. Anais, Volume XV. n. 14. set. 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/16363/2/MetodosAlternativos-SolucaoConflitosDireitoTributario.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2023.

POROCA, Victor Lúcio Cavalcanti; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Arbitragem tributária: a experiência portuguesa e as propostas legislativas brasileiras. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas | RBPJ.** Avaré, v. 3, n. 1. p. 191- 229. jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.academia.edu/84499578/Arbitragem_-tribut%C3%A1ria_a_experi%C3%AAncia_portuguesa_e_as_propostas_legislativas_brasileiras_Tax_arbitration_the_Portuguese_experience_and_Brazilian_legislative_proposals>. Acesso em: 23 ago. 2023.

SANTOS, Reginaldo Angelo dos. Instituição da Arbitragem Tributária No Brasil como Método Adequado de Solução de Conflitos. **Revista Acadêmica: Faculdade de Direito de Recife**. Vol. 94 n. 02, p. 159. Disponível em: <SANTOS%2C+Reginaldo+Angelo.+Instituição+da+Arbitragem+Tributária+No+Brasil+como+Método+Adequado+de+Solução+de+Conflitos.+Revista+Acadêmica%3A+Faculdade+de+Direito+de+Recife.+Vol.+94+n.+02%2C+p.+159.&oq=SANTOS%2C+Reginaldo+Angelo.+Instituição+da+Arbitragem+Tributária+No+Brasil+como+Método+Adequado+de+Solução+de+Conflitos.+Revista+Acadêmica%3A+Faculdade+de+Direito+de+Recife.+Vol.+94+n.+02%2C+p.+159.&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCTIxODlqMGoxNagCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 27 ago. 2023.

SOUZA NETTO, José Laurindo; CALIXTO GUILHERME, Gustavo; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. **Revista Judiciária**. Novembro 2020. p.119- 142. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/-page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2021_Periodicos/Rev-Judiciaria_n.20.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS: UMA ABORDAGEM ABRANGENTE NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA

ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION: A COMPREHENSIVE APPROACH TO BUILDING A FAIRER SOCIETY

Gabriel Inacio Santos[1]

Douglas Angelo Ferrari[2]

Diego Antonio Ribas Gomes[3]

Priscila Luciene Santos de Lima[4]

Resumo: Soluções Alternativas de Conflitos (SAC) representam métodos inovadores e eficientes para a resolução de disputas, oferecendo alternativas ao sistema judicial tradicional. Esses métodos incluem negociação, mediação, arbitragem, conciliação, avaliação neutra e a Resolução Online de Disputas (ODR). A implementação efetiva das SAC proporciona alívio significativo ao sistema judicial, permitindo que este se concentre em casos de maior complexidade e relevância, resultando em uma administração mais eficiente da justiça. A imparcialidade do mediador e a garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas são desafios éticos significativos nas SAC. Os mediadores devem manter uma posição neutra, sem favorecer nenhuma das partes, e garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos, especialmente em casos de desvantagem, como disputas trabalhistas ou situações familiares delicadas. A adoção consciente das SAC representa um avanço progressista e uma visão promissora para o futuro, onde a harmonia e a justiça prevalecem em meio às diferenças. Essas soluções transformam a maneira como lidamos com conflitos, contribuindo para a edificação de comunidades mais coesas e equitativas, onde a empatia e a colaboração se tornam pilares essenciais. Em suma, as SAC desempenham um papel indispensável no cenário jurídico contemporâneo, moldando uma abordagem mais flexível e adaptável à diversidade de disputas na sociedade. A promoção de uma mudança de mentalidade e a compreensão mais ampla dos benefícios das SAC são cruciais para colher plenamente os frutos dessas abordagens inovadoras na gestão de conflitos.

Palavras-Chave: Conflitos; Mediação; Sociedade.

---

[1] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Possui graduação em Marketing pelo Centro Universitário Curitiba (2020). <http://lattes.cnpq.br/2496336539687175>.

[2] Possui graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (2017), especialização em Direito público pela Faculdade Legale (2020), especialização em Segurança pública pela FACULDADE UNINA (2020) e especialização em Direito Penal e Processo Penal pela FACULDADE UNINA (2022). Atualmente é Policial Militar da Polícia Militar do Paraná. La□es: <http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>.

[3] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade UniBF (UNIBF).

[4] Pós-Doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria – Itália. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Professora na graduação e Pós-Graduação, Gestora educacional e Advogada. Email: pritysantoslima@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>

Abstract: Alternative Dispute Resolutions (SAC) represent innovative and efficient methods for resolving disputes, offering alternatives to the traditional judicial system. These methods include negotiation, mediation, arbitration, conciliation, neutral evaluation and Online Dispute Resolution (ODR). The effective implementation of SAC provides significant relief to the judicial system, allowing it to focus on cases of greater complexity and relevance, resulting in a more efficient administration of justice. The impartiality of the mediator and the guarantee of the fundamental rights of the parties involved are significant ethical challenges in SAC. Mediators must maintain a neutral position, without favoring either party, and ensure that fundamental rights are protected, especially in disadvantageous cases such as labor disputes or sensitive family situations. The conscious adoption of SAC represents a progressive advance and a promising vision for the future, where harmony and justice prevail amid differences. These solutions transform the way we deal with conflicts, contributing to the building of more cohesive and equitable communities, where empathy and collaboration become essential pillars. In short, SACs play an indispensable role in the contemporary legal scenario, shaping a more flexible and adaptable approach to the diversity of disputes in society. Promoting a shift in mindset and a broader understanding of the benefits of SAC are crucial to fully reaping the rewards of these innovative approaches to conflict management.

Keywords: Conflicts; Mediation; Society.

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo, vamos explorar como resolver problemas de forma diferente, sem depender apenas dos tribunais. Essas formas diferentes são chamadas de Soluções Alternativas de Conflitos (SAC). Desde muito tempo atrás, quando as pessoas preferiam negociar, até os dias de hoje, com métodos como mediação e arbitragem, percebemos uma mudança importante.

Na década de 1960, a mediação ganhou destaque, e nos anos 1970, as SAC foram oficialmente reconhecidas, com regras novas sendo criadas. Isso não só consolidou as maneiras antigas de resolver conflitos, como também trouxe ideias novas, como conciliação e avaliação neutra. A tecnologia também teve um papel crucial, dando origem à Resolução Online de Disputas (ODR).

Essa evolução histórica mostra que as pessoas estão sempre procurando maneiras melhores, mais rápidas e mais acessíveis de resolver problemas, aliviando a carga dos tribunais e dando mais controle para quem está envolvido no conflito. Atualmente, as SAC são muito importantes no mundo jurídico, adaptando-se a diferentes tipos de disputas.

Falando sobre os vários tipos de SAC, como negociação, mediação, arbitragem, conciliação, avaliação neutra, Resolução Online de Disputas (ODR) e

sistemas mistos, destacamos que essas abordagens são eficientes, economizam tempo e permitem que as pessoas envolvidas decidam por si mesmas.

