

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO NEGOCIAL: OS CAMINHOS DA MULTIDISCIPLINARIEDADE

Organizadores

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral
Daniela Braga Paiano
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Roberto Wagner Marquesi

Autores

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon
Estella Ananda Neves
Luiz Fernando Bellinetti
Anna Luiza Massarutti Cremonezi
Patricia Ayub da Costa
Tânia Lobo Muniz
Clodomiro José Bannwart Júnior
Flávio Bento
Marcia Hiromi Cavalcanti
Lourival José de Oliveira
Lillian Zucolote de Oliveira
João Antonio Sartori Júnior
Matheus Filipe de Queiroz
Daniela Braga Paiano
Kathleen Cristina Tie Scalassara
Marlene Kempfer
Arthur Lutiheri Baptista Nespoli
Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Organizadores
Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral
Daniela Braga Paiano
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Roberto Wagner Marquesi

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO NEGOCIAL: OS CAMINHOS DA MULTIDISCIPLINARIDADE

1ª Edição



2023

Editoração

Michele Christiane de Souza Bannwart
Eduardo Bueno Rodrigues

Corpo Editorial

Dr. Anton Lois Fernandez Alvarez — UniVigo/Espanha
Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior — UEL/PR
Dr. Gilvan Luiz Hansen — UFF/RJ
Dr. Jairo Néia Lima — UENP/PR
Dr. Jonathn Michelson de Menezes — FTSA/PR
Dra. Karla Christina Martins Borges Furlaneto — ESPM/SP
Dra. Maria Cristina Muller — UEL/PR
Dr. Ricardo Lebbos Favoreto — UEL/PR
Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto — PUC/PR
Dra. Vanessa Vilela Berbel — IFPR/PR

Diagramação

Eduardo Bueno Rodrigues

Capa

Marcelo Inez

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Aspectos contemporâneos do direito negocial [livro eletrônico] : os caminhos da multidisciplinaridade / coordenação Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral... [et al.]. -- Londrina, PR : Engenho das Letras, 2023.
PDF

Vários autores.
Outros coordenadores: Daniela Braga Paiano, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, Roberto Wagner Marquesi.
ISBN 978-65-86457-57-5

1. Democracia 2. Direito 3. Negociação 4. Negócio jurídico I. Amaral, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos. II. Paiano, Daniela Braga. III. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. IV. Marquesi, Roberto Wagner

23-186917

CDD-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 34

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Nota: Esta obra ocupou-se de zelo e técnica para citar adequadamente e conferir os créditos a todos os detentores de direitos autorais e dos materiais utilizados, observando a normalização e a coerência. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão e quaisquer outros erros ou omissões. Diante disso, a Engenho das Letras e os autores colocam-se à disposição para corrigir eventuais equívocos junto ao livro. Nem a Engenho das Letras, nem os autores assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso dessa publicação.

Direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610 de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial sem autorização, por escrito, da editora.

Copyright © 2023 1º edição

GENENHO DAS LETRAS

www.engenhodasletras.com.br



NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS: CONSENSUALISMO E AUTONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO6

BEATRIZ RIBEIRO LOPES BARBON
ESTELLA ANANDA NEVES
LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO

CINCO MINUTOS DE PÓS-MODERNISMO E DIREITO 22

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

FORTALECIMENTO DO SISTEMA MULTIPORTAS À LUZ DA *DISCOVERY*: A EXPERIÊNCIA NEGOCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS... 33

ANNA LUIZA MASSARUTTI CREMONEZI
PATRICIA AYUB DA COSTA
TÂNIA LOBO MUNIZ

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL 52

CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JÚNIOR
FLAVIO BENTO
MARCIA HIROMI CAVALCANTI

O DIÁLOGO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: A NEGAÇÃO DO REQUISITO NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO PERÍODO DE PANDEMIA..... 68

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA
LILLIAN ZUCOLOTE DE OLIVEIRA

O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO SOCIAL REGISTRAL 87

JOÃO ANTONIO SARTORI JÚNIOR
MATHEUS FILIPE DE QUEIROZ
DANIELA BRAGA PAIANO

NEGÓCIOS JURÍDICOS QUILOMBOLAS: ECONOMIA SOLIDÁRIA E INCENTIVOS PARA O ETNODESENVOLVIMENTO 102

KATHLEEN CRISTINA TIE SCALASSARA
MARLENE KEMPFER

ABUSO DO DIREITO E DANO IMORAL..... 119

ARTHUR LUTIHERI BAPTISTA NESPOLI
ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL

NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS: CONSENSUALISMO E AUTONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*PUBLIC LEGAL BUSINESS:
CONSENSUALISM AND AUTONOMY IN
THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon¹
Estella Ananda Neves²
Luiz Alberto Pereira Ribeiro³

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Filosofia Política e Jurídica. Bacharela em Direito pela UEL. Advogada. Endereço eletrônico: brlbarbon@gmail.com.

² Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharela em Direito pela UEL. Advogada. Endereço eletrônico: estella.anneves@uel.br.

³ Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela PUC/PR. Professor Adjunto do Curso de Direito da UEL. Professor Titular do Curso de Direito da PUC/PR. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Advogado. Endereço eletrônico: luizribeiro@uel.br.



INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é uma importante conquista da sociedade contemporânea, que busca assegurar direitos fundamentais para todos os cidadãos, mantendo sua pluralidade e autonomia. A concretização dos objetivos desse modelo de Estado exige a existência de um espaço público que favoreça o diálogo aberto e construtivo entre governantes e cidadãos, permitindo a criação de significados normativos por meio de processos democráticos de interação. Nesse cenário, a atuação do Poder Público deve ser intrinsecamente ligada à sociedade civil, em que os destinatários das leis desempenhem um papel ativo na sua formulação. De fato, a Administração Pública tem como intuito a proteção dos direitos individuais e dos direitos coletivos, porém deve buscar o equilíbrio entre suas prerrogativas e privilégios a garantia do exercício dos direitos individuais frente ao bem-estar da coletividade.

Para conferir efetividade na prestação de serviços, a Administração Pública celebra contratos com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. Tais contratos podem abordar a concessão de serviços públicos, condições de contratação, locação de imóvel destinado à repartição pública, entre outras hipóteses. Os negócios jurídicos da Administração dizem respeito ao interesse geral e estão sujeitos a observância da legislação e ao respeito ao interesse público. Nesse ínterim, destaca-se a discussão a respeito da supremacia do interesse

público na celebração de negócios jurídicos pela Administração, em que essa visão absoluta tem recebido críticas, eis que os direitos individuais devem ser resguardados, assim como a pluralidade e a autonomia.

Diante disso, o presente estudo inicia a abordagem enfatizando o princípio do interesse público em face da atuação da Administração Pública, com destaque para a ideia de que o referido princípio não deve ser aplicado de modo absoluto em todos os casos. Posteriormente, direciona-se a abordagem para a autonomia da Administração e o regime jurídico administrativo, com ênfase para o conjunto de regras que regulamentam os atos administrativos e por fim, o princípio da proporcionalidade ganha ainda maior destaque, em que a celebração dos negócios jurídicos administrativos deve observar os direitos fundamentais e não somente a supremacia do interesse público.

Não obstante ao fato de que os interesses públicos precisam ser resguardados, os interesses individuais não devem ser ignorados. Em uma sociedade democrática, a Administração Pública deve zelar pelos interesses de todos, a cada caso concreto a análise deve ser feita considerando o princípio da proporcionalidade e quando necessário os interesses individuais deverão ser priorizados. Com a devida ponderação, o princípio da supremacia do interesse público pode ser aplicado de maneira mitigada, tendo como principal critério o respeito ao Estado Democrático de Direito.

1 A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio do interesse público é um dos pilares fundamentais do Direito Administrativo e da administração pública no sistema jurídico brasileiro. Entende-se, de maneira geral, que esse princípio estabelece que a atuação do Estado e de seus agentes deve ser orientada para o bem-estar e o benefício da coletividade como um todo, em oposição aos interesses individuais ou particulares nesse âmbito. Desse modo, em situações de conflito entre o interesse público, que representa o bem-estar da coletividade, e o interesse privado, que diz respeito aos interesses individuais ou de grupos particulares, o interesse público deve prevalecer. Então, em regra, quando uma ação ou decisão do Estado é necessária para promover o bem comum, essa pode sobrepor-se aos interesses privados, desde que seja feita de acordo com a lei e respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos.

A supremacia do interesse público é fundamental para garantir que o Estado cumpra suas responsabilidades na prestação de serviços públicos, na promoção da justiça social e na proteção dos direitos coletivos. No entanto, é importante destacar que essa supremacia não é absoluta e deve ser exercida de forma equilibrada e proporcional. Em outras palavras, o Estado deve agir de maneira justa e razoável ao tomar decisões que afetam os interesses privados, evitando abusos ou excessos.

Um desafio teórico identificado por Gustavo Binenbojm em relação ao princípio da supremacia do interesse público reside na adoção, pela maioria da doutrina brasileira, de uma concepção unificada do interesse público como ponto de partida, seguida pela afirmação de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual), o que implica na sua dissociação.

É comum o entendimento que o interesse público representa os interesses e necessidades da sociedade como um todo, priorizando o bem comum e o bem-estar geral. O conceito clássico de interesse público é assim definido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos. Donde o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (MELLO, 2013, p. 62).

Por outro lado, o interesse privado é comumente visto como aquele que diz respeito aos interesses individuais ou de grupos específicos, muitas vezes visando atender a objetivos particulares, econômicos ou políticos. No entanto, no Estado Democrático de Direito, o interesse privado deve estar subordinado ao império da lei e dos preceitos constitucionais. Isso significa que, mesmo no exercício desses interesses, a conformidade com os princípios e normas estabelecidos pela Constituição é essencial, garantindo que não sejam violados direitos fundamentais ou que prejudique o bem comum. Dessa forma, a harmonização entre o interesse privado e o interesse público é uma característica fundamental do Estado Democrático de Direito, onde a legalidade e a constitucionalidade devem prevalecer em todas as esferas da vida social e política.

Até se chegar à concepção de interesse público no direito administrativo como se discute hoje, é notável como a administração pública esteve e está diretamente ligada às transformações nas formas de governo e nas relações entre o Estado e a sociedade ao longo do tempo. No período do absolutismo, o poder era concentrado nas mãos dos monarcas, com sua vontade sendo suprema e incontestável, por isso a administração pública era centralizada e servia aos interesses dos monarcas e da nobreza.

Entretanto, o surgimento do Iluminismo e de revoluções importantes marcou uma mudança profunda. Ideias de igualdade, liberdade e direitos individuais começaram a ganhar destaque, desafiando o poder absoluto dos governantes. Revoluções, como a Americana e a Francesa, enfatizaram a necessidade de limitar o poder do Estado e estabelecer governos baseados na vontade do povo, dando origem

ao Estado de Direito, onde o poder estatal passou a ser regulado por leis e regras, com todos sendo considerados iguais perante a lei.

Posteriormente, ao longo do tempo, o Estado de Direito se consolidou e a administração pública evoluiu para se tornar mais burocrática, orientada por princípios de igualdade e legalidade. A concepção tradicional de atuação da administração pública, historicamente conhecida como “modelo burocrático” ou “administração pública patrimonialista”, teve um papel predominante no século XIX e início do século XX. Nessa abordagem, a ênfase estava na centralização do poder, na rigidez burocrática, no legalismo estrito e no formalismo. O Estado era visto como uma entidade que atuava de forma impessoal, mas frequentemente carecia de transparência e participação da sociedade. O foco, em alguns casos, estava mais no patrimônio do governante ou dos detentores do poder do que na busca pelo bem-estar público.

Por isso, com o passar do tempo e em resposta às mudanças na sociedade e nas expectativas em relação ao Estado, essa concepção tradicional de administração pública foi sendo questionada e gradualmente substituída por modelos mais modernos e flexíveis. Um exemplo notável é o surgimento da administração pública gerencial, que busca combinar eficiência, responsabilidade e prestação de serviços de qualidade. Nesse novo paradigma, a administração pública assume uma abordagem mais orientada para resultados, priorizando o atendimento às necessidades da sociedade e a participação cidadã, ao mesmo tempo em que mantém o respeito pela legalidade e pela ética.

Assim, embora a concepção tradicional da administração pública tenha desempenhado um papel importante na história, a evolução em direção a modelos mais modernos reflete a necessidade de um Estado ágil, responsivo e orientado para o bem comum, capaz de atender às demandas de uma sociedade em constante transformação.

Hoje, na contemporaneidade, prevalece a democracia representativa, onde os governantes são eleitos pelo povo e a vontade do povo é expressa através de seus representantes no legislativo. A administração pública é orientada por leis e regulamentos que emanam da vontade do povo, enfatizando a transparência, a prestação de contas e principalmente a subordinação à Constituição e a proteção aos direitos fundamentais. Essa evolução histórica reflete uma mudança significativa nas formas de governo e nas relações entre o Estado e a sociedade, passando de sistemas autoritários e centralizados para modelos democráticos e baseados em princípios de governança responsável.