No entanto, mesmo com os benefícios das SAC, também precisamos falar sobre os desafios éticos que surgem, como garantir que o mediador seja imparcial e que os direitos fundamentais das pessoas sejam protegidos. Isso destaca a importância de ter regras éticas sólidas e treinamentos regulares para os mediadores, especialmente quando há desequilíbrio de poder e questões de confidencialidade. No final das contas, encontrar um equilíbrio entre a eficácia das SAC e a proteção ética das pessoas envolvidas é essencial nos dias de hoje.

2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

A resolução de disputas é uma constante na experiência humana, com registros que remontam a sociedades antigas. Tradicionalmente, os sistemas judiciais formais eram o palco principal para a solução de conflitos. Contudo, ao longo do tempo, uma evolução notável levou ao reconhecimento e desenvolvimento das Soluções Alternativas de Conflitos (SAC), também conhecidas como métodos alternativos de resolução de disputas (ADR).

Historicamente, a negociação sempre foi uma abordagem fundamental na busca por acordos entre as partes. No entanto, foi na década de 1960 que a mediação, uma forma estruturada de facilitação de comunicação entre as partes por meio de um terceiro imparcial (o mediador), começou a ganhar destaque.

Outro método, a arbitragem, já existia em formas antigas, mas sua versão moderna se consolidou no século XX. A arbitragem envolve um árbitro ou painel de árbitros que emitem uma decisão vinculativa, proporcionando uma alternativa à litigância judicial.

A partir da década de 1970, houve uma institucionalização crescente dos métodos alternativos. Organizações e instituições começaram a oferecer estruturas e regras para processos como arbitragem e mediação. Simultaneamente, a legislação começou a favorecer a adoção desses métodos, muitas vezes incentivando ou exigindo que as partes considerassem ADR antes de recorrer aos tribunais.

O crescimento contínuo e a diversificação caracterizam as últimas décadas. Novas formas de SAC, como conciliação e avaliação neutra, emergiram para atender a diferentes tipos de disputas. A tecnologia também desempenhou um papel crucial,

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

dando origem à Resolução Online de Disputas (ODR), permitindo processos eficientes e convenientes pela internet.

O histórico e a evolução das Soluções Alternativas de Conflitos refletem a busca incessante por métodos mais eficazes, rápidos e acessíveis. Além de aliviar a carga sobre os tribunais, essas abordagens proporcionam às partes maior controle sobre o processo de resolução de conflitos. No cenário jurídico contemporâneo, as SAC desempenham um papel indispensável, moldando uma abordagem mais flexível e adaptável à diversidade de disputas na sociedade.

3. TIPOS DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

A busca por métodos inovadores na resolução de disputas trouxe à tona uma variedade de Soluções Alternativas de Conflitos (SAC), proporcionando alternativas valiosas aos tradicionais processos judiciais. Essa diversidade reflete a adaptabilidade desses métodos às distintas naturezas de conflitos. Alguns dos tipos mais proeminentes:

3.1 Negociação

A negociação é a forma mais direta de resolução de disputas, envolvendo as partes em conversações para alcançar um acordo mutuamente benéfico. Esse método coloca o poder nas mãos das partes, permitindo-lhes moldar os termos do acordo.

3.2 Mediação

Na mediação, um terceiro imparcial, o mediador, facilita a comunicação entre as partes, ajudando-as a identificar interesses comuns e a chegar a um acordo. A mediação é particularmente eficaz em conflitos onde a preservação do relacionamento é uma prioridade.

3.3 Arbitragem

A arbitragem envolve a nomeação de um árbitro ou um painel de árbitros para tomar uma decisão vinculativa sobre a disputa. Esse método oferece uma solução mais formal do que a negociação ou a mediação, proporcionando certeza jurídica.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

3.4 Conciliação

Similar à mediação, a conciliação envolve um terceiro imparcial, o conciliador, que facilita o diálogo entre as partes. No entanto, o conciliador frequentemente desempenha um papel mais ativo na sugestão de soluções e na busca por um acordo.

3.5 Avaliação Neutra

A avaliação neutra envolve a participação de um terceiro imparcial que avalia as posições das partes e emite uma opinião não vinculativa sobre a resolução adequada do conflito. Essa abordagem fornece às partes uma perspectiva externa para orientar suas decisões.

3.6 Resolução Online de Disputas (ODR)

Com o avanço da tecnologia, a Resolução Online de Disputas tornou-se uma alternativa viável. Plataformas online oferecem meios eficientes para a resolução de disputas, permitindo que as partes participem do processo remotamente.

3.7 Sistemas Híbridos:

Muitas vezes, combinações de métodos são empregadas para atender às necessidades específicas de uma disputa. Esses sistemas híbridos podem integrar, por exemplo, a mediação seguida de arbitragem, oferecendo flexibilidade e eficácia.

A diversidade de Soluções Alternativas de Conflitos reflete a riqueza de abordagens disponíveis para lidar com uma ampla gama de disputas. Esses métodos não apenas oferecem eficiência e economia de tempo, mas também promovem a autodeterminação das partes, fortalecendo a busca por soluções justas e duradouras.

Essa variedade destaca a importância de escolher a abordagem adequada para cada situação, proporcionando uma resposta personalizada aos desafios apresentados pelos conflitos na sociedade contemporânea

4. SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS: ALÍVIO JUDICIAL, ECONOMIA E DESAFIOS NA INTEGRAÇÃO LEGAL

A implementação efetiva de Soluções Alternativas de Conflitos (SAC) não apenas proporciona um alívio notável ao sistema judicial, mas também acarreta impactos positivos substanciais na celeridade e eficiência do processo de resolução de disputas.

O alívio experimentado pelo sistema judicial é evidenciado pela redução significativa da carga de processos, permitindo que este se concentre em casos de maior complexidade e relevância. Isso resulta em uma administração mais eficiente da justiça, promovendo decisões mais rápidas e acessíveis para as partes envolvidas.

Além disso, a adoção de Soluções Alternativas de Conflitos também proporciona uma considerável redução de custos, quando comparada aos custos associados aos processos judiciais tradicionais. Esse comparativo abrange não apenas os custos financeiros, mas também os custos emocionais e de tempo para as partes envolvidas.

A resolução pacífica de conflitos por meio de métodos alternativos não apenas alivia o ônus financeiro, mas também preserva as relações interpessoais e minimiza o desgaste emocional.

Apesar desses benefícios, a integração efetiva dessas soluções no sistema legal ainda enfrenta desafios. A resistência cultural, a falta de conscientização e a necessidade de capacitação dos profissionais jurídicos são obstáculos a serem superados. Torna-se crucial promover uma mudança de mentalidade e cultivar uma compreensão mais ampla sobre os benefícios das Soluções Alternativas de Conflitos.

Em suma, o alívio do sistema judicial e a redução de custos proporcionados pela implementação efetiva de Soluções Alternativas de Conflitos são inegáveis. Contudo, superar os desafios associados à sua integração completa no sistema legal é fundamental para colher plenamente os frutos dessas abordagens inovadoras na gestão de conflitos.

5. DESAFIOS ÉTICOS NAS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

A resolução alternativa de conflitos (RAC) oferece uma abordagem flexível e colaborativa para resolver disputas, contornando, muitas vezes, o sistema judicial formal. No entanto, como em qualquer processo, a RAC enfrenta desafios éticos significativos que exigem consideração cuidadosa. Este texto explora dois desses desafios: a imparcialidade do mediador e a garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas.