Por isso, a harmonização e a evolução do conceito de interesse público são essenciais para a tomada de decisões eficazes e justas em uma sociedade democrática. A busca pelo equilíbrio entre o interesse público e os interesses privados é uma tarefa complexa, mas fundamental para o funcionamento adequado das instituições públicas e para a promoção do bem-estar social. Através de mecanismos democráticos, como a representação política e a participação cidadã, as

sociedades buscam encontrar soluções que levem em consideração ambos os tipos de interesse, assegurando que a ação do Estado seja guiada pelo princípio do bem comum e da justiça social.

Nesse contexto, Reginaldo Souza Santos explica que o capitalismo não tem historicamente a tendência de conceder concessões ou ceder espaço por conta própria, por isso tornou-se imperativo que o Estado atuasse e intervisse de maneira mais proativa, visando assegurar a estabilidade política e social, bem como mitigar os efeitos adversos das recorrentes crises do capitalismo sobre o processo de acumulação de riqueza (SANTOS, 1987, p. 56).

Assim, a emergência do estado providência impôs à Administração Pública uma série de novas responsabilidades que não estavam explicitamente delineadas nas leis. Além disso, o considerável aumento da complexidade nas relações econômicas e sociais exigiu uma intervenção e regulamentação mais ágeis por parte do Estado, ultrapassando os limites da morosidade e da abrangência do processo legislativo formal (BINENBOJM, 2014, p. 35).

Por isso, a intervenção do Estado na economia capitalista desempenha um papel crucial na promoção do bem-estar social e na mitigação das desigualdades econômicas. Nesse contexto, é de extrema importância que a Administração Pública siga os ditames constitucionais, uma vez que estabelece os princípios e valores fundamentais que orientam essa intervenção. Ao aderir às premissas constitucionais, a Administração Pública garante que suas ações econômicas sejam conduzidas de maneira justa, transparente e em consonância com os interesses públicos. Isso não apenas fortalece a democracia, mas também assegura que os recursos e oportunidades sejam distribuídos de forma equitativa, contribuindo para um ambiente mais justo.

Todavia, Souza Santos destaca que apesar de todos os esforços dedicados à tentativa de distinguir o domínio público do privado, na prática, essa separação continua sendo um desafio, já que nas sociedades capitalistas, essa tentativa de separação entre o público e o privado frequentemente se mostra equivocada, devido à natureza classista do Estado capitalista e às transformações ocorridas em seus padrões de produção ao longo do tempo (SANTOS, 1987, p. 61).

Essa distinção entre interesse público e privado se torna tênue, pois o Estado frequentemente representa os interesses da classe capitalista. Embora o Estado contemporâneo tenha se diferenciado da sociedade civil e não seja mais uma entidade patrimonial, ele agora funciona como uma propriedade coletiva da burguesia. Isso cria uma contradição estrutural, uma vez que o Estado busca simultaneamente promover a acumulação de capital para sustentar o modo de produção capitalista e manter ou criar condições de harmonia social como forma de legitimar sua base de apoio na sociedade civil. Dessa forma, a interligação entre o Estado e os interesses da classe dominante desafia a distinção tradicional entre público e privado, destacando

a complexidade das relações entre o Estado, a economia capitalista e a sociedade (SANTOS, 1987, p. 62).

Diante disso, a complexidade das relações sociais e econômicas contemporâneas exige uma abordagem mais flexível e contextualizada para determinar o que é de interesse público e reinterpretar sua aplicação prática. A Administração Pública deve realizar ponderações que estejam em conformidade com os princípios constitucionais, garantindo que as decisões tomadas considerem os valores fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a justiça social. Essa abordagem permite que o Estado atue de maneira eficaz na promoção do bem-estar coletivo, adaptando-se às necessidades e desafios em constante evolução da sociedade. Nesse contexto, analisa-se o regime jurídico administrativo partindo de uma visão ponderada para buscar mais autonomia e efetivação de direitos fundamentais dos administrados.

2 AUTONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO E O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A posição de supremacia implica que o Poder Público detém uma autoridade e controle superiores em relação aos particulares, sendo uma condição essencial para a gestão dos interesses públicos que estão em jogo. Isso significa que, devido à sua desigualdade em relação aos particulares, a Administração Pública tem a capacidade, em certas circunstâncias, de impor obrigações aos indivíduos por meio de atos unilaterais e muitas vezes, essa posição de supremacia confere o direito de modificar unilateralmente relações já estabelecidas, quando necessário para atender aos interesses públicos (MELLO, 2013, p. 71).

Os atos administrativos seguem um conjunto de regras do direito público, uma vez que são criados por agentes da Administração e estão diretamente relacionados ao interesse público, o que os torna inadequados para serem regulamentados pelo direito privado. Esses atos estão sujeitos a normas e princípios específicos, diferentes dos que se aplicam aos atos privados. Isso inclui critérios de validade, como os requisitos dos atos administrativos, bem como princípios como a legalidade estrita, a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade.

Segundo Di Pietro (2011, p. 60), a administração pública pode estar sujeita tanto ao direito público quanto ao direito privado, dependendo das disposições da Constituição Federal ou de leis específicas. No entanto, é importante ressaltar que a Administração nunca se submete inteiramente ao direito privado. Em algumas situações, ela pode ser equiparada ao particular, não exercendo qualquer prerrogativa de poder público sobre ele, mas ainda assim, pode usufruir de certos privilégios, como um juízo privativo, prescrição quinquenal e um processo especial de execução, entre outros.

O Direito Administrativo desempenha o papel de proteger os direitos individuais em relação ao Estado, fundamentado no princípio

da legalidade. Ao mesmo tempo, atende às demandas dos interesses coletivos, proporcionando à administração pública as prerrogativas e privilégios necessários para restringir o exercício dos direitos individuais em prol do bem-estar coletivo e prestar serviços públicos. Isso cria uma dualidade clara entre liberdade e autoridade, restrições e prerrogativas, sendo fundamental que a administração atue em conformidade com o ordenamento jurídico para garantir a liberdade, ao mesmo tempo em que exerce sua autoridade para atender ao interesse público.

A expressão “regime jurídico da administração pública” abrange tanto o direito público quanto o direito privado, aos quais a Administração pode se submeter (DI PIETRO, 2019, p. 61-62). Em contrapartida, a expressão “regime jurídico administrativo” refere-se especificamente às características do Direito Administrativo que colocam a Administração em uma posição privilegiada e vertical em relação aos particulares. Isso inclui prerrogativas e privilégios exclusivos da Administração, como autotutela, poder de expropriar, requisitar bens e serviços, entre outros.

Otero e Pinheiro (2012, p. 402-403) acrescentam que o regime jurídico administrativo é caracterizado por prerrogativas que concedem poderes à Administração para destacar sua supremacia sobre os particulares, por meio de cláusulas exorbitantes e também por sujeições que estabelecem limites à atuação administrativa para proteger as finalidades públicas e os direitos dos indivíduos na sociedade. Essas sujeições se aplicam tanto aos contratos administrativos quanto aos contratos privados, com foco na observância das exigências legais, procedimentos, competência e finalidade pública.

Além disso, Di Pietro (2019, p. 254-256) enfatiza a importância das palavras “prerrogativas” e “sujeições” no regime administrativo. As prerrogativas garantem a autoridade da Administração e a realização de seus objetivos, enquanto as sujeições estabelecem limites para proteger o interesse público e os direitos dos indivíduos. Os contratos administrativos desempenham um papel significativo nesse contexto, sendo regulados pelo regime de direito público e celebrados pela Administração para a consecução de fins públicos.

Desse modo, como se pode observar, o Direito Administrativo brasileiro está formalmente alinhado com a Constituição, refletindo seus princípios e preceitos estabelecidos. No entanto, sua aplicação prática muitas vezes demanda uma reavaliação à luz de novos paradigmas. É essencial que a atuação da Administração Pública não se restrinja apenas ao cumprimento estrito das normas, mas também considere a necessidade de ponderação entre princípios e a flexibilização das abordagens ao negociar com os administrados. Em um contexto em constante evolução, a capacidade de adaptar as práticas administrativas para atender às demandas da sociedade de forma justa e eficiente é crucial para a eficácia do direito administrativo e para a promoção do bem comum. Portanto, a harmonização entre a

formalidade legal e a busca por soluções mais flexíveis e ponderadas é fundamental para uma administração pública eficaz e que atenda plenamente aos anseios da sociedade.

No Direito Civil essa constitucionalização se mostra mais avançada. Como bem pontua Tepedino (2006, p. 52), a abordagem de interpretação civil-constitucional permite revitalizar os conceitos do Direito Civil, muitos dos quais estão desatualizados em relação à realidade contemporânea e, portanto, negligenciados e ineficazes. Isso possibilita que esses conceitos sejam revitalizados e ajustados para serem compatíveis com as necessidades sociais e econômicas da sociedade atual.

A constitucionalização do direito civil não deve resultar na sobreposição de elementos estranhos do direito público sobre conceitos sedimentados, mas sim em uma integração entre o direito público e o direito privado, de forma a reformular a teoria do direito civil. Isso implica, em suma, na definição de novos parâmetros para a concepção de ordem pública, reinterpretando o direito civil à luz da Constituição, com foco na promoção de valores não apenas patrimoniais, mas também na dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento de sua personalidade, nos direitos sociais e na justiça distributiva (TEPEDINO, 2006 p. 53). Nesse contexto, a iniciativa econômica privada e as relações jurídicas patrimoniais devem ser orientadas para atender a esses objetivos.

Portanto, do mesmo modo como se desenvolveu a constitucionalização do direito civil no Estado Democrático de Direito, é igualmente importante que se busque a constitucionalização do direito administrativo e da administração pública. Essa transformação não deve implicar na redução do interesse público, da legalidade ou dos demais princípios fundamentais que norteiam essa área do direito. Pelo contrário, a constitucionalização do direito administrativo deve ser orientada para fortalecer os valores e preceitos constitucionais, garantindo que a atuação do Estado seja mais eficaz, transparente e esteja em consonância com as demandas da sociedade, sem comprometer a integridade dos princípios que regem a administração pública.

A constitucionalização do Direito Administrativo exige que este se alinhe com a realização universal do sistema de direitos e com a ampla gama de valores promovidos pela Constituição. Isso significa evitar a rigidez muitas vezes estéril ou os dilemas internos da Administração Pública, e sim repensá-la e reinventá-la à luz dos princípios de uma ordem constitucional democrática, que prioriza a dignidade humana, os direitos fundamentais e uma abordagem plural, participativa e cidadã em sua essência (MAIA, 2014, p. 74).

Como bem destaca Maia (2014, p. 73-74) a criação de um Estado Democrático de Direito pelo poder constituinte não automaticamente estabelece a democracia – apenas cria as bases jurídicas e políticas necessárias para sua implementação por meio da Constituição

promulgada. A partir desse ponto, cabe aos atores da nova ordem jurídica, interpretar a Constituição da maneira mais abrangente e mais benéfica possível. Apesar dos desafios impostos pela globalização dominante e pelas dinâmicas atuais do sistema econômico, a validade e a aplicabilidade da ordem jurídica permanecem intactas e exigíveis, em prol dos direitos fundamentais.

Se faz imprescindível a interpretação das normas e princípios administrativos em consonância com a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Os princípios possuem uma importância significativa e sua aplicação varia de acordo com avaliações ponderadas, levando em consideração outros princípios concorrentes e possíveis restrições materiais à sua implementação. Assim como os Tribunais Constitucionais, a Administração Pública deve adotar a ponderação, orientada pelo princípio da proporcionalidade, para ultrapassar as regras rígidas de preferência, agindo de forma contextual e estratégica na formulação de critérios de decisão. (BINENBOJM, 2014, p. 31-32).

Portanto, as relações de superioridade entre interesses privados e interesses públicos não podem ser estabelecidas de forma prévia e abstrata, mas devem ser encontradas dentro do sistema constitucional e das leis constitucionais, por meio de uma análise ponderada que envolve direitos fundamentais e objetivos coletivos da sociedade.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS: CONSENSUALIDADE E PROPORCIONALIDADE

O conceito de negócio jurídico, tendo como referência o Direito Civil brasileiro, substituiu o conceito anterior de ato jurídico, ainda que os dois conceitos não se distanciem do ponto de vista mais prático. Por outro lado, para a doutrina civilista voltada para a interpretação na nova regra codificada, a diferença principal entre o mero ato jurídico e o negócio jurídico é que neste existe o elemento volitivo (o motivo que levou o agente a realiza-lo, conforme o pressuposto imprescindível para a sua caracterização, diferentemente disso, no âmbito dos meros atos jurídicos a conduta do agente é involuntária (PEREZ, 2012, p.266).

A conceituação de ato jurídico coincide com a noção de negócio jurídico formulada pela doutrina alemã. Assim, ato jurídico no Brasil é o mesmo que negócio jurídico para os alemães. Quando tal colocação é direcionado para o direito público, será possível compreender que ato administrativo é o mesmo que negócio administrativo (CRETILLA, 1986, p.32).