5.1 Imparcialidade do Mediador

A imparcialidade é um princípio fundamental na mediação e em outras formas de RAC. Os mediadores devem manter uma posição neutra, sem favorecer nenhuma

das partes envolvidas. Contudo, garantir a imparcialidade pode ser um desafio complexo. O mediador pode ter suas próprias experiências, crenças e preconceitos, que podem influenciar inconscientemente suas decisões.

Um exemplo claro desse desafio é quando um mediador tem uma conexão pessoal ou profissional com uma das partes. Mesmo que o mediador acredite que pode permanecer imparcial, pode haver influências sutis em suas decisões. Portanto, é crucial desenvolver diretrizes éticas sólidas para os mediadores e implementar treinamentos regulares que promovam a conscientização sobre vieses implícitos.

Além disso, a questão da imparcialidade se intensifica quando há desequilíbrio de poder entre as partes. Em disputas comerciais, por exemplo, uma empresa pode ter mais recursos e influência do que um pequeno empresário. O mediador deve ser sensível a essas disparidades e garantir que todas as partes tenham voz igual na resolução do conflito.

5.2 Garantia dos Direitos Fundamentais

Outro desafio ético nas soluções alternativas de conflitos é a necessidade de garantir que os direitos fundamentais das partes envolvidas sejam protegidos. Embora a RAC seja muitas vezes mais informal do que o processo judicial, isso não significa que as garantias fundamentais possam ser ignoradas.

Um exemplo disso é a confidencialidade. Em muitos métodos de RAC, como a mediação, a confidencialidade é uma pedra angular. No entanto, isso levanta questões éticas sobre a transparência e a responsabilidade. Se uma parte revela informações prejudiciais durante a mediação, como abuso ou atividade ilegal, o mediador deve equilibrar a necessidade de confidencialidade com o dever de relatar situações que coloquem em risco a segurança ou os direitos fundamentais de uma pessoa.

Além disso, é essencial garantir que todas as partes tenham acesso adequado à informação e à representação legal, se desejado. Isso é particularmente crítico em casos em que uma das partes pode estar em desvantagem, como em disputas trabalhistas ou situações familiares delicadas.

Embora a resolução alternativa de conflitos ofereça uma alternativa valiosa ao sistema judicial formal, não está isenta de desafios éticos. A imparcialidade do mediador e a garantia dos direitos fundamentais das partes são questões complexas que requerem atenção contínua e o desenvolvimento de padrões éticos robustos para

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

orientar práticas eficazes e justas. Ao enfrentar esses desafios com seriedade, a RAC pode cumprir sua promessa de promover a justiça de maneira acessível e colaborativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação efetiva de Soluções Alternativas de Conflitos representa não apenas uma mudança pragmática na gestão de disputas, mas também um avanço significativo na construção de sociedades mais justas e harmoniosas.

Este artigo destaca a importância de abraçar abordagens inovadoras, promovendo a cultura da resolução pacífica de conflitos. Ao fazê-lo, não apenas aliviamos a pressão sobre o sistema judicial, mas também fortalecemos os alicerces de uma convivência social baseada na compreensão mútua e no respeito pelos direitos e valores individuais.

Esse compromisso com práticas alternativas de resolução não apenas transforma a maneira como lidamos com conflitos, mas também contribui para a edificação de comunidades mais coesas e equitativas, onde a empatia e a colaboração se tornam pilares essenciais. A adoção consciente dessas soluções não apenas representa um avanço progressista, mas também uma visão promissora para o futuro, onde a harmonia e a justiça prevalecem em meio às diferenças.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucaohistorica-da-busca-por-alternativas-eficazes-de-resolucao-de-litigios-no-brasil/>. Acesso em: Novembro 2023

DIREITO DO FUTURO. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Disponível em: <https://direitodofuturo.uff.br/2020/11/17/meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: Novembro 2023.

DIREITO PROFISSIONAL. Os Princípios da Mediação de Conflitos. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/principios-da-mediacao/> Acesso em: Novembro 2023

JUSBRASIL. Um breve histórico sobre a mediação. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-breve-historico-sobre-a-mediacao/-437359512>. Acesso em: Novembro 2023.

MAIA, F. (2020). Avaliação neutra como instrumento auxiliar na mediação. Revista Eletrônica da OAB RJ, 1-13. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2020/07/AVALIA%C3%87%C3%83O_NEUTRA_COMO_INSTRUMENTO_AUXILIAR_NA_MEDIA%C3%87%C3%83O__Francisco_Maia.pdf>.

NASCIMENTO, Junior. Evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: on line dispute resolution. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br>. 2017.

PROJURIS. ODR: o que é e como funciona a Online Dispute Resolution? Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/odr/>. Acesso em: Novembro 2023.

DIREITO À COMUNICAÇÃO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE ACERCA DA FUNDAMENTALIDADE À LUZ DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS[1]

RIGHT TO COMMUNICATION: CONSTITUTIONAL FORECAST AND ANALYSIS ABOUT FUNDAMENTALITY THE THOUGHT OF LIGHT JURGEN HABERMAS

Ilton Garcia Da Costa[2]

André Luiz de Aguiar Paulino Leite[3]

Resumo: O trabalho consiste em estudo acerca do direito fundamental à comunicação. Para tal fim a pesquisa parte, no nível terminológico, de uma análise acerca da definição de direitos fundamentais na teoria do direito, distinguindo esta expressão linguística direitos humanos. Analisa ainda a proposta teórica do filósofo alemão Jürgen Habermas, notadamente no que tange à sua compreensão do papel dos direitos fundamentais no sistema do direito e do Estado. Após, discorre acerca da previsão constitucional do direito à comunicação, identificando os principais dispositivos constitucionais pertinentes a este direito. Por último será exposto o conceito de direito à comunicação, a análise de seus elementos conceituais, bem como será feita uma diferenciação deste direito com relação à liberdade de imprensa e à liberdade de expressão. O trabalho não pretende esgotar o assunto, que apresenta-se amplo e instigante, mas sim fomentar a reflexão acerca deste direito fundamental, intimamente ligado à democracia e, por conseguinte, à legitimidade do direito.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais, Jürgen habermas, Direito à comunicação.

Abstract: This work consists of study of the fundamental right to communicate. To this end the part research, terminological level, an analysis about the fundamental rights defined in the theory of law, distinguishing this linguistic expression human rights. It also analyzes the theoretical ideas of the German philosopher Jürgen Habermas, notably with regard to their understanding of the role of fundamental rights in the law and state system. After, talks about the constitutional provision of the right to communication, identifying the main relevant constitutional provisions of this right. Finally will be exposed the concept of right to communication, analysis of its conceptual elements, and will be a differentiation of this right with regard to freedom of the press and freedom of expression. The work does not intend to exhaust the subject, which presents broad and exciting, but encourage reflection on this fundamental right, closely linked to democracy and therefore the legitimacy of law.

Keywords: Fundamental rights, Jürgen habermas, Right to communication.

[1] Artigo originalmente publicado nos Anais do Congresso Nacional do CONPEDI - FMG/FUMEC/Dom Helder Câmara 2015 – revisto em 2024

[2] Doutor e Mestre em Direito – PUC São Paulo, Pós Doutor Universidade Mediterrânea – Reggio Calabria – Itália, Professor do Doutorado e Mestrado do UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Mestre em Administração – Unibero, Matemático e Advogado. iltongcosta@gmail.com

[3] Mestre em Direito – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Graduado em Direito – UENP, Tecnólogo em Gestão Pública – IFPR - Instituto Federal do Paraná, Licenciado em Música – UNIMES, Auditor e Controlador Interno da UENP, Musico e Advogado.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

INTRODUÇÃO

Sociedades complexas plurais possuem problemas igualmente complexos. A violência, a intolerância, a desigualdade econômica, a miséria, somam-se e precisam ser enfrentadas pelas estruturas dos sistemas especializados do direito, como a administração do Estado, que têm se demonstrado insuficientes no cumprimento de tal desiderato.

Se a diferenciação social é possibilitada pelo processo de comunicação, conforme preconiza Jürgen Habermas, entende-se que os possíveis caminhos para a solução dos problemas sociais podem estar ligados também a problemas de comunicação.

O direito á comunicação, embora seja tema de pouca discussão no campo do direito se comparado a outros direitos fundamentais e institutos jurídicos, é constitui-se, neste sentido, importante previsão constitucional, cuja efetivação é pressuposto democrático uma vez que a democracia somente poderá ser considerada substancialmente existente em uma ordem social quando os indivíduos encontram-se dotados de meios para difundir seus pensamentos e impressões acerca do mundo.

Previsto pela Constituição Federal de 1988, principalmente no art. 220, o direito à comunicação enseja esforço do campo acadêmico para que se possa vislumbrar avanços em sua efetivação. Esta árdua tarefa encontra barreiras no poder político e econômico, mas, diante dos notáveis avanços tecnológicos dos últimos anos, em especial na área da informática, torna-se possível tomar uma postura otimista com relação ao alargamento das ferramentas que viabilizarão a difusão de mais discursos na esfera pública brasileira.

Pretende-se na presente pesquisa analisar a previsão constitucional do direito à comunicação, diferenciá-lo do direito à informação bem como apontá-lo como um direito fundamental de efetivação obrigatória pela administração do Estado brasileiro.

1. ANÁLISE PRELIMINAR DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há na doutrina jurídica o uso das expressões direitos fundamentais e direitos humanos muitas vezes como sinônimas, prática que pode gerar confusões e complicações para o avanço da discussão mais aprofundada acerca do tema, principalmente na questão da efetivação de direitos fundamentais.

A seguir abordaremos a noção de direito fundamentais que usualmente tem sido adotada pelos tribunais brasileiros e que, portanto, formam o pensamento jurídico

majoritário atualmente no que se refere a este tema. A partir de um conceito preliminar de direitos fundamentais avançaremos para a análise do direito á comunicação como um direito fundamental.

1.1 Noção geral de direito fundamentais

Com relação ao conceito de direitos fundamentais, é destacada a importância da construção teórica de Luigi Ferrajoli. O jurista italiano propõe a definição teórica para a expressão direitos fundamentais segundo a qual "são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer"(FERRAJOLI, 2001, p. 19).

A definição é classificada como teórica porque, segundo o próprio Ferrajoli, independe de circunstâncias de fato. Neste sentido, afirma que tais direitos prescindem de previsão em uma carta constitucional ou em leis ordinárias, ou seja, estão acima de qualquer técnica dogmática. Portanto, se encontram ou não em cartas constitucionais; leis fundamentais; ou enunciados de normas do direito positivo (infraconstitucional) (FERRAJOLI, 2001, p. 19-20).

É também uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais, e se baseia unicamente sobre o caráter universal da sua imputação (FERRAJOLI, 2001, p. 20).

No entanto, a noção mais adotada na doutrina brasileira é a de direitos fundamentais como direitos reconhecidos pela ordem constitucional. Os direitos humanos sim seriam direitos subjetivos do qual estão dotados todas as pessoas independentemente de sua condição de cidadão de um Estado.

A terminologia direitos fundamentais é utilizada pela constituição brasileira, mais especificamente no título II, para designar valores identificados da maior ordem de importância no Estado de direito.

Conforme a doutrina de Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão Direitos fundamentais abrange, no âmbito do direito positivo constitucional brasileiro, todas as espécies ou gêneros de direitos fundamentais. Sarlet apóia sua afirmação no fato de que a Constituição brasileira possui inspiração na Lei Fundamental da Alemanha (1949) (SARLET, 2009, p. 28). A distinção necessária entre os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” é desenvolvida pelo autor nos seguintes termos:

> Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direito fundamentais” se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direito humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2009, p. 29).

São considerados direitos fundamentais, portanto, segundo a visão de Sarlet, aqueles garantidos no texto constitucional, sendo ainda distintos dos direitos humanos, tendo em vista que estes são direitos que transpõem as fronteiras dos Estados, atingindo validade internacional.

Os direitos fundamentais, segundo Sarlet (2009, p. 33) possuem sua eficácia mais resguardada que os direitos humanos, de ordem internacional, tendo em vista a existência de uma estrutura institucional judiciária com poder para concretizar tais direitos. Em outras palavras, a coercitividade com vistas à efetividade de direitos é, de forma geral, mais desenvolvida em âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal tem feito referência a "direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal", conforme se observa na decisão a seguir colacionada, *literis*:

> Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas poderes públicos, pois também estão direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Sendo assim, o espaço de autonomia privada conferido às associações está limitado pela observância aos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição (BRASIL, 2015, p. 577)

Assim, observa-se que entende-se como direitos fundamentais aqueles que, caso não observados pela ordem jurídica infraconstitucional, bem como assegurados de fato pelo Estado e respeitados pelos particulares em suas relações horizontais, põem em risco a própria integridade do sistema jurídico, notadamente no que tange à sua legitimidade, conforme se observará na teoria de Jürgen Habermas.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

1.2 Direitos fundamentais em Jürgen Habermas

Desde o advento da virada linguística, com o desenvolvimento da ideia de que a linguagem é a condição para o conhecimento, o que significou a superação do paradigma da filosofia do sujeito, a teoria social passou a ser revista. Neste campo, o da sociologia, principalmente no que tange ao aspecto jurídico, tem notável relevância o pensamento de Jürgen Habermas.

Buscaremos a seguir, de forma sintética, esclarecer seus principais pressupostos e, posteriormente, expor sua concepção de direito e Estado a fim de que a reflexão acerca do direito à comunicação se desenvolva sob o prisma de sua teoria discursiva do direito.

1.2.1 Pressupostos

O filósofo alemão, pertencente à escola de Frankfurt, parte de uma criteriosa análise crítica que de forma abrangente reconstrói a própria noção de racionalidade tomando como base o que denomina princípio do discurso. A construção discursiva das formas do mundo implica na utilização da linguagem, o fundo consensual mínimo, para que sujeitos, objetivando o entendimento, proponham enunciados passíveis de questionamento e também questionem proposições alheias, a fim de obter melhores respostas.