Para Cretella (1986, p.49), a expressão negócio jurídico administrativo é discutida no campo do direito público, ainda que já aceita no direito civil. A expressão também é mencionada pelos doutrinadores italianos, entretanto, de maneira diversa. Além disso, Cretella afirma que a expressão é inaplicável ao ato administrativo, eis que neste caso a vontade daquele que edita a medida é reduzida, porque

o que importa para o administrador é a ideia da finalidade, do interesse público. Diferentemente, no negócio jurídico a força-motriz e o elemento determinante da providência é a voluntas, o acordo com o particular.

Ademais, a Administração Pública ainda se encontra imersa em uma cultura predominantemente burocrática e hierárquica, que não se adequa à agilidade e à abordagem consensual cada vez mais valorizada na contemporaneidade. A crescente complexidade dos cenários sociais e econômicos demanda uma revisão da teoria dos negócios jurídicos administrativos, visando melhor atender às necessidades tanto da administração quanto da sociedade. Nesse sentido, à luz do avanço da tecnologia da informação e do crescente reconhecimento da importância da consensualidade no direito, especialmente diante da multiplicidade e profundidade dos conflitos, torna-se pertinente reavaliar determinados aspectos do direito administrativo. Dentre eles, destaca-se a sua autonomia para buscar celebrar negócios jurídicos de maneira consensual.

A autonomia da vontade é tradicionalmente um conceito do direito civil, a qual representa a capacidade de estabelecer um acordo de vontades, com tutela e efeitos jurídicos. Francisco Amaral assim define:

“Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário” (AMARAL, p. 215)

No entanto, quando se trata do Estado e seus órgãos, a dinâmica é diferente. Os órgãos estatais atuam como instrumentos pelos quais a vontade do Estado é expressa e executada. Nesse contexto, a autonomia da vontade não se aplica da mesma forma que nas relações privadas, uma vez que os órgãos estatais estão submetidos à legalidade e aos princípios constitucionais, devendo agir de acordo com o interesse público e dentro dos limites estabelecidos pela lei. Assim, a vontade do Estado é manifestada de forma restrita e subordinada aos imperativos legais e constitucionais.

Sendo assim, Carvalho e Sousa ressalta que a autonomia da vontade desempenha um papel na liberdade de contratar, embora de forma mais limitada nos contratos administrativos em comparação com o direito civil. Nos contratos administrativos, a vontade da administração está sujeita a restrições, uma vez que esses contratos devem estar alinhados com os atributos dos atos administrativos, priorizando a finalidade pública e o interesse público. Isso implica que a finalidade pública atua como um limite para a declaração de vontade nas contratações públicas.

No âmbito da administração pública, a liberdade de contratar é exercida dentro dos limites da competência administrativa e sempre com respeito à finalidade pública. A vontade administrativa é complementar a um interesse público preestabelecido por lei. Assim, a liberdade contratual na administração pública está intrinsecamente ligada ao interesse público e é regulada pelos princípios e elementos do direito administrativo. A vontade da Administração é restringida por leis de ordem pública, como a obrigatoriedade de licitação, e deve estar alinhada com os preceitos do direito administrativo.

Em resumo, na administração pública, a liberdade de contratar é mitigada e deve ser sempre orientada pelos princípios e elementos do direito administrativo, com foco na finalidade do interesse público e na vontade administrativa fundamentada na lei e nos princípios do direito público.

Isto ocorre porque a supremacia do interesse público deve estar presente no momento da elaboração da norma e também no momento da execução das normas pela Administração Pública. Inclusive, o princípio da supremacia do interesse público inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação (DI PIETRO, 2011, p.65).

Oportuno recordar, a distinção entre o direito privado e o direito público considera o interesse que deve-se assegurar proteção. Para Di Pietro (2011, p.65), o direito privado caracteriza-se por normas de interesse individual e o direito público contém normas de interesse público.

O interesse público diz respeito aos interesses dos indivíduos quando considerados coletivamente. A ordem social torna-se possível quando os interesses da coletividade são protegidos.

De acordo Binenbojm (2014, p.126), o interesse público é a intervenção administrativa de preservação da forma otimizada dos interesses constitucionalmente relevantes. Todavia, Binenbojm destaca que na maioria das vezes, nem a Constituição Federal nem a legislação esparsa realizam o juízo de ponderação, de maneira completa, entre os interesses conflitantes. Assim, compete ao administrador público percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade, com o intuito de chegar ao ponto de equilíbrio de ponderação, entre os direitos individuais e objetivos coletivos.

A ideia de que o direito privado é caracterizado pelas normas de direito individual e o direito público pelas normas centradas no interesse público, é uma ideia muito criticada. Mesmo porque, existem normas de direito privado que tem como intuito a defesa do interesse público (ter-se-á como exemplo as normas do Direito de Família) e existem normas de direito público que defendem os interesses dos particulares (ter-se-á como exemplo as normas de segurança, saúde pública, censura, entre outras). De fato, as críticas aos critérios são pertinentes (DI PIETRO, 2011, p.66).

A concepção de que existe um interesse público que não se confunde com os interesses pessoais dos indivíduos membros de uma sociedade política e superior a eles não resiste diante da emergência do constitucionalismo e à consagração dos direitos fundamentais e da democracia como elemento fundante da estrutura do Estado democrático de Direito (BINENBOJM, 2014, p.30).

Binenbojm (2014, p.30) destaca que o critério de que o princípio que prioriza a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais é claramente incompatível com a ideia de que a Constituição Federal é formada por um sistema aberto de princípios articulados, não por uma maneira estática e sim por uma lógica proporcional contextualizada.

De acordo com Di Pietro (2011, p.81), essa proporcionalidade deve ser medida pelos critérios comuns da sociedade. De fato, ainda que a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, conforme os critérios de oportunidade e conveniência. Essa liberdade recai sobre o caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a solução mais adequada.

O princípio da proporcionalidade deve ser uma das diretrizes na atuação da administração pública, eis que tem o viés de impor limites e possibilitar equilíbrio na atuação do administrador.

Os princípios podem ser aplicados em maior ou menor grau, de acordo com juízos de ponderação formulados, considerando outros princípios e possíveis limitações materiais à sua concretização (BINENBOJM, 2014, p. 31).

Para Hachem (2011, p.144), o princípio constitucional da supremacia do interesse público deve ser compreendido como um mandamento nuclear do sistema jurídico constitucional-administrativo. Além disso, o princípio desempenha uma função essencial para a compreensão da racionalidade do regime jurídico-administrativo, em conjunto com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Isso ocorre por tratar-se de um dos fundamentos desse regime, o princípio é responsável por conceder maior organicidade e sentido harmônico.

A adequação entre meios e fins deve ser sempre observada, eis que as necessidades da sociedade devem ser levadas em consideração. Binlenbojm (2014, p. 31), aponta para um problema teórico relacionado com o princípio da supremacia do interesse público. Grande parte da doutrina brasileira adota a concepção unitária, na qual o interesse público prevalece sobre o interesse particular. O questionamento surge sobre a seguinte dicotomia, público/privado ou coletivo/individual: qual seria a justa medida entre os interesses individuais e interesses coletivos em um Estado Democrático de Direito? De fato, a Administração Pública deve ponderar os interesses públicos e interesses privados, de maneira a preservar os direitos fundamentais, buscando a concretização da otimização.

A Administração Pública deve atuar de maneira ponderada e quando necessário deve flexibilizar as decisões administrativas em conformidade com as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse contexto, é possível afirmar que a proporcionalidade é medida de otimização de todos os princípios, bens e interesses considerados na apreciação pelo poder judiciário e pela Administração Pública. Em síntese, é necessária uma constitucionalização do conceito de interesse público, dessa maneira, o modelo de ponderação, como critério de racionalidade do direito e inclusive, do próprio Estado Democrático de Direito, deve servir como instrumento para demonstrar que a abstrata supremacia do coletivo sobre o individual pode ser inconsistente (BINENBOJM, 2014, p. 33).

CONCLUSÃO

A Administração Pública está vinculada ao regime jurídico de direito público ou ao regime jurídico de direito privado. Os atos administrativos são essenciais para a manutenção do Administração e, também, para a consecução de serviços públicos. A Administração celebra contratos com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. Tais instrumentos contratuais podem abordar a concessão de serviços públicos, condições de contratação, locação de imóvel destinado à repartição pública, entre outras hipóteses. O Estado deve atuar de maneira eficaz para proporcionar o bem-estar coletivo, adaptando-se às necessidades dos membros da sociedade.

Dessa forma, analisa-se o regime jurídico administrativo a partir de uma visão equilibrada com o intuito de alcançar maior autonomia e efetivação de direitos fundamentais dos administrados. Para tanto, o princípio da supremacia do interesse público assume destaque nas discussões acerca da ponderação entre interesse público e interesse privado. A supremacia do interesse público de certo modo, inspira o legislador no momento da elaboração da norma jurídica e no momento da execução da lei pela Administração Pública. A priorização do interesse público tem o objetivo primordial de atender as necessidades da coletividade e essa ideia é naturalmente contrária ao individualismo. O Direito deixa de ser apenas um instrumento para a efetivação dos direitos individuais e direciona-se para resguardar os interesses coletivos. Apesar da supremacia do interesse público ser essencial para a prática da Administração Pública, ela não deve ser absoluta, tendo em vista que os direitos individuais também devem ser respeitados.

Da mesma forma, embora a cultura predominantemente burocrática e hierárquica da Administração Pública, a qual encontra-se distante da praticidade proporcionada pelo estabelecimento de acordo entre as partes contratantes, especialmente diante da multiplicidade e complexidade dos conflitos, torna-se pertinente reavaliar determinados aspectos do direito administrativo, inclusive, a autonomia para celebrar negócios jurídicos administrativos.

A autonomia das partes proporciona maior flexibilidade no estabelecimento de um acordo entre as partes e, conseqüentemente, reduz o congestionamento característico da máquina pública. Não obstante a autonomia da vontade estar relacionada com a possibilidade de contratar, deve haver respeito a finalidade e ao interesse público. A vontade da Administração é limitada por normas de ordem pública, as quais dizem respeito a obrigatoriedade de licitar, por exemplo. Em razão disso, a liberdade de contratar é mitigada e os atos administrativos devem ser realizados de acordo com as normas de ordem pública.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público também deve ser aplicado de maneira mitigada, haja vista que o princípio da proporcionalidade também é essencial para o bom andamento das negociações públicas, posto que o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e do interesse público é essencial para o desenvolvimento da sociedade e para o bom funcionamento dos órgãos públicos, em observância aos direitos fundamentais com vistas a preservação do Estado Democrático de Direito e para o alcance do desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARVALHO E SOUSA, Guilherme. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, mai. ago. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Negócio Jurídico Administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.164, p.29-49, abr.-jun. 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 16, n. 31, jan.-jun. 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OTERO, Cleber Sanfelici; PINHEIRO, Vanessa Morzelle. A função social dos contratos administrativos e privados e sua importância para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. v.12, n.2, 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. O Negócio Jurídico Administrador. In: MEDAUAR, Ode-te; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2012, p. 264-273.

SANTOS, Reginaldo Souza. Interesse público e interesse privado. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 21, n. 1, p. 54 a 66, 1987. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/9784>. Acesso em: 9 set. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**, Renovar, ano 1, n. 2, p. 37-53, abr.-jun. 2006.

CINCO MINUTOS DE PÓS-MODERNISMO E DIREITO

Luiz Fernando Bellinetti¹

¹ Professor Associado do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona nos programas de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Conselho de Redação da Revista de Processo (qualis/Capes A1) e do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Editor-Chefe da Revista do Direito Público (Qualis/Capes A2). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Paraná. Foi professor visitante do programa de pós-graduação stricto sensu da UENP, professor da Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná.



O caos reinante no mundo contemporâneo, especialmente no mundo ocidental, é algo perceptível a todos que tem a tarefa de interpretar a realidade cotidiana. Muitas mudanças de ordem filosófica, cultural, política e sociológica acontecem a todo momento, alterando padrões tradicionais e instalando novos paradigmas sem que as pessoas muitas vezes possam entender o conteúdo dos novos valores e mandamentos, afetando de modo significativo todas as esferas da vida em sociedade.

Trata-se em última análise, da filosofia e cultura denominada pós-modernista buscando substituir o substrato filosófico, cultural e científico que conhecemos como modernidade.

Steven Pinker, autor de obras que buscam analisar esse confuso caldeirão de ideias, teorias e conflitos que permeiam nosso cotidiano, capta esse fato que a todos afeta, quando afirma que *“muitas pessoas estão perplexas com a onda de guerra de justiça social que transbordou do ambiente acadêmico e inundou outras esferas da vida”*.²

Neste trabalho, copiando a estratégia de um texto célebre de Radbruch³, é estabelecida a meta de analisar essa perplexidade, de forma sintética e objetiva, apresentando uma perspectiva acerca da influência desse pós-modernismo no âmbito jurídico, sem qualquer

² Teorias Cínicas, primeira orelha.

³ Cindo Minutos de Filosofia de Direito.

pretensão, frise-se, de dissertar sobre o tema, tratando-se apenas de uma visão pessoal apresentada com o escopo de contribuir para a reflexão dos leitores.