Para Habermas a própria ação é desencadeada por enunciados (ilocucionários), que podem ou não ser aceitos. O agir comunicativo, desta forma, é uma notável concepção proposta por Habermas que será aplicada à teoria social, com especial destaque para a teoria do Estado e do direito.

A comunicação social deixa de ser mero acessório para ser o cerne da questão democrática, pois consiste no ponto de partida para toda diferenciação social. A comunicação é a unidade mínima para compreender a origem do Estado e do direito de forma racional, e sua ética consistirá em um conjunto de enunciados que visam a garantia da liberdade na proposição justificada de pontos de vista e no questionamento de outros pontos de vista, de forma que, pacífica e discursivamente, torna-se possível a produção de consensos, ainda que provisórios.

Compreendendo a racionalidade como algo contido no agir comunicativo, sendo este uma interação de entendimento através de proposições fundamentadas e direcionadas ao consenso, e não mais como um ato isolado do sujeito, a teoria do agir comunicativo é capaz de reconstruir de maneira satisfatória conceitos como o direito e o Estado sem recorrer a fundamentações já consideradas insustentáveis.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Adotada para tal desiderato a categoria do princípio do discurso, vetor que deve sustentar toda socialização pacífica que respeite a liberdade. Não é dotada tal visão de nenhum, ou quase nenhum dogmatismo, já que a única base necessariamente aceita por todos os envolvidos deverá ser a linguagem, pressuposto comunicacional inexorável.

Conforme observa Fernando de Brito Alves, "O modelo habermasiano de democracia associa a conotações normativo-axiológicas mais fortes que a liberal, porém, não podem ser consideradas republicanas" na acepção por ele, Alves, apresentada (ALVES, 2013, p. 106).

Importante conceito a ser tratado é também a esfera pública, que Habermas analisa como um ambiente, não físico, onde os atores sociais propõem de livre e podem discordar de propostas também feitas por outros atores sociais, construindo livremente a opinião pública

> A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 2011, p. 93).

No campo jurídico, se o direito for compreendido como meio de organização social pacífica e estabilização de expectativas entre os membros de uma sociedade, é possível que se visualizar os fundamentos da legitimidade jurídica, compreendendo o surgimento da ordem jurídica a partir do discurso em paralelo ao surgimento do poder político. Respeitada a liberdade de comunicar é possível que os indivíduos criem uma ordem social com respeito à convicções de cada um, que podem ser expostas na esfera pública sem coação ou constrangimento.

O ponto inicial adotado por Habermas para a reconstrução da compreensão do Estado e do direito a partir do princípio do discurso são os direitos subjetivos. Segundo o filósofo alemão, estes devem ser atribuídos uns aos outros pelos cidadãos como condição legitimadora da convivência mediada pelo direito em um ponto inicial da organização juridicamente mediada, antes mesmo da existência do Estado. Neste ponto nos encontramos com os direitos fundamentais e podemos refletir sobre os pressupostos do Estado liberal vendo à frente a nova proposta oferecida por Habermas.

1.2.2 Direitos fundamentais e a gênese do Estado e do direito

Para Habermas "o conceito do direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do direito", pois equivale à ideia de liberdade de ação subjetiva. Dito de outro modo, os direitos subjetivos determinam os limites do campo de ação dos sujeitos diante de outros sujeitos, o limite da liberdade de cada um é a liberdade do outro (HABERMAS, 2010, p. 113).

O conceito de direitos subjetivos possui função fundamental para a moderna ideia de direito, segundo o filósofo. Isto porque criam os limites, a circunscrição dentro da qual os indivíduos podem, justificadamente, empregar sua vontade. Ocorre, assim, uma transformação deontológica que consiste na transferência de imperatividade das normas morais para os mandamentos jurídicos. Não mais a moral religiosa é a fonte deontológica primeira.

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo (HABERMAS, 2010, p. 114-115).

É destacada também pelo pensador a ideia de direitos iguais, pois as liberdades dos sujeitos detentores de direitos são liberdades iguais de ação. Analisando o princípio geral do direito de Kant e o primeiro princípio de justiça de John Rawls, Habermas conclui que liberdade e igualdade são "determinações conceituais" que

> esclarecem por que o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem de decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o direito não pode apenas satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa. [...] O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo (HABERMAS, 2010, p. 114).

Assim, Habermas pretende explicar o paradoxo surgimento da legitimidade a partir da legalidade com o auxílio dos direitos que devem obrigatoriamente ser reconhecidos mutuamente e que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política. A conciliação entre as liberdades individuais e a autonomia do cidadão, que podem ser compreendidas como um agir individual e o agir coletivo, e esta integração pode ser realizada através do entendimento de cidadãos.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Neste sentido afirma o pensador: “Para conservar sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 2010, p. 115). Assim, o pensador evidencia a presença da ação comunicativa na história e desenvolve sua noção de "princípio do discurso":

> A ideia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir - pela via da institucionalização jurídica - a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização (HABERMAS, 2010, p. 158).

Desta forma, a comunicação livre é concebida como um pressuposto da espontânea organização social mediada pelo direito, e isso deriva da razão, exclusivamente. Não incluindo em sua teoria nenhum núcleo axiológico, pois valores não podem ser assumidos como válidos sem um apelo metafísico ou fechamento ao debate, Habermas desenvolve uma teoria capaz de, pacificamente, dar conta dos problemas presentes nas sociedades contemporâneas complexas e plurais.

Há espaço para a diversidade, pois o diálogo evidencia as diferenças de pontos de vista inerentes à diversidade de culturas, ao mesmo tempo em que torna possível a aproximação via percepção de semelhanças entre indivíduos.

Os direitos fundamentais são compreendidos por Habermas como consequências lógicas na gênese do direito baseada no princípio do discurso. Em um momento de fundação da sociedade, indivíduos que pretendem se organizar de forma pacífica devem, obrigatoriamente, reconhecer reciprocamente certas categorias de direito, aos quais chama Habermas fundamentais.

> (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.
> Esses direitos exigem como correlatos necessários:
> (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
> (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (HABERMAS, 2010, p. 159 - grifo do autor).

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Para o filósofo alemão, o princípio do discurso é "tocado" pela forma jurídica, assumindo, assim, sua forma institucionalizada que é o princípio da democracia. É necessário para que esta democracia se desenvolva adequadamente o respeito a regras que pautam o discurso, direitos fundamentais de participação e direitos que garantam uma vida digna, com condições mínimas para o exercício dos direitos fundamentais anteriormente expostos.

> (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercem sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos fundamentas a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4). (HABERMAS, 2010, p. 159-160 - grifo do autor).

A fundamentalidade dos direitos pode ser compreendida, desta forma, segundo uma compreensão apoiada na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, como pilares da organização livre e espontânea de pessoas que, comunicativamente, com respeito às diferentes formas de pensar, dialogam e constroem seu próprio direito. Dito de outra forma, direitos fundamentais podem ser entendidos a partir de Habermas como regras básicas para a organização de uma comunidade, necessariamente, democrática.

1.3 Liberdade comunicativa e direito legítimo

Diante do exposto alhures, é possível notar a distância entre a idealização elaborada por Habermas, de uma democracia deliberativa, na qual atores sociais deliberam sobre seu direito, e o atual sistema político.

Mesmo nos debates públicos, não institucionalizados, o que se percebe é que opiniões e pontos de vista estão muito ligados ao que se recebe, passivamente, através dos meios de comunicação de massa.

Em um sistema de comunicação social onde não é garantido acesso à difusão de pontos de vista diferentes, é notória a violência da informação. Isto porque aquilo que se afirma, propõe, atesta, quando não contestado, como naturalmente ocorreria em um discurso natural (sem meios de comunicação), assume aparência de verdade. Daí a grande influência exercida pelas empresas de mídia na esfera política e econômica.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Desta forma, compreendendo por direitos fundamentais os valores máximos de uma sociedade, não somente previstos por sua ordem constitucional, mas pressupostos por esta mesma ordem, indissociáveis da condição de dignidade humana e que obrigatoriamente devem ser efetivados pelo Estado, passaremos a seguir a identificar a presença do direito à comunicação na Constituição brasileira.

2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO

Embora se possa afirmar a partir da teoria discursiva do direito de Habermas que um direito fundamental não necessariamente deve estar previsto uma constituição, buscaremos com o intuito de dar maior possibilidade de efetivação a este direito, localizá-lo no texto constitucional. A diante o que se pretende é analisar os dispositivos constitucionais que tornam possível de falar em um direito fundamental à comunicação, partindo-se do que se compreende como direito fundamental, avançando sobre a pontuação de cada artigo que se refere a tal direito.

Tendo sido realizada a diferenciação entre o gênero direitos humanos e direitos fundamentais, é importante salientar que, não obstante o citado título II da Lei Maior contenha direitos fundamentais, a doutrina pátria tem sedimentado o entendimento de que não se pode considerar como direitos fundamentais, exclusiva e restritivamente, apenas aqueles inscritos no citado título II da Lei Maior. É possível a localização desta categoria de direitos em todo o texto constitucional.

2.1 Preâmbulo e fundamentos

O texto constitucional é ambicioso como deve ser, porém, é necessário que se analise o que possui relação com o direito à comunicação. Primeiramente, identifica-se que o escopo explicitado no preâmbulo é a instituição de um Estado democrático, o que não pode existir sem a garantia de liberdade comunicativa, conforme justificado pela análise do conceito habermasiano de democracia realizada alhures.

Estão fixados como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa e, finalmente, o pluralismo político (art. 1º).

Como objetivos fundamentais (art.3º), isto é, bens e valores a serem perseguidos pelo Estado brasileiro, fixa a constituição a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da

pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais e regionais; redução da desigualdade e combate à pobreza; e a promoção do bem de todos os indivíduos, sem qualquer tipo de preconceito.

2.2 Comunicação social

Através destes pontos iniciais é possível delimitar as bases e diretrizes do Estado democrático brasileiro e torna-se possível uma honesta interpretação dos pontos específicos referentes á comunicação social, o que se fará a partir de agora.

É pressuposto do Estado democrático o valor liberdade. Neste sentido, prevê o artigo 5.º, inciso IX, a liberdade de comunicação no seguintes termos: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”.

A comunicação social brasileira se encontra no texto constitucional nos artigos 220 a 224, no Título VIII, Capítulo V. O texto inicia prevendo um conceito de comunicação que pode ser analisado da seguinte forma.

Na Constituição Federal, a mídia se encontra especificamente abordada no título VIII “Da Ordem Social”, capítulo V “DA COMUNICAÇÃO SOCIAL”, dos artigos 220 a 224. Asseguram os dispositivos constitucionais a liberdade de comunicação, limitando ações que possam restringir o direito a manifestação do pensamento.

A interpretação do dispositivo É importante que se alerte para o fato de que não somente o Estado é capaz de oferecer empecilho ao direito de comunicação. Isto porque, nas sociedades complexas da contemporaneidade os efeitos do sistema mercado podem ser nefastos e cabe, neste caso, ao Estado, servir de garante do direito de comunicação dos indivíduos e grupos minoritários.

A operação de emissoras de rádio e televisão possui como pressuposto jurídico a concessão Estatal. Para que consiga tal autorização pública, a empresa de comunicação solicita ao Estado através de proposta formal, que é analisada pelo Ministério das Comunicações.

O Ministério das Comunicações é o órgão federal responsável pelas áreas de telecomunicações, incluindo radiodifusão no Brasil.

A existência de previsão normativa para o setor de radiodifusão impossibilita, a rigor, a afirmação de que o setor seria desregulado.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

É, no entanto, devido às atuais condições fáticas da radiodifusão brasileira, nitidamente correta a afirmação de que são ineficazes o dispositivo constitucional e a legislação infraconstitucional.

Isto porque, conforme exposto no capítulo anterior, há nítida formação de oligopólio no setor em flagrante desrespeito ao que dispõe o §5.º do art. 220 da Constituição Federal.

Não bastasse isto, os mecanismos de controle dos quais dispõe o Estado para fazer com que se concretize o projeto constitucional não são aplicados. É, neste caso, importante que o direito não se feche em sua técnica lógica e compreenda a atuação das forças em questão.

A democracia não acabada possui contra si um complexo jogo de interesses, que, a todo custo, tenta amarrar o potencial emancipatório democrático a fim de perpetuar posições estabelecidas na dinâmica social. A análise histórica joga luzes sobre o problema social e nos autoriza afirmar que, no Brasil, o poder político é tradução do poder econômico que, em um perverso ciclo, se retroalimenta através da política.

A colonização do mundo da vida pelos sistemas do mercado e do Estado ocorre, dentre outras formas, através de estruturas que constroem opiniões, divulgando unilateralmente informações que nem sempre são passíveis de questionamento.

3. DIREITO À COMUNICAÇÃO: PROPOSTA CONCEITUAL

Diante do exposto, tendo o trabalho buscado esclarecer os fundamentos em que se apóia para afirmar a comunicação não é somente um bem valioso à sociedade, é sim ela uma condição da socialização pacífica, pois sem liberdade de comunicação há a violência simbólica e imposição de pontos de vista de um indivíduo contra outro, ou de grupos majoritários contra grupos minoritários.

A comunicação, neste sentido, pode ser encarada como fenômeno que consistente em prática dos agentes sociais na qual há emissão e a recepção de mensagens que contém informações. Neste processo é possível que ocorra a proposição, pelo agente emissor, de enunciado, ou seja, determinada visão, opinião, ou ideia, que poderá por sua vez ser combatido, aceito ou aperfeiçoado pelo receptor.

A igualdade de chances na participação da construção da opinião e da vontade política, conforme observado em Jürgen Habermas, é pressuposto da construção de

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

um direito legítimo. Sem a garantia deste direito fundamental à comunicação, torna-se impossível a construção de uma socialização justa. A tirania é um fato inafastável. Por tudo isto a seguir se buscará conceituar o direito à comunicação, bem como diferenciá-lo de outros direitos semelhantes, a fim de contribuir com sua concreta efetivação.