1.º MINUTO: O QUE É PÓS-MODERNISMO?

No final do século XIX, a humanidade ainda saboreava as grandes conquistas trazidas pelo iluminismo, decorrente em grande parte do determinismo científico, que a lançou em uma época hoje denominada de modernidade, caracterizada pela confiança (fé?) na razão, na ciência e no método científico.

O progresso científico e tecnológico, que ocasionou um grande incremento na qualidade e longevidade da vida das pessoas, gerou uma certa arrogância intelectual, que pode ser resumida numa frase atribuída a Lord Kelvin: *“Não existe nada de novo para ser descoberto em física agora, tudo o que resta são experimentos mais e mais precisos.”*⁴

Essa modernidade foi a base sobre a qual foi edificado o mundo contemporâneo, especialmente o mundo ocidental.

Porém, nessa mesma época novas teorias científicas iniciaram o processo de estabelecimento de limites para essa pretensão absoluta da ciência determinista, cuja tese fundamental de propiciar acesso à “verdade” já havia sido questionada por Kant.

No decorrer do século XX, Einstein e suas **teorias da relatividade**⁵; Heisenberg, Planck, Bohr, Schrodinger e outros, com a **Teoria Quântica**⁶; Prigogine com sua **teoria sobre as estruturas dissipativas**⁷, apenas para citar aquelas teorias que se reputa mais relevantes, demonstraram cientificamente que as conquistas da ciência determinista eram parciais e limitadas, e que a humanidade ainda não possuía o conhecimento que permitisse atingir a “verdade”.

Como era natural, essa ruptura na pretensão absoluta da ciência determinista, fruto do próprio desenvolvimento do conhecimento científico, gerou reflexões no campo da filosofia e das denominadas ciências humanas, causando uma reação àquela pretensão absolutista, questionando seus fundamentos e por isso gerando uma visão que se denomina pós-moderna.

Surgem reflexões de pensadores como Michel Foucault, Jaques Derrida, Jean François Lyotard, Richard Rorty e Jean Baudrillard, entre outros, estabelecendo um novo pensamento filosófico, hoje denominado de pós-modernismo, definido pela Enciclopédia Britânica como *“Um movimento do final do século XX caracterizado por amplo*

⁴ Em verdade, não há evidência concreta de que Lord Kelvin tenha efetivamente proferido essa frase, mas ela é regularmente citada para descrever o espírito científico triunfal do final do século XIX. Nesse sentido confira-se “Duas nuvens ainda fazem sombra na reputação de Lord Kelvin”, de Schulz, Peter A., in <https://doi.org/10.1590/S1806-11172007000400006>.

⁵ Como vejo o Mundo.

⁶ Física e Filosofia.

⁷ O fim das certezas.

ceticismo, subjetivismo ou relativismo; uma desconfiança geral da razão, e uma sensibilidade aguçada quanto ao papel da ideologia na afirmação e manutenção do poder político e econômico.”⁸

2.º MINUTO: QUAIS AS PRINCIPAIS TESES DA FILOSOFIA PÓS-MODERNISTA?⁹

Embora a filosofia pós-modernista seja multifacetada e não possa ser identificada como um sistema fechado e harmônico, é possível indicar suas principais teses e objetos de pesquisa, que derivam justamente da crítica à modernidade e à sua pretensão de acesso a um conhecimento da “verdade”.

Conforme teorizam Pluckrose/Lindsay¹⁰, essa corrente filosófica fundamenta-se basicamente em dois grandes princípios e em quatro temas.

Princípios:

Princípio do conhecimento pós-moderno: Caracterizado por um ceticismo radical sobre a circunstância do conhecimento ou a verdade objetiva serem acessíveis e um compromisso com o construtivismo cultural.

Princípio político pós-moderno: A crença de que a sociedade é formada por sistemas de poder e hierarquias, que decidem o que pode ser conhecido e como.

Temas:

A indefinição de fronteiras: Consistente na negativa de validade ao conhecimento científico estabelecido;

O poder da linguagem: Baseado na premissa de que os discursos constroem o saber e controlam a sociedade;

O relativismo cultural: Pressupõe que a verdade e o conhecimento foram construídos pelos discursos dominantes e todas as normas culturais são relativas; e

A perda do individual e do universal: o indivíduo é produto de discursos e conhecimentos culturalmente construídos, assim como os valores universais. Apenas grupos locais e com características comuns (raça, sexo, classe) podem produzir conhecimento.

Todo esse conjunto de princípios e temas permite o surgimento do conceito de pós-verdade, que deriva de um desapego à razão e à ciência, tornando os fatos objetivos menos relevantes que as emoções e as crenças pessoais.

⁸ Postmodernism, Encyclopædia Britannica.

⁹ As afirmações aqui lançadas decorrem da leitura de textos dos filósofos pós-modernistas mencionados e da reflexão acerca de algumas obras indicadas na bibliografia, que estudam o tema do pós-modernismo: O Novo Iluminismo; Racionalidade; Teorias Cínicas; Guerra Cultural; A loucura das massas ; A fé Revolucionária: sua Origem e História.

¹⁰ Teorias Cínicas, pags.21/40.

3.º MINUTO: DE QUE FORMA A FILOSOFIA PÓS-MODERNISTA TEM CONCRETAMENTE AFETADO O MUNDO CONTEMPORÂNEO? (PÓS-MODERNISMO APLICADO)

Os princípios e temas da filosofia pós-modernista tem afetado de forma profunda a sociedade contemporânea, na medida em que ao fazer a crítica do conhecimento e da ciência iluminista (determinista), característica da modernidade, questiona valores e parâmetros que eram (ou ainda são) sustentáculos do mundo contemporâneo, especialmente a validade do conhecimento científico e os valores individuais e universais.

Com base nessa crítica, no final do século XX o ceticismo gerado pelo pós-modernismo e seus princípios e temas são dogmatizados e passam a ser aplicados para engendrar, em setores que vem obtendo hegemonia dentro da academia e em grupos fundamentalistas religiosos e políticos, teorias e principalmente ideologias.

Surge o chamado pós-modernismo aplicado, que está na base daquilo que Douglas Murray denomina “loucura das massas” e que Pluckrose/Lindsay denominam “teorias cínicas”.

Embora negando a possibilidade do conhecimento e da verdade objetiva (negando, portanto, a razão e a ciência), a concepção da sociedade como composta por sistemas de poder e privilégio que constroem o conhecimento é assumida como objetivamente verdadeira e intrinsecamente ligada às construções sociais e identidade, que devem ser desmanteladas em nome da “Justiça Social”. (princípios do conhecimento e político pós-moderno)

Adota-se a denominação de “pós-modernismo aplicado” porque essas teorias e ideologias, embora utilizando os princípios e temas da filosofia pós-modernista, dogmatizam determinados conceitos, criando o que se denomina “pós-verdades”, entrando numa franca contradição com a própria essência daquela corrente filosófica, que justamente não admite verdades absolutas, não admite dogmas em relação ao conhecimento.

Pinker evidencia a irracionalidade e falta de consistência científica dessa forma de pensamento quando afirma que *“o recente lugar-comum de que estamos vivendo numa ‘era da pós-verdade’ não pode ser verdadeiro. Se fosse verdadeiro, não seria verdadeiro porque estaria afirmando algo verdadeiro sobre a era em que estamos vivendo.”*¹¹

Essa contraditória e subjetiva base ontognosiológica gerou várias das teorias e ideologias que hoje inundam e tentam controlar o mundo contemporâneo: Teoria pós-colonial; Teoria queer; Teoria crítica da raça e interseccionalidade; Feminismo e estudos de gênero; Estudos sobre deficiência e sobre o corpo gordo; Estudos sobre “Justiça Social”.

¹¹ Racionalidade, pags.55/56

O que todas apresentam em comum, além de renegarem a razão e a ciência, é uma tentativa de desconstruir todos os principais valores que fundamentam a sociedade, com a finalidade de substituí-los por novos, que além de destruírem os valores universais anteriormente estabelecidos, colocam em xeque também os valores individuais, já que pressupõem que o indivíduo somente tem relevância quando integrado em algum grupo e apenas a partir desse ponto de vista deve ser considerado e ter os seus direitos visualizados.

Outra característica comum é que procuram fragmentar a sociedade em uma miríade de grupos compostos por opressores e oprimidos, apresentando como objetivo declarado a libertação dos oprimidos e com isso gerando inúmeros conflitos entre esses grupos e conflagrando a sociedade, sempre sob o argumento da promoção da “justiça social”.

Trata-se, portanto, de corrente de pensamento que tem influenciado de maneira intensa a sociedade contemporânea, especialmente no mundo ocidental.

4.º MINUTO: QUAL A INFLUÊNCIA CONCRETA DO PÓS-MODERNISMO NO DIREITO?

Conforme os argumentos anteriormente expostos, é evidente que a filosofia pós-modernista e o pós-modernismo aplicado ganharam relevo e inserção em todos os setores da sociedade, incluindo o universo jurídico. Conforme Stephen Hicks, através do pragmatismo e da teoria crítica do direito.¹²

A primeira vertente partindo da premissa de que as teorias abstratas e universais do direito não são confiáveis, tratando-se apenas de ferramentas verbais úteis aos operadores do direito. Inexistindo princípios legais de justiça universalmente válidos, os debates jurídicos acabam se convertendo em batalhas retóricas da vontade, que interpretam os fatos como pós-verdades, resultado de construções sociais que precisam ser desveladas.

Para a segunda vertente, as constituições, as leis e os precedentes jurídicos são essencialmente indeterminados e as afirmadas objetividade e neutralidade do direito uma fraude. As decisões nelas fundadas seriam todas subjetivas e motivadas por preferências pessoais e políticas, consistindo os litígios jurídicos em uma arena movida por vontades antagônicas e pela asserção coercitiva dos interesses de um grupo sobre outros grupos.

As leis seriam um abrigo para os interesses dos grupos dominantes, e a forma de combatê-los seria a asserção firme e contundente dos interesses dos grupos oprimidos.

¹² Guerra Cultural, pag.20.

Conforme um argumento de Luiz Fernando Coelho¹³, o direito, ao invés de ser um instrumento de manutenção da ordem social, deveria ser um instrumento de transformação social.

Em uma análise que se pretende concreta e objetiva em face do que é observável na prática jurídica atual, verifica-se que ela é influenciada em primeiro lugar pela imposição cada vez maior na sociedade das teorias que compõem o pós-modernismo aplicado¹⁴, influenciando de maneira decisiva as ações administrativas e judiciais promovidas em defesa dessas ideologias e as decisões proferidas pelos administradores, juízes e tribunais.

De outro lado, a própria lógica da decisão jurídica é influenciada na medida em que os padrões racionais e científicos tradicionais são substituídos pelo construtivismo cultural, que permite reinterpretar os fatos e as realidades científicas (que seriam apenas construções culturais), e com isso moldar pós-verdades que resultam em decisões muitas vezes diametralmente opostas.

Em recentíssima publicação, um jornal diário tradicional e bastante conhecido, que tem assumido uma postura crítica em relação ao pós-modernismo aplicado, apresentou um podcast com a seguinte descrição: *“Atos insanos, sem lógica. Assassinos, traficantes, corruptos são soltos para voltarem às ruas e ao poder. Deputado que combate à corrupção é cassado. Ministro da justiça ameaça e enquadra a liberdade das redes sociais. STF permite que loucos homicidas e maníacos saiam dos hospitais para a sociedade. A elite política brasileira enlouqueceu. O poder subiu à cabeça. E nós, brasileiros, estamos presos neste hospício.”*¹⁵

Independente de se entrar no mérito da publicação e das decisões mencionadas, a matéria reflete a perplexidade que aflige parcela considerável da sociedade e da comunidade jurídica brasileira em face das repercussões do pós-modernismo no universo jurídico.

5.º MINUTO: ENFRENTAR OU ASSIMILAR O PÓS-MODERNISMO?

Trata-se de uma questão que é vista de maneiras diferentes, dependendo da perspectiva de quem a responde.

Pela perspectiva de Edward Said (pós-colonialismo), Mary Poovey, Judith Butler (feminismo e ideologia de gênero, teoria queer), Derrik Bell, Kimberlé Crenshaw (teoria crítica da raça e interseccionalidade) Sandra Grey, Miranda Fricker, Kristie Dotson, José Medina (ativismo acadêmico e Justiça Social), entre outros, o pós-modernismo aplicado é a solução para transformar a sociedade, tornando-a mais justa, ainda

¹³ Teoria Crítica do Direito, pags.395/403.

¹⁴ Teoria pós-colonial; Teoria queer; Teoria crítica da raça e interseccionalidade; Feminismo e estudos de gênero; Estudos sobre deficiência e sobre o corpo gordo; Estudos sobre “Justiça Social”, já mencionados.

¹⁵ O hospício ditatorial brasileiro, Gazeta do Povo, publicado em 19/05/2023, acessível em <https://www.gazeta-dopovo.com.br/ideias/o-hospicio-ditatorial-brasileiro/>.

que para isso seja preciso destruir as bases da sociedade existente e das suas cinzas construir uma nova.