3.1 Conceito

Primeiramente, deve-se compreender que, ao dissertar a respeito do direito à comunicação se está falar sobre um conceito em construção. Não há no Brasil, sedimentada na doutrina, a noção do direito à comunicação fato que acaba por dar margem a confusões teóricas com as noções de direito à informação, liberdade de imprensa e liberdade de expressão.

Pode-se conceituar o direito à comunicação como a garantia de manifestação do pensamento, expressão e divulgação de informações através de meios de comunicação, de tal forma que a esfera pública seja um ambiente equilibrado e livre de formação da opinião pública.

Compreende-se como garantia a ação concreta do poder público, através de todos os poderes, especialmente da administração, via políticas públicas, pois, conforme observa Alves, estas podem ser compreendidas como o Estado em ação (ALVES, 2013, p. 232).

A manifestação do pensamento e expressão pode ser compreendida como a exteriorização através, não somente de palavras, mas de imagens, gestos, música, enfim, qualquer tipo de discurso verbal ou não capaz de representar significado intecionado por um emissor.

A divulgação de informações integra o conceito do direito à comunicação, uma vez que, embora o ato de informar possa ser compreendido como a descrição de um acontecimento, único, a forma como se descreve um acontecimento implica um ato subjetivo que influencia na formação da opinião daquele que recebe a informação. É preciso, pois, haver múltiplas fontes de informação para que o receptor destas tenha à disposição subsídios viabilizadores de uma ponderação e formação de opinião.

Os meios de comunicação, compreendidos como técnicas de divulgação que contribuem na extensão do alcance das mensagens emitidas pelo emissor, sujeito ativo do direito, constituem elemento do conceito, uma vez que o acesso a iguais meios para se expressar e divulgar pensamento é também um pressuposto da

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

igualdade de garantia do direito à comunicação. A assimetria no acesso aos meios de comunicação, consequentemente, significa a assimetria na comunicação dos atores sociais na esfera pública, uma distorção que equivale à não observância dos direitos fundamentais à participação na construção da ordem jurídica, o que eiva o direito de ilegitimidade.

A negação, ou não efetivação do direito à comunicação pode significar o desequilíbrio no fluxo comunicacional na esfera pública, o que acarreta como consequência lógica uma assimetria e possível dominação no processo de formação da opinião pública.

A esfera pública, já tratada no Capítulo 1, tópico 1.2.1, nas palavras de Alves, "tem um aspecto idiossincrático com relação ao mundo da vida, na medida em que deve reproduzir um modo de ser e sentir, próprio de cada agente político" (ALVES, 2013, p. 106).

Por derradeiro, a opinião pública pode ser compreendida como o enfeixamento de posições de atores com relação a determinados assuntos. A opinião pública não, necessariamente, influenciará de forma direta a construção da posição política, assim como não será sempre construída de forma espontânea, conforme afirma Habermas, *in verbis*.

> A "qualidade" de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação. Visto pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para legitimidade da influência exercida por opiniões pública sobre o sistema político. Certamente, a influência fática e a influência legítima não coincidem, assim como não há coincidência entre a legitimidade e a fé na legitimidade. Porém, esses conceitos permitem abrir uma perspectiva, a partir da qual torna-se possível pesquisar empiricamente a relação entre a influência real e a qualidade procedimental de opiniões públicas (HABERMAS, 2010, p. 95).

Conforme já se pode deduzir, o direito à comunicação possui grande conexão com a democracia. A comunicação, o livre discurso e discussão entre os sujeitos, não é só uma faculdade dentre outras tantas que merece ser protegida, mas sim fonte das construções simbólicas, da sociedade, do direito e do Estado, que possui condão do entendimento sendo, portanto, necessário sua garantia. Daí a possibilidade de sua afirmação como direito fundamental.

Idealizar mecanismos que deem conta de garantir a livre comunicação é um imperativo para o Estado de direito que se pretende legítimo. É neste sentido que se busca fundamentar na atualidade a urgência da efetivação do direito à comunicação.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Levando-se em consideração que, principalmente no momento histórico de capitalismo globalizado e comunicação em tempo real entre os diversos pontos do planeta, os atores sociais não possuem iguais condições na interação no processo de comunicação.

A efetivação do direito à comunicação configura-se, assim, como um dos desafios do direito e do Estado. Em tempos atuais, quando tanto a técnica quanto o dinheiro são fluídos (para alguns atores), a globalização se concretiza, porém, sem que seu bônus seja percebido pela maioria, a efetivação do direito à comunicação enfrenta dificuldades de ordem econômica e política.

3.2 Direito à informação e liberdade de expressão

A comunicação social não deve ser confundida com a liberdade de expressão, com a liberdade de imprensa, ou com o direito à informação.

A liberdade está prevista em todo o texto constitucional, e deve ser compreendida como um direito fundamental. Porém, outros direitos que possuem conexão com a liberdade de expressão podem ser confundidos com o direito à comunicação. Tal engano é o que pretendemos evitar com a conceituação do referido direito.

A diferenciação entre o direito à comunicação e a liberdade de expressão, bem como liberdade de imprensa pode ser traçada e possui como principal fator a abrangência e extensão das mensagens comunicadas.

A liberdade de expressão assiste a todos os indivíduos que compõem o Estado, independente de meios de expressão. Consiste, pois, na faculdade subjetiva de expressar-se, independentemente de meios, se maneira livre e desembaraçada. Ao Estado cabe o dever de garantir este direito não censurando indivíduos nem permitindo censura de outros indivíduos.

A liberdade de imprensa consiste no direito à informar, isto é, difundir fatos, acontecimentos, bem como apontar proposições de caráter opinativo a respeito de fatos, que assiste a veículos de imprensa. Desta forma, este direito assiste a um grupo de atores sociais, quais sejam, aqueles que atuam no setor de imprensa.

O direito à comunicação, conforme exposto, apresenta-se como distinto direito, que assiste a todos os indivíduos, a garantia de manifestação do pensamento, expressão e divulgação de informações através de meios de comunicação, de tal forma que a esfera pública seja um ambiente equilibrado e livre de formação da

opinião pública. É, portanto, um direito fundamental abrangente, que abarca a liberdade de expressão mas que exige a disponibilização de meios de divulgação de mensagens de extensão razoável, de forma a garantir o equilíbrio comunicacional na esfera pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou conceituar o direito à comunicação utilizando-se do texto constitucional e da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Através de uma análise da teoria acerca dos direitos fundamentais, da análise da dogmática constitucional, e do estudo a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, a reflexão acerca do direito à comunicação pode considerar outros pressupostos teóricos que dão conta de forma mais adequada dos problemas observados nas sociedades complexas da contemporaneidade.

Após expor os conceitos de direitos fundamentais presentes na doutrina de Luigi Ferrajoli e Ingo Wolfgang Sarlet, podemos afirmar que a definição de direitos fundamentais, embora variável, tem sido realizada conforme a previsão constitucional, ou seja, são considerados direitos fundamentais aqueles previstos pela Constituição Federal.