Para outros, como Steven Pinker, Helen Pluckrose, Camille Paglia, James Lindsay, Douglas Murray, Stephen Ricks, Thomas Sowell, Jordan Peterson, Matt Walsh, entre outros, é uma perspectiva equivocada que precisa ser superada.

A segunda vertente, que pende para o lado da ciência e da razão, se afigura mais adequada.

Porém, considerando que não se trata apenas de enfrentar, mas também de assimilar o que existe de positivo nessas perspectivas.

Assimilar a filosofia pós-modernista em sua crítica à ciência determinista e à pretensão absoluta da razão.

Enfrentar o pós-modernismo aplicado e seus radicalismos, que renegam a razão e a ciência, que dividem ao invés de aproximar, causam conflito ao invés do entendimento, ódio no lugar do amor e da fraternidade, que nos afastam do caminho do progresso.

Assimilar as ideias e conceitos que permitam construir uma sociedade baseada na razão e na ciência dentro da dimensão e dos limites em que os próprios avanços científicos e filosóficos as colocaram, e por isso respeitando e analisando também outras formas de conhecimento que transcendam esses limites.

Para usar uma alegoria, devemos nos imaginar em uma ponte que liga o passado ao futuro.

A pretensão da ciência determinista era que ao caminharmos pela ponte, utilizando os conhecimentos científicos, poderíamos olhar para trás e enxergarmos como tinha sido o passado. Ao olhar para frente, poderíamos deduzir como seria o futuro, e com esse tipo de conhecimento seria possível planejar esse futuro e corrigir eventuais erros do passado. Teríamos o domínio de nossas vidas e de nosso destino.

No final do século XIX e durante o século XX os avanços produzidos pela própria ciência mostraram que essa pretensão era infundada.

Einstein, com as suas teorias da relatividade, desvelou as limitações da ciência tradicional em sua tentativa de explicação do macrocosmo.

Heisenberg e os demais idealizadores da teoria quântica cumpriram a mesma função em relação ao microcosmo.

Finalmente, Prigogine também demonstrou as limitações da ciência determinista em relação ao cosmo, ao nosso cotidiano.

A ciência demonstrando os próprios limites e imperfeições, especialmente a sua incapacidade para apresentar respostas definitivas à humanidade, de desvelar a “verdade”.

A razão e a ciência, porém, precisam continuar sua caminhada em busca da “verdade”, mas reconhecendo que ainda há um caminho longo e difícil a percorrer, com muitas perguntas a descobrir e muitas respostas a encontrar.

Assim, voltando à nossa posição na ponte, nos vemos em face desses “avanços” da ciência, em uma situação em que ao caminhar-mos por ela e olharmos para trás, enxergamos apenas um pouco do passado. Não temos o conhecimento completo de nossas origens. Podemos apenas construir algumas perspectivas, sem a certeza de que estão corretas.

Da mesma forma, ao olharmos para a frente com o produto de nosso conhecimento científico, podemos apenas enxergar um pouco, até certo limite, e mesmo assim vislumbramos não apenas um caminho possível, mas vários. E também descobrimos que muitas opções feitas no passado produziram resultados que não são suscetíveis de ser corrigidos por esse mesmo conhecimento científico.

Um momento em que muitos sentem a “náusea” (Sartre) ou a “angústia” (Heidegger) em face de nossa condição de seres humanos com conhecimentos limitados vivendo num universo que não conseguimos explicar ou controlar de forma plena e segura, e com isso se desesperam.

Outros, no entanto, como José Ortega y Gasset¹⁶ e Steven Pinker¹⁷, olhando o passado visível e o progresso obtido, vislumbram nesse caráter impreciso e limitado da razão e da ciência contemporânea (sempre revitalizada por novas teorias e descobertas) a possibilidade de criar perspectivas que nos forneçam rumos para projetar um futuro e trilhar os escorregadios caminhos da existência.¹⁸

Nesse sentido, parece-me que é preciso voltar a privilegiar a razão e a ciência como principais vetores para o progresso social, para propiciar uma vida melhor e mais feliz à sociedade.

Mas reconhecendo também que não sendo a razão e a ciência absolutas, é preciso também respeitar outras formas de conhecimento que se apresentam ao ser humano, como a religião, a fé e a intuição, que sempre acompanharam a humanidade e que não podem ser racionalmente e cientificamente rejeitadas pelo conhecimento hoje existente.

E neste ponto, uma perspectiva que se desvela, afastando o irracionalismo pós-modernista e mantendo a razão e a ciência (dentro desses novos limites) como os fundamentos basilares do Direito, é vislumbrá-lo como o caminho para dirimir os eventuais conflitos surgidos, através do diálogo democraticamente estabelecido, baseado no reconhecimento dos direitos individuais e dos valores universais,

16 Origem e Epílogo da Filosofia.

17 O Novo Iluminismo.

18 Parafraseando Ortega.

que busca aproximar os seres humanos e harmonizar suas condutas e permitir a continuidade do progresso da humanidade, em compasso, ao menos em parte, com as propostas de Pinker e a doutrina de Habermas.

Pinker argumenta que devemos manter a visão de mundo “...*alicerçada em fatos e inspirada nos ideais do Iluminismo: razão, ciência, humanismo e progresso. Os ideais do Iluminismo são atemporais, como espero demonstrar, e nunca foram mais relevantes do que agora*”.¹⁹

De seu lado, Habermas leciona que, “O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais, precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.”²⁰

Nesse sentido, já expusemos anteriormente que é “fácil perceber que a ideia de democracia colaborativa é o ponto comum entre o discurso habermasiano e o Código de Processo Civil. A esse respeito, o regime democrático representa, ainda que sob um enfoque extremamente simplista, a expressão da vontade do povo. Sob este viés democrático, o Código de Processo Civil de 2015 consagra a comunicação límpida e sincera entre as partes, regida pela lealdade, boa fé e cooperação na busca de uma solução processual que atenda às diretrizes constitucionais. Este comportamento, esteado na constitucionalização do processo, almeja, a um só tempo, dirimir eventuais empecilhos processuais, com respeito ao devido processo legal e, ainda, a consensualidade quanto ao litígio material, que possibilite uma maior pacificação social.”²¹

Não se deixa de reconhecer que remanescem inúmeras críticas e objeções a essa proposta. Porém, parece-nos ser aquela que no presente momento vivido pela humanidade e dentro dos limites que nossa razão e nossa ciência permitem vislumbrar, é a que pragmaticamente oferece a melhor alternativa e o melhor caminho para trilharmos ante os dilemas e desafios da contemporaneidade.

Em nosso modesto entendimento, talvez esse seja o rumo para se buscar uma possível e razoável justiça social!

19 O Novo iluminismo, pag.16.

20 Direito e Democracia entre facticidade e validade, pag.242.

21 O Código de Processo Civil de 2015 e a teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas, pag.13.

REFERÊNCIAS

Baudrillard, Jean. **Esquecer Foucault**. Ed. Rocco, 1984.

Bellinetti, Luiz Fernando. Direito e Processo. **Processo e Constituição**. São Paulo. Ed. RT, 2006, pags. 816-826.

Benvenhu, Ricardo ; Bellinetti, Luiz Fernando. O Código de Processo Civil de 2015 e a teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 7, p. 1-18, 2022.

Coelho, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, Ed. Livros HDV, 1987.

Derrida, Jacques. **Gramatologia**, Ed. USP, 1973.

Einstein, Albert. Como vejo o Mundo. **Nova Fronteira**, 5.^a ed., 1981.

Encyclopædia Britannica, 19 de julho de 2019, [britannica.com/topic/postmodernism-philosophy](https://www.britannica.com/topic/postmodernism-philosophy) (acessado em 15 de agosto de 2019).

Foucault, Michel. **Vigiar e Punir**. Ed. Vozes, 1977.

Gazeta do Povo. **O hospício ditatorial brasileiro**, publicado em 19/05/2023, acessível em <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/o-hospicio-ditatorial-brasileiro/>.

Habermas, J. **Consciência moral e agir comunicativo**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

1989. / **Direito e Democracia entre facticidade e validade**, vol II. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.

Heisenberg, Werner. **Física e Filosofia**, Ed. UNB, 1981.

Hicks, Stephen R.C. **Guerra Cultural**, Ed. Faro Editorial, 2021.

Liotard, Jean-François. **A condição pós-moderna**, Ed. José Olympio, 2009.

Murray, Douglas. **A Loucura das Massas**, Ed. Record, 2021.

Ortega y Gasset, José. **Origem e Epílogo da Filosofia**, Livro Ibero Americano, 1963.

Paglia, Camille. **O pós-modernismo é uma praga para mente e coração**. Acessível em <https://faustomag.com/camille-paglia-o-pos-modernismo-e-uma-praga-para-mente-e-coracao/>. Consultado em 03/09/2023.

Pluckrose, Helen/ Lindsay, James. **Teorias Cínicas**, Ed. Faro Editorial, 2021.

Pinker, Steven. **O Novo Iluminismo**, Ed. Cia. Das Letras, 2018. / **Racionalidade: o que é, por que parece estar em falta, por que é importante**, Ed. Intrínseca, 2021.

Prigogine, Ilya. **O fim das certezas**, Ed. Unesp, 1996.

Radbruch, Gustav. **Cinco Minutos de Filosofia de Direito**. Apêndice II, pags.415/418, **Filosofia do Direito**. Ed. Armenio Amado, 5.^a ed., 1974.

Rorty, Richard. **Objetivismo, Relativismo e verdade**, Ed. Relume Dumará, 2002.

Schulz, Peter A. **Duas nuvens ainda fazem sombra na reputação de Lorde Kelvin**”, in <https://doi.org/10.1590/S1806-11172007000400006>.

Sowell, Thomas. **A busca da Justiça Cósmica**. 2.^a ed. LVM Editora.

FORTALECIMENTO DO SISTEMA MULTIPORTAS À LUZ DA *DISCOVERY*: A EXPERIÊNCIA NEGOCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS

*THE STRENGTHENING OF THE MULTI-PORT
SYSTEM: THE NEGOTIATING SYSTEM
OF EVIDENCE PRODUCTION*

Anna Luiza Massarutti Cremonezi¹
Patricia Ayub da Costa²
Tânia Lobo Muniz³

¹ Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Advogada. Graduada em Direito pela UEL. E-mail: cremoneziannaluiza@gmail.com

² Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito Negocial pela UEL, Docente da graduação e da pós-graduação em Direito da UEL, Coordenadora da Especialização em Direito do Estado da UEL, Vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. E-mail: patricia.ayub@uel.br.

³ Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP, Docente da graduação e da pós-graduação em Direito da UEL, Procuradora Jurídica da UEL. E-mail: lobomuniz@uel.br



INTRODUÇÃO

Cada Estado tem características que lhe são peculiares em termos de cultura, convívio social, sistema jurídico e econômico. Deste modo, o Direito, na medida em que reflete a sociedade, também impacta e é impactado pelos costumes, cultura e comércio. Tem-se, em cada país, em cada cultura, a formação de um sistema jurídico equivalente e adaptado, que, ainda que se assemelhe a outro, tem, também, suas singularidades.

Como consequência da diferença ontológica dos sistemas judiciais, surgiram ordenamentos jurídicos com características e necessidades diversas, mas com um mesmo objetivo, qual seja a melhor aplicação do direito abstrato aos fatos. Na vertigem processual, essas características deram origem a sistemas funcionalmente diversos, mas com o mesmo objetivo, qual seja o desenvolvimento de um sistema seguro e efetivo de administração da justiça civil.

Os mais conhecidos sistemas jurídicos são o *common law* e o *civil law*. O *common law* é fortemente baseado nos costumes e nas decisões judiciais, caracterizado por um direito probatório prático, fundado a partir dos atos judiciais e fortemente direcionado à obtenção da verdade real dos fatos. Já o *civil law*, que tem sua base nos atos normativos formais, dá origem a um direito probatório igualmente formal, fortemente direcionado às garantias fundamentais.

No entanto, essa dicotomia jurídica e processual não sobreviveu ao fenômeno da globalização, não sendo mais tão marcado e abrindo espaço à relativização dos institutos e à importação de instrumentos, ou seja, diferenças que eram muito nítidas no passado, tornaram-se linhas tênues na contemporaneidade. Com a difusão dos usos e costumes de cada Estado, também as práticas jurídicas se pulverizam ao redor do mundo, principalmente após os juristas perceberem que poderiam encontrar em outros ordenamentos a cura – ou, ao menos, um bom remédio – de suas (para as suas) dores.

Neste contexto do direito comparado, o desenvolvimento do sistema multiportas nos Estados Unidos suscita uma importante indagação para o Brasil: quais medidas podem ser adotadas para promover o desenvolvimento de métodos adequados de solução de conflitos? Assim, surge a hipótese de que a incorporação do sistema negocial de produção de provas, com base no modelo norte-americano, poderia representar uma estratégia vantajosa para fortalecer o sistema multiportas brasileiro.

O objetivo geral deste estudo é, portanto, demonstrar que a adoção das técnicas do sistema negocial de produção de provas norte-americano na jurisdição brasileira teria o potencial de impulsionar significativamente os métodos adequados de solução de conflitos. Os objetivos específicos incluem a identificação do funcionamento do sistema norte-americano de produção de provas em contextos negociais, a análise dos impactos dessa abordagem na formação de um sistema multiportas eficiente e a interpretação dos possíveis caminhos para a sua integração de forma harmoniosa no sistema jurídico brasileiro.

1 O DISCOVERY COMO SISTEMA NEGOCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NORTE-AMERICANO

Neste momento, objetiva-se identificar como funciona o sistema de produção de provas norte-americano, bem como a função desempenhada pela prova e o seu caráter negocial.

Eduardo Cambi⁴ define a prova como o elemento que forma o meio de demonstrar o conhecimento de alguma coisa, sendo, no processo civil, o instrumento que as partes dispõem para persuadir o juiz. Explana, ainda, que é uma atividade de meio, ao passo que é disponibilizado às partes para comprovarem suas alegações; é atividade em função do procedimento de admissibilidade, produção e valoração ao qual é submetido; é, também, resultado, pois busca a verdade dos fatos ou o conhecimento criterioso e objetivo de como os fatos realmente aconteceram.

⁴ CAMBI, Eduardo. O Direito À Prova No Processo Civil. *Revista Da Faculdade De Direito Da UFPR*. Curitiba: 2000, vol. 34, p. 143-159, 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1836/1532>. Acesso em 24 set. 2023, p. 149 – 151.

A prática litigiosa americana se dá de forma distinta da brasileira, com diferença no posicionamento e no desenvolvimento dos atos, sendo ela notoriamente adversarial, com alta liberdade estratégica, que permite o intercâmbio de informações e a produção de provas, inclusive, sem interferência do Judiciário⁵.

É nesse contexto que se encaixa o *Discovery*, ferramenta pela qual o advogado investiga a realidade fática com vistas a demonstrar o seu caso. Em análise conjunta ao conceito da prova anteriormente demonstrado, vê-se que, no sistema norte-americano, a prova possui a função de primeiramente convencer os litigantes e, então, o juízo.

O *Discovery* enquanto instituto do direito anglo-americano, além do método eleito de produção da prova, consubstancia-se em uma técnica processual, constituindo uma fase procedimental específica, marcada pela liberdade das partes. Altamente influenciado pelo sistema que integra, possui as características de um gerenciamento liberal do procedimento adversarial, sendo concedida ampla liberalidade às partes, que determinam como será a dilação probatória, respeitando as diretrizes impostas pela *Federal Rules of Civil Procedure* e recorrendo ao Estado apenas em casos excepcionais.

Traz-se, então, à esma o conceito clássico, apresentado pela Cornell Law School, em seus comentários às *Federal Rules of Civil Procedure*⁶:

Sob a abordagem liberal de produção de provas, os demandantes que suspeitam fortemente que foram prejudicados podem entrar com uma ação, ainda que não tenham evidências sólidas de seu direito. Durante o *Discovery*, eles podem forçar a contraparte a dar a eles acesso à prova que construa o seu caso⁷.

De forma semelhante, a Suprema Corte Americana⁸ ensina que o procedimento do *Discovery* é o meio pelo qual uma parte descobre a visão da contraparte do que efetivamente ocorreu, servindo como um mapa que permite que se tenha a visão de quando e como as coisas ocorreram, proporcionando a coleta dos pontos fortes e fracos tanto do seu caso quanto do caso do seu oponente, além de demonstrar os pontos controvertidos.

5 PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pretrial)**. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

6 CORNELL LAW SCHOOL. **Discovery**. Nova York: N.D. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/discovery>. Acesso em 30 out. 2021.

7 Tradução nossa, no original: “Under the rules liberal discovery approach, plaintiffs who strongly suspect that they were wronged can file a lawsuit, even if they do not have solid evidence. During discovery, they can force the defendant to give them evidence that they can use to build their case.”

8 SUPREME Court. **Discovery Basics**. Supreme Court BC. Disponível em: <https://supremecourtbc.ca/civil-law/before-trial/discovery-basics>. Acesso em 10 set. 2023

O posicionamento é reiterado por Rafael Gomiero Pitta⁹:

A lógica da Discovery – e daí seu impacto revolucionário – permite que as partes, antes da fase de julgamento, tenham acesso aos documentos e informações que constituem o caso da parte adversa, revelando reciprocamente as características mais fortes e fragilidades do caso.

Além disso, reforça-se também a finalidade epistemológica e pragmática do procedimento que serve à investigação de todas as matérias de fato que não estejam cobertas pelo sigilo, permitindo que as partes analisem a viabilidade da demanda.

Na medida em que as partes são capazes, através de cuidadosas inquirições, de testar a força do caso do oponente e verificar suas chances de sucesso em um futuro julgamento, a discovery também corresponde a um instrumento de promoção de acordos. Mesmo se a discovery não eliminar a necessidade do trial, se adequadamente utilizada, ela ajudará na produção de um trial sólido e justo¹⁰.

Ademais, há também a diferença conquanto ao desenvolvimento do processo, eis que no sistema brasileiro tem-se um único momento do processo e no sistema americano (assim como em demais sistemas do *common law*) tem-se a divisão em dois: o *pretrial* e o *trial*. Neste ponto, o sistema *pretrial* é marcado pela liberdade negocial que é concedida às partes conquanto à gestão processual¹¹. A fase do *pretrial* “é conduzida pelos próprios advogados das partes, contando excepcionalmente com a presença do juiz, apenas para evitar abusos ou resolver questões atinentes, por exemplo, à recusa de uma das partes em apresentar as provas”¹².

Assim como explanado por William D. Park¹³, no procedimento do *Discovery*, as partes têm a liberdade de regular os limites da investigação probatória, sendo que o órgão julgador possui relativo poder de adequação, mas há a prevalência da vontade negocial das partes.

De forma semelhante, Rafael Gomiero Pitta¹⁴ reforça que a litigância no sistema judicial de tradição anglo-americana se baseia em abordagens significativamente diferentes em relação ao posicionamento

9 PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pre-trial)*. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

10 FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *Discovery*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 204, 2012, p. 131 – 152, p. 140, 2012.

11 PITTA, Rafael Gomiero. CAMBI, Eduardo. Direito Anglo-americano e as soluções pré-processuais (e de pré-julgamento) para os Litígios Cíveis. *Revista de Processo*, vol. 308, p. 289-318, out. 2020, p. 300.

12 PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 252.

13 PARK, William. *Discovery. Arbitration: The international Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 48, n. 4, p. 352 - 357, mai. 1982. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/51.2/AMDM1985026>. Acesso em 24 set. 2023.

14 PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pre-trial)*. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

e à evolução dos procedimentos da *civil law*, especialmente quando se considera o sistema adversarial. Esse sistema coloca as partes em uma posição de liberdade estratégica, permitindo que conduzam certas atividades de troca de informações e, em alguns casos, até mesmo de obtenção de provas sem intervenção direta do Judiciário.

Nesse sentido, Marco Antônio Rodrigues e João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel, analisando de forma comparativa os sistemas da *common e civil law*, demonstram que aquele busca uma harmonia entre o sistema judicial e a vontade negocial das partes, qualificando os resultados do *Discovery* como “molas propulsoras para um aumento na atividade negocial entre as partes”¹⁵.

Nessa toada, William D. Park¹⁶ expõe que referido procedimento tem duas fases essenciais: o momento no qual as partes são obrigadas a apresentarem todos os documentos relevantes e o momento no qual as partes colhem os respectivos depoimentos de modo a estabelecerem os fatos.

De forma similar, John K Gatenby¹⁷ salienta a existência de duas fases do procedimento, expondo que, a primeira, realmente poderia ser denominado *Discovery*, pois tem-se a enumeração, pelos litigantes, de todos os documentos que têm em sua posse, custódia ou poder relativos ao conflito. Ainda, reforça o autor, que o procedimento adotado costuma trazer a elaboração de uma lista dúplice, apontando, também, os documentos que não mais se encontram disponíveis ao *Discovery*.

Já em relação à segunda fase do procedimento, John K Gatenby¹⁸ diverge, defendendo ser esse, em realidade, o momento no qual os litigantes avaliam as listas e os documentos apresentados pela contraparte, podendo ser feito o pedido de novos documentos ou provas que se acredita estar em posse da contraparte. O autor denomina essa fase de *Inspection*.

William D. Park¹⁹ também delineia que, além da apresentação das provas para montar seu caso, existe a possibilidade de o tribunal determinar a produção de documentos ou provas específicas.

Ressalta-se, ainda, que, em respeito ao sistema federalista americano, apesar de existirem diretrizes que deverão ser respeitadas, esse procedimento ainda pode ser moldado e adequado pelas cortes locais em observância aos seus costumes e às suas necessidades²⁰.

15 RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A Preparação Do Processo Civil: Produção Antecipada De Provas, Diligências Preliminares, Pretrial Discovery E Os Pre-Action Protocols. *Revista de Processo*, vol. 290, p. 413 – 438, abr. 2019, p. 435.

16 PARK. Op. Cit., p. 355.

17 GATENBY, John K., *Discovery – is it Really Necessary?* *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 51, n. 4, p. 539-547, 1985, p. 539-540. Disponível em <https://kluwer-lawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/51.4/AMDM1985061>. Acesso em 24 setembro 2023.

18 Ibidem, p. 539-540.

19 PARK. Op. Cit., p. 139.

20 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 19, n. 3, set- dez, 2018. Disponível em <https://vlex.com.br/vid/gestao-conflitos-unidos->

Vê-se, então que, no *Discovery*, a produção da prova será feita antes do processo principal (*trial*), fase essa que corresponde à instauração do processo civil brasileiro, ocorrendo por requerimento de uma das partes à outra, podendo, ou não, ser esse pedido submetido à apreciação de um juízo, a depender da atitude das partes e da efetividade na entrega dos documentos e oitiva das partes, testemunhas e peritos. É neste momento que se percebe o caráter negocial da produção de provas.

Diante do exposto, fica clara a importância do sistema do *Discovery* como um modelo altamente eficaz e negocial de produção de provas no contexto jurídico norte-americano. A concepção da prova como um instrumento destinado não apenas a convencer o juiz, mas também a persuadir as partes envolvidas no litígio, revela a essência desse sistema. A liberdade estratégica concedida às partes, que podem gerenciar a investigação probatória de forma ampla, respeitando diretrizes legais, reflete a natureza flexível e adaptável desse procedimento.

O *Discovery* não apenas permite que as partes avaliem a força de seus casos, mas também promove a troca de informações e contribui para a promoção de acordos. Além disso, a divisão do processo em pré-julgamento e julgamento, com a primeira fase marcada pela liberdade negocial das partes, demonstra a harmonia entre o sistema judicial e a vontade das partes. Essa abordagem flexível e adaptável é uma mola propulsora para o aumento da atividade negocial entre as partes, destacando a relevância desse sistema para a resolução efetiva de conflitos. Portanto, a adoção de elementos do sistema de *Discovery* no contexto brasileiro pode representar uma estratégia promissora para fortalecer o sistema multiportas e aprimorar a administração da justiça cível no Brasil, conforme continua-se a investigar.

2 A LÓGICA DO SISTEMA NEGOCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS E O FORTALECIMENTO DO SISTEMA MULTIPORTAS

Neste tópico, será explorado como a lógica do sistema de produção de provas norte-americano se apresenta como um componente altamente favorável à estruturação e eficácia do sistema multiportas. Como o tópico anterior solidificou a importância do *Discovery* como um sistema negocial, agora será analisado de que forma esse modelo de produção de provas, enraizado no contexto dos Estados Unidos, desempenha um papel crucial no incentivo à autocomposição e fortalecimento do sistema multiportas no contexto jurídico brasileiro.

Eduardo Cambi²¹ reforça que, dentro da lógica processual norte-americana e do sistema multiportas, objetivando evitar ações

-no-773301733. Acesso em 24 set. 2023, p. 385.

21 CAMBI, Eduardo. *Discovery No Processo Civil Norte-Americano E Efetividade Da Justiça Brasileira*. Revista de Processo, vol. 245/2015, p. 425-444, jul. 2015, p. 429.

levianas e dispendiosas, o sistema do *Discovery* faz com que diversas questões sejam extintas por acordo, desistência, falta de solidez ou inviabilidade de comprovação.

Carlos Alberto Carmona²² complementa ao ressaltar que o escopo da técnica é impor às partes, mediante requisição do outro lado, o dever de revelar todas as informações atinentes ao conflito. O autor ainda reforça a regularização do procedimento com a edição de leis federais processuais, denominadas *Federal Rules of Civil Procedure*, que aumentaram a aplicação do procedimento.

Ainda, em relação ao objeto do *Discovery*, Francis Perondi Folle²³ ensina que os principais objetivos do *Discovery* consistem em possibilitar que ambas as partes tenham acesso às evidências detidas pela parte adversária e obtenham elementos de prova que possam ser proveitosos. O *Discovery* abrange um escopo bastante amplo: a investigação pode abordar qualquer questão não protegida por alguma forma de sigilo, desde que seja relevante para o assunto em discussão no processo. Como resultado, o *Discovery* pode ser utilizado para investigar questões indiretamente relacionadas aos pontos fundamentais delineados nas alegações iniciais. Um exemplo dessa amplitude é a capacidade do réu de examinar as lesões prévias sofridas pelo autor em um processo de reparação de danos pessoais.