Analisando a proposta teórica de Jürgen Habermas pudemos analisar que o direito moderno buscou afastar-se da fundamentação moral do direito, aderindo a uma opção racional. Entretanto, esta concepção do direito, chamada de liberal por Habermas perde-se por utilizar pressupostos inválidos.

Desta forma o jusfilósofo alemão lança mão de sua teoria, a qual une conceitos elaborados pela filosofia da linguagem à teoria da ação, ara explicar a sociedade, o Estado e o direito. O princípio do discurso é categoria central da construção habermasiana, que fornece uma explicação racional lógica para o surgimento da ordem jurídica, e capaz de auxiliar na superação de problemas de legitimidade do direito.

O direito à comunicação é direito fundamental nesta concepção de Estado e direito, tendo em vista que somente em um ambiente de livre comunicação entre os sujeitos será possível a construção de uma opinião pública que obedeça à ética do discurso, que seja democrática e influencie de forma não-estratégica a esfera política na produção do direito.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

Após este estudo jusfilosófico, o trabalho buscou esclarecer acerca da previsão constitucional do direito à comunicação. Conforme se demonstrou, há no texto da Constituição cidadã relevante número de dispositivos previsores da liberdade de comunicação, de forma direta ou indireta de maneira esparsa. Em específico e diretamente à comunicação social é dedicado capítulo próprio.

A liberdade de comunicação, conforme pode-se extrair do texto constitucional, é "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo", que não devem sofrer qualquer restrição. Tendo como escopo avançar na construção do conceito de um direito à comunicação abordamos uma explicação do conceito em cada um de seus elementos.

O direito à comunicação, conclui-se, possui não somente conexão direta com o Estado democrático de direito como apresenta relação de pressuposição em face deste. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência de direito legítimo no Estado em que o direito à comunicação não seja efetivado. Por este motivo, a efetivação do direito à comunicação é necessidade que se impõe de forma obrigatória ao poder público e à toda sociedade, fato que se traduz juridicamente em um dever de aplicação de políticas públicas na área do direito à comunicação e a abertura de maios de comunicação à sua verdadeira função social, qual seja, o de viabilizar a divulgação de pontos de vista diversos existentes na comunidade e construir um amplo diálogo acerca de negociações sobre o bem comum.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. 1. ed. Ed. Juruá. Curitiba, 2013.

AVRITZER, Leonardo.Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. Revista Opinião Pública. vol.14 no.1. Campinas, Junho, 2008.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 47, no 4, 2004, pp. 703 a 728. Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo. Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1986.

BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1997.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Editora Bertrand Brasil. Rio de Janeiro, 1989.

BOTELHO, Marcos César. A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. Uma História Social da Mídia – De Gutemberg à Internet. 2. ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 2006.

COSTA, Ilton Garcia da. Paz E Serviços Públicos. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 8, p. 1879-1892, 2022.

COSTA, Ilton Garcia da; CIRELLI, Gabriela Lopes. Liberdade de Expressão versus Direito à Honra: Uma Análise da Reclamação Constitucional N. 22.328/Rj (Informativo de Jurisprudência N. 893) do Supremo Tribunal Federal (STF). Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 9, p. 139-153, 2021.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo S.. Responsabilidade do Estado na Efetivação dos Direitos Sociais: Uma Perspectiva Pós-Pandemia através da Teoria da Justiça De Rawls. Revista Eletrônica Direito E Política, v. 16, p. 463-483, 2021.

COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu D.; CACHICHI, Zilda C. D.. Amor e Misericórdia: a flor e o fruto. In: Ivanaldo Santos; Lafayette Pozzoli. (Org.). Fraternidade e Misericórdia Um olhar a partir da justiça e do amor. 1ed.São Paulo: Cultor de Livros, 2016, v. 1, p. 93-100.

COSTA, Ilton Garcia; LIMA, Thadeu Augimeri G. Três Dilemas do Estado Democrático de Direito no Constitucionalismo Contemporâneo: Reflexos a partir da Constituição Federal de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 83, p. 13-33, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. p. 19-56. Edición de Antonio de Cabo Y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta. Madrid, 2001.

GARCIA, Maria. Desobediência Civil. Direito Fundamental. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. Argumenta (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Capítulo 9 - Três modelos normativos de democracia. (p. 277-292). Editora Loyola. São Paulo, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2011.

HERTEL, Jaqueline C. Saiter. As dimensões democráticas nas constituições brasileiras. Sergio Antonio Fabris Editor.Porto Alegre, 2007.

LEITE, Andre L. Aguiar Paulino; COSTA, Ilton Garcia . Direito à Comunicação: Análise acerca da Fundamentalidade e necessidade de Políticas Públicas. In: Ilton Garcia da Costa; Roberlei Aldo Queiroz; Fernando Gustavo Knoerr. (Org.). Inclusão Social: Inovação, Transformações, Tecnologias, Lógica, Mídia, Processo Eletrônico e Integração: Simpósio Iso Certos 2016. 1ed.Bandeirantes PR: Redige, 2017, v. 1, p. 161-180.

LEITE, André L. Aguiar Paulino; COSTA, Ilton Garcia. Lei Rouanet e a Efetivação do Direito Fundamental à Cultura. In: Viviane Coêlho de Sellos Knoerr. (Org.). Dialogos (Im)pertinentes - Direito Tributário. 1ed.Curitiba PR: Instituto Memória, 2014, v. 1, p. 129-143

MACHADO, Jónatas E.M.; BRITO, Iolanda Rodrigues de. CURSO DE DIREITO DA COMUNICAÇÃO SOCIAL. 1. ed.. Editora WoltersLuwer. Lisboa, 2013.

MELO, Patricia Bandeira de. Sujeitos sem voz: agenda e discurso sobre o índio na mídia em Pernambuco. Dissertação de Mestrado, PPGCOM/UFPE. Recife: mimeo, 2003.

MERHEB, Marcos P. S. B. ; COSTA, Ilton Garcia da . Dumping Social. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. v. 1. 212p .

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). HABERMAS E A RECONSTRUÇÃO. Papirus editora. Campinas, 2012.

PINZANI, Alessandro. Habermas. Editora Artmed. Porto Alegre, 2009.

PLATÃO, Teeteto. 2015. Disponível em: <http://charlezine.com.br/wpcontent/-uploads/Teeteto-Plat%C3%A3o.pdf>

RUBIM, Antônio Albino Canelas. Eleições e idade (mídia).InBARROS FILHO, Clóvis (org.). Comunicação na pólis – ensaios sobre mídia e política. Editora Vozes. Petrópolis, 2002.

SANTOS; Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. 2.ª ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. Editora Record. 24.ª ed. Rio de Janeiro, 2015.

SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; BEGA, P. F.. O agir ético na sociedade de consumo como desafio à atividade empresarial. Revista Jurídica (FIC), v. 3, p. 637-661, 2013.

SODRÉ, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil. Editora Mauad. Rio de Janeiro,. SORJ, Bernardo. Democracia y medios de comunicación - Mas allá del Estado y el Mercado.Ed. Catálogos. 1. ed. Buenos Aires, 2012.

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda. - Todos os direitos reservados.

SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266
IG: @sentencadozero
https://sentencadozero.com