Ainda, a efetividade ou utilidade de uma técnica processual deve ser sempre considerada a partir da análise feita pelos juristas que utilizam o procedimento; segue, então, a avaliação positiva do instituto por George Ragland Jr., para quem “juízes e advogados dos países que permitem um procedimento pleno e amplo de *Discovery* antes do processo principal relatam que esse tem tido um efeito satisfatório no processo litigioso”²⁴, ressaltando que o advogado que não se utiliza dessa técnica age como um médico que trata uma séria contusão sem o uso de raio-x²⁵.

Inclusive, posicionamento semelhante é adotado por Edson Sunderland, um dos idealizadores do *Discovery*, para quem um sistema que permita ocultações na fase inicial faz com que as cortes tenham um alto fluxo de ações e defesas inconsistentes, fraudulentas e fictícias, além da inevitável surpresa e confusão na fase decisória²⁶.

Em suma, o trabalho do julgador é simplificado nos países em que é aplicado o *Discovery*, eis que muitos casos são eliminados antes que

22 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem E Processo: Um Comentário À Lei n. 9.307/1996*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 314.

23 FOLLE, Op. Cit. p. 136.

24 Tradução nossa, no original “Judges and lawyers in the states which allow a full and mutual discovery before trial say that it has had a salutary effect upon the whole tenor of the litigious process.” RAGLAND JR, George. *Discovery before trial*. Chicago: Callaghan and Company, 1932. Disponível em https://repository.law.umich.edu/michigan_legal_studies/16/. Acesso em 24 set. 2023, p. 251.

25 “The lawyer who does not use discovery procedure is in the position of a physician who treats a serious case without first using the X-ray”. RAGLAND JR, op. cit, p. 251.

26 SUBRIN, 1998, p. 691 *apud* PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pretrial)*. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

esses sequer cheguem ao Tribunal. Há maior clareza na definição dos pontos controvertidos e eliminação dos elementos surpresa nos casos que são efetivamente julgados, o que contribui com a administração da justiça²⁷.

Neste aspecto, Pitta²⁸, analisando o baixo número de processos em tramitação nos sistemas de tradição inglesa, ressalta que a etapa pré-julgamento atua como um mecanismo eficaz de seleção para o sistema de justiça, resultando no encerramento da maioria dos casos. Portanto, essa fase é responsável pela conveniência quantitativa do sistema e, teoricamente, contribui para a melhoria da qualidade das decisões judiciais.

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, Julio Guilherme Müller²⁹ ressalta que quanto mais assimétrica forem as informações, maiores serão as chances de litigância e nesse sentido, o *Discovery pretrial* é um mecanismo eficiente de redução da assimetria da informação, o que incentiva a autocomposição, trazendo o autor, inclusive, dados de Taiwan que comprovam empiricamente os benefícios do *Discovery* implementado no país, aos moldes do modelo norte-americano.

A princípio, duas vantagens são trazidas pela técnica: 1) a diminuição dos processos judiciais, com a diminuição do litígio pelo melhor tratamento do conflito e 2) a maturação do processo, que já parte da realidade, com melhor elaboração e direcionamento dos pontos controvertidos.

Nesse sentido, José Aurélio de Araújo³⁰, partindo da dogmática da verdade como valor fundamental do processo, defende que a estruturação bifásica bem definida do procedimento leva a maior valorização da fase preparatória do litígio judicial; por sua vez, isso ocasiona a ampliação da influência das partes na condução do conflito, incrementando a capacidade destas de influírem na gestão da lide em função da investigação e da descoberta dos fatos. Tem-se uma concessão de autonomia processual às partes, o que incentiva a participação, a cooperação e a influência das partes na gestão do conflito, valorizando o contraditório e a oralidade, melhorando a cognição judicial em um modelo dialético de processo.

Eduardo Cambi³¹ reforça que “a correta reconstrução dos fatos no processo, mediante a utilização das provas, possibilita a realização de decisões justas”. Inclusive, em relação à importância da prova dentro do processo civil, traz-se à tona a teoria do direito funda-

27 PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pretrial)*. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

28 Ibidem.

29 MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 372-373.

30 ARAÚJO, José Aurélio. A Eficácia Epistêmica Da Fase Preparatória Do Processo Bifásico, *Revista de Processo*, vol. 241, p. 369 – 410, mar. 2015.

31 CAMBI, Eduardo. O Direito À Prova No Processo Civil. *Revista Da Faculdade De Direito Da UFPR*. Curitiba: 2000, V. 34. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1836/1532>. Acesso em 24 setembro 2023, p. 148.

mental à prova como um consectário do direito de acesso à justiça, figurando, como integrante do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio. Nesse contexto, o processo é garantia para conter o arbítrio do Estado, conforme vê-se na própria Constituição Federal que consagrou, dentre outros, o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV), a não utilização de provas ilícitas (art. 5º, LVI), à inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, XXV), à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e à fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Sobre o tema, Humberto Theodor Júnior³² reforça que “sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos”, já que “a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova.”

Vê-se, de forma clara, o direito fundamental à prova enquanto elemento essencial à administração da justiça, impondo, tanto ao legislador quanto ao órgão jurisdicional, o dever de observarem a relação teológica, a admissibilidade e os meios da prova, além da distribuição do ônus, sendo a busca pela verdade um pressuposto ético do processo justo³³.

Nesse sentido, há também de ser abordada a teoria do direito autônomo da prova, sedimentado pelo jurista Flávio Luiz Yarshell³⁴, para quem a prova possui, além da função de convencer o julgador, precipuamente a função de convencer as partes, sendo imperiosa a sua produção ainda que como mero consequente do direito à investigação. Essencialmente,

O caráter autônomo da prova reside, portanto, na circunstância de que ela não é produzida para informar, direta ou imediatamente, a convicção do juiz, com vistas ao julgamento estatal. A prova é produzida essencialmente para que as partes possam dela extrair elementos a nortear a sua conduta, fora ou dentro do juízo.³⁵

Dessa forma, nota-se que existem fortes justificativas para se afirmar que o procedimento do *Discovery* é demasiadamente benéfico, pois proporciona a averiguação da verdade antes mesmo da instauração do litígio (*trial*), que pode nem vir a acontecer ou, se acontecer, estará mais maduro.

Em conclusão, a lógica do sistema do *Discovery* emerge como um pilar fundamental no fortalecimento do sistema multiportas tanto

32 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum, vol. I, 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.005.

33 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 543.

34 YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319-320.

35 Ibidem, p. 332-333.

no contexto da *common law*, quanto da *civil law*, o que pode contribuir para a autocomposição no contexto jurídico brasileiro.

A eficácia do *Discovery* como uma ferramenta negocial de produção de provas é evidente, uma vez que permite que as partes avaliem a solidez de seus casos e troquem informações de maneira eficaz. Essa abordagem leva a um maior número de resoluções extrajudiciais, evitando litígios dispendiosos e morosos. Além disso, a fase de preparação antes do julgamento permite uma maior maturação dos casos, resultando em processos mais bem fundamentados e direcionados.

O sistema do *Discovery* também está alinhado com o direito fundamental à prova, que é essencial para a administração da justiça. Ele assegura que todas as partes tenham acesso às informações relevantes e contribui para a busca da verdade. Além disso, promove a transparência e a clareza no processo, eliminando elementos surpresa e aumentando a confiabilidade das decisões judiciais.

Portanto, a incorporação de elementos do sistema do *Discovery* no contexto brasileiro pode ser uma estratégia valiosa para fortalecer o sistema multiportas, fundado no art. 3º do Código de Processo Civil, promovendo a resolução efetiva de conflitos e aprimorando a administração da justiça. Essa abordagem não apenas simplifica o trabalho do julgador, mas também contribui para a redução do número de processos em tramitação e para a melhoria qualitativa das decisões judiciais. Em última análise, o sistema do *Discovery* é um exemplo de como a lógica negocial pode revolucionar positivamente a resolução de litígios.

3 A POSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DO DISCOVERY AO SISTEMA BRASILEIRO

Com vistas ao objetivo principal dessa pesquisa, qual seja, demonstrar que a introdução da lógica negocial de produção de provas americana, notadamente simbolizada pelo *Discovery*, no ordenamento jurídico brasileiro constitui uma estratégia para o fortalecimento do sistema multiportas, passa-se então à análise das possíveis consequências de uma ampliação da interação jurisdicional, com adoção dos demais elementos essenciais ao *Discovery*, notadamente a liberdade concedida às partes em relação à dilação probatória.

Dentro do sistema norte-americano, as provas possuem relevância tão grande que a mudança paradigma na forma de sua produção dentro do ordenamento jurídico norte-americano, com sua alta sofisticação, geraram resultados demasiadamente significativos, com a ampliação do uso da Justiça Multiportas e dos índices de resolução de

conflitos³⁶ pela via consensual, no patamar de quase 70% de acordos na década passada³⁷.

Na prática, com a ampliação do uso do *Discovery*, percebe-se o progressivo decréscimo no número de processos resolvidos no âmbito judicial norte-americano. Em 1936, apenas 20% de todas as demandas ajuizadas em cortes federais foram resolvidas pelos tribunais; em 1940, a proporção de casos diminuiu para 15,2%; em 1952, o número regrediu para 12%; em 1972, para 9,1%; em 1982, para 6,1%; e, em 1992, para 3,5%. Já em 2002, somente 1,8% das ações propostas eram levadas à resolução pelo Poder Judiciário³⁸.

Cenário bastante diverso ocorre no Brasil, onde existe um alto índice de litigiosidade e de congestionamento judicial.

O relatório Justiça em Número 2023³⁹ demonstra que, no ano de 2022, houve o ajuizamento de aproximadamente 31,5 milhões de novos processos sendo que foram baixados 30,3 milhões de processos. O relatório calcula que, ainda que não houvesse o ajuizamento de novas demandas, levariam aproximadamente 2,8 anos de trabalho para que fosse promovida a baixa de todos os autos – isso contando com a manutenção da produtividade atual dos magistrados e servidores.

Como seria possível interagir o sistema jurídico brasileiro com o *Discovery*? Bem, a resposta está no art. 381 e seguintes do Código de Processo Civil.

Como ensinado por Humberto Theodoro Júnior⁴⁰, na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, tem-se a concessão, às partes, da possibilidade de alterar o momento de produção da prova, em face da sua necessidade e da sua conveniência, sem impor, no entanto, a obrigatoriedade da deslocação, tendo caráter facultativo. Tem-se a possibilidade da Ação de Produção Autônoma da Prova, regulamentada pelo art. 381 e ss. do CPC.

Com a edição do CPC, o legislador permitiu às partes uma nova técnica de condução do processo, notoriamente eficaz (vide os índices obtidos pela experiência norte-americana), tomando especial cuidado com as garantias processuais e apresentando meios pelos quais o Judiciário pode evitar o abuso do direito, denominado *fishing expedition*. A antecipação da prova, enquanto mecanismo que traz às partes o conhecimento do suporte fático de futura e eventual demanda voltada à declaração do direito, privilegia a construção de

36 PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pretrial)*. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book, n.p.

37 CANÁRIO, Pedro. EUA optam por mediação para resolver conflitos. *Consultor Jurídico*. [S.l.]: 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jul-02/mediacao-privada-primeira-opcao-resolver-conflitos-eua#:~:text=Em%20n%C3%ADvel%20nacional%2C%20fica%20entre%2060%25%20e%2075%25.&text=Se%20a%20especialista%20Rachel%20Wohl,profundidade%20pela%20Justi%C3%A7a%20de%20Portugal>. Acesso em 07 out. 2022.

38 PITTA, Rafael Gomiero. CAMBI, Eduardo. Direito Anglo-americano e as soluções pré-processuais (e de pré-julgamento) para os Litígios Cíveis. *Revista de Processo*, vol. 308, p. 289-318, out. 2020, p. 430.

39 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2023*. Brasília: 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 24 set. de 2023, p. 92 -95.

40 THEODORO JÚNIOR, Op. Cit., p. 1.162 – 1.163.

soluções autocompositivas que se aproximem, no maior grau possível do direito positivo⁴¹.

Como complementado por Nelson Nery e Nelson Nery Jr.⁴², por ser uma medida excepcional, sua alteração deverá ser fundamentada, de modo, inclusive, a evitar a importação indesejada do *fishing expedition*⁴³, ainda que de forma breve, sem vincular as partes de forma absoluta ou impedir a produção de nova prova ou complementação da já produzida, nem ofender o direito ao contraditório e às demais garantias processuais.

O artigo 381 do Código de Processo Civil brasileiro permite a produção antecipada de provas em três situações: 1. Quando há um receio justificado de que se torne impossível ou muito difícil verificar certos fatos durante o curso da ação judicial. Isso possibilita a coleta de provas antes que elas se tornem inacessíveis ou difíceis de obter. 2. Quando as provas a serem produzidas podem contribuir para a resolução do conflito de forma amigável ou por meio de outros métodos alternativos de resolução, evitando assim um litígio completo. 3. Quando o conhecimento prévio dos fatos pode justificar ou até mesmo evitar o próprio início da ação judicial. Isso permite que uma parte obtenha informações antes de decidir iniciar um processo.

Neste sentido, Daniel Colnago Rodrigues e Francisco de Mesquita Lux⁴⁴, comentando a possibilidade de justificação da produção antecipada de provas, reforça que a possibilidade de construção de soluções adequadas de conflitos, notadamente pela utilização do sistema multiportas é a preocupação de todos os sistemas que privilegiam a antecipação de provas sem o requisito de urgência.

Tal instituto deve ser analisado sob o prisma ontológico do Código Processual de 2015, que tem como princípio norteador a promoção do sistema multiportas. Nessa medida, antecipação da prova como mecanismo de investigação dos fatos, analisada sob o prisma da experiência norte americana, demonstra potencial significativo para o alcance da autocomposição, já que propicia aos titulares do direito a ciência da realidade fática⁴⁵.

41 JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção Antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual in FUGA, Bruno Augusto Sampaio, RODRIGUES, Daniel Colnago, ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Thoth: Londrina, p. 349-364, 2021, p. 358.

42 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em 29 ago. 2022, n.p.

43 Como definido por Rafael Gomiero Pitta, “o termo *fishing expedition* é utilizado para se referir a situações em que uma parte se utiliza dos instrumentos processuais probatórios disponíveis nas cortes para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes para um julgamento in **Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pre-trial)**. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book.

44 RODRIGUES, Daniel Colnago; LAUX, Francisco de Mesquita. Produção Antecipada de Provas sem o requisito de urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In: FUGA, Bruno, RODRIGUES, Daniel Conalço, JOBIM, Marco Felix, ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada de Provas**. 3 ed. Londrina: 2021, p. 139 -148.

45 JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. Produção Antecipada de Prova como técnica processual de incentivo à composição consensual. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio, RODRIGUES, Daniel Colnago, ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada de Provas**. 3 ed. Londrina: 2021, p. 349-364.

Thais Amoroso Paschoal⁴⁶ ensina que

A escolha do legislador por ampliar a técnica da produção antecipada da prova parece ter como mote a confiança de que a obtenção prévia das provas pode desmotivar a propositura da demanda, seja pelo convencimento prévio da parte acerca da falta de sustentação dos fatos que forma a base de sua pretensão, seja porque, uma vez vislumbrando mais claramente a extensão dos fatos que acreditam dar sustentação a seus direitos, as partes busquem uma solução consensual.

Adentrando a hipótese pesquisada, em especial sob o pressuposto teórico de que o sistema multiportas implica que cada conflito seja encaminhado para a técnica de resolução adequada, João Luiz Lessa Neto⁴⁷ traz um posicionamento relevante. Para ele, não é possível a negociação de um conflito ou a sua correta abordagem, sem a pertinente avaliação retrospectiva dos fatos, razão pela qual qualifica a ação de produção antecipada de provas como um meio apto a permitir o melhor desenvolvimento da negociação, denominando-a de técnica integrada e complementar ao sistema multiportas.

Portanto, a utilização de um sistema que permita a revelação prévia de fatos e de provas pode possibilitar uma mudança não apenas no quadro de sobrecarga de processos que se encontra o Judiciário brasileiro, mas também em um novo paradigma cultural de solução de conflitos.

Pensar na implementação das técnicas do *Discovery* no Brasil não significa apenas importar uma medida do direito estrangeiro desconectada da realidade brasileira para solucionar problemas do Judiciário nacional. Trata-se de privilegiar um movimento jurídico contemporâneo que contempla a agilidade dos procedimentos, a resolução de casos com a primazia da autocomposição e do efetivo acesso à Justiça em detrimento de processos demorados e sem resolução satisfatória⁴⁸.

Mudanças que pudessem interferir na cultura judicial refletiriam no sistema judiciário brasileiro. A adoção do *Discovery* não alteraria o direito constitucional das partes em buscar o Judiciário para resolver seus litígios. Não haveria prejuízo ao acesso à Justiça, mas a racionalização do procedimento probatório evitaria demandas infundadas ou a prática de atos processuais inúteis, o que permitiria que o Judiciário se concentrasse na análise das provas e na qualidade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro pode aprender com as lições preconizadas nos Estados Unidos, promovendo e incentivando a significativa alteração do modo de produção da prova, com o fortalecimento do instituto da Produção Antecipada

⁴⁶ PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 250.

⁴⁷ LESSA NETO, *op. cit.*, p. 272-275.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *Discovery No Processo Civil Norte-Americano E Efetividade Da Justiça Brasileira*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 245/2015, p. 425-444, jul. /2015, p. 429.

da Prova. Tal alteração permitiria, além do ajuizamento de demandas mais maduras (o que contribui à técnica e à gestão processual), a implementação do sistema multiortas, com o fortalecimento dos métodos adequados de solução de conflitos.

Em resumo, a pesquisa apresenta uma sólida argumentação em favor da introdução da lógica negocial de produção de provas, exemplificada pelo *Discovery* norte-americano, no sistema jurídico brasileiro. A análise das experiências nos Estados Unidos revela que essa abordagem pode fortalecer o sistema multiortas, promovendo a resolução de conflitos de maneira mais segura e eficiente. As estatísticas de casos resolvidos nos tribunais dos EUA após a ampliação do uso do *Discovery* destacam a capacidade desse método de reduzir a litigância judicial.

No contexto brasileiro, a pesquisa destaca a existência do artigo 381 do Código de Processo Civil, que permite a produção antecipada de provas, alinhando-se com a ideia de promover a autocomposição e a resolução adequada de conflitos. A adoção dessa abordagem poderia contribuir para demandas mais maduras, uma gestão processual mais eficiente e, em última análise, para o fortalecimento dos métodos adequados de solução de conflitos.

Além disso, uma melhor utilização dos instrumentos legais já constantes no ordenamento jurídico brasileiro, não representaria um descolamento da realidade jurídica, mas sim um movimento contemporâneo em direção à agilidade processual, à autocomposição e ao acesso efetivo à justiça. Ajudaria a evitar litígios infundados, tornando o sistema mais eficiente e concentrando o foco do Judiciário na análise das provas e na qualidade da prestação jurisdicional.

Em última análise, a adoção de elementos do *Discovery*, por meio do fortalecimento da Produção Antecipada da Prova, contribuiria para a melhoria da qualidade do Judiciário brasileiro, propiciaria uma abordagem mais moderna e eficiente da resolução de disputas, implementada no protagonismo das partes, na liberdade negocial da produção de provas e no sistema multiortas. Tanto o sistema multiortas quanto a produção antecipada da prova estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo aos atores processuais (Magistratura, Ministério Público, Advocacia e sociedade) implementarem com efetividade estes mecanismos em prol de um acesso à justiça célere, efetivo, seguro e eficiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise realizada, identificam-se a viabilidade e os benefícios da adoção do sistema norte-americano de produção de provas, conhecido como *Discovery*, no contexto legal do Brasil. Este estudo destaca como a interação entre diferentes sistemas legais e a adaptação das melhores práticas de outros países à realidade pátria podem oferecer perspectivas valiosas.

Primeiramente, é evidente que o sistema do *Discovery* é altamente eficaz e eficiente nos Estados Unidos, caracterizado pela ótica da prova não apenas como um meio de convencer o juiz, mas também de persuadir as partes envolvidas. A liberdade estratégica concedida às partes para gerenciar a investigação de provas de maneira ampla, dentro dos limites da lei, reflete a flexibilidade desse procedimento.

Além disso, o *Discovery* não se limita a ajudar as partes a avaliarem a força de seus casos; ele também facilita a troca de informações e incentiva acordos. A divisão do processo em pré-julgamento e julgamento, com a primeira fase marcada pela liberdade negocial das partes, mostra a harmonia entre o sistema judicial e a vontade das partes. Essa abordagem flexível e adaptável incentiva o aumento da negociação entre as partes, enfatizando a relevância desse sistema na resolução efetiva de conflitos.

Portanto, a incorporação de elementos do sistema de *Discovery* no Brasil é uma estratégia promissora para fortalecer o sistema multiportas e melhorar a administração do Judiciário no país. Isso, é claro, exige uma adaptação cuidadosa às peculiaridades do sistema jurídico brasileiro. No entanto, essa iniciativa pode aprimorar consideravelmente os métodos adequados de solução de conflitos, contribuindo para uma justiça mais eficiente e efetiva. À medida que esta possibilidade seja explorada e reiteradamente utilizada pelos atores processuais, serão identificados os benefícios, tanto ao Poder Judiciário com a melhor gestão de casos que efetivamente precisem de adjudicação, quanto à sociedade brasileira como um todo, pois a autocomposição proporciona uma solução mais democrática e empoderada da cidadania.

Além disso, a pesquisa também destaca que o sistema de *Discovery* está alinhado com o direito fundamental à prova, crucial para a administração da justiça. Isso garante que todas as partes tenham acesso às informações relevantes e contribui para a busca pela verdade. Ele promove a transparência e a clareza no processo, eliminando surpresas e aumentando a confiabilidade das decisões judiciais, quando necessárias.

No contexto brasileiro, a pesquisa também aponta a existência do artigo 381 do Código de Processo Civil, que permite a produção antecipada de provas, sem a necessidade de urgência, alinhando-se com a ideia de promover a autocomposição e desenvolver o sistema multiportas.

A implementação efetiva de elementos do *Discovery* no Brasil não significaria uma desconexão do sistema jurídico nacional, mas sim uma atualização em direção à agilidade processual, autocomposição e acesso efetivo à justiça. Isso não prejudicaria o acesso à justiça, pelo contrário, ajudaria a evitar processos sem mérito, tornando o sistema mais eficiente e concentrando o foco do judiciário na análise das provas e na qualidade das decisões judiciais.

Em resumo, sugere-se que o sistema jurídico brasileiro pode se beneficiar substancialmente com a adoção de elementos do *Discovery*, fortalecendo a Produção Antecipada da Prova e promovendo a implementação eficaz do sistema multiportas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Aurélio. A Eficácia Epistêmica Da Fase Preparatória Do Processo Bifásico, **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 241, p. 369 – 410, mar. 2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 24 set. 2023.

CAMBI, Eduardo. Discovery No Processo Civil Norte-Americano E Efetividade Da Justiça Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 245/2015, p. 425-444, jul. /2015.

CAMBI, Eduardo. O Direito À Prova No Processo Civil. **Revista Da Faculdade De Direito Da UFPR**. Curitiba: 2000, vol. 34, p. 143-159, 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1836/1532>. Acesso em 24 set. 2023.

CANÁRIO, Pedro. EUA optam por mediação para resolver conflitos. **Consultor Jurídico**. [S.l.]: 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jul-02/mediacao-privada-primeira-opcao-resolver-conflitos-eua#:~:text=Em%20n%C3%ADvel%20nacional%2C%20fica%20entre%2060%25%20e%2075%25.&text=Se%20a%20especialista%20Rachel%20Wohl,profundidade%20pela%20Justi%C3%A7a%20de%20Portugal>. Acesso em 07 out. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário À Lei N. 9.307/1996**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORNELL LAW SCHOOL. **Discovery**. Nova York: N.D. Disponível Em: <https://www.law.cornell.edu/Wex/Discovery>. Acesso em 30 out. 2021.

FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da Discovery. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 204, 2012, p. 131 – 152.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 3, set- dez, 2018. Disponível em <https://vlex.com.br/vid/gestao-conflitos-unidos-no-773301733>. Acesso em 24 set. 2023.

GATENBY, John K., Discovery – is it Really Necessary? **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 51, nº 4, p. 539-547, 1985, p. 539-540. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/51.4/AMDM1985061>. Acesso em 24 set. 2023.

JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Produção Antecipada de provas como técnica processual de incentivo à composição consensual in FUGA, Bruno Augusto Sampaio, RODRIGUES, Daniel Colnago, ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. Londrina: Thoth: Londrina, 2021, p. 349-364.

LESSA NETO, João Luiz. **Produção Autônoma de Provas e Processo Comparado**. Londrina: Thoth: Londrina, 2021, p. 264-266.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 543.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria De Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em 29 ago. 2022, n.p.

PARK, William. Discovery. **Arbitration: The international Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, vol. 48, nº 4, p. 352 - 357, maio, 1982. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/51.2/AMDM1985026>. Acesso em 24 set. 2023.

PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PITTA, Rafael Gomiero. CAMBI, Eduardo. Direito Anglo-americano e as soluções pré-processuais (e de pré-julgamento) para os Litígios Cíveis. **Revista de Processo**, vol. 308/2020, p. 289-318.

PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery E Outros Instrumentos Processuais Do Common Law: A Eficiência Dos Meios Probatórios Na Resolução De Conflitos Nas Fases Iniciais Do Procedimento Civil (Pre-Suit e Pre-trial)**. Londrina: Editora THOTH, 2021. E-book.

RAGLAND JR, George. **Discovery before trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932. Disponível em https://repository.law.umich.edu/michigan_legal_studies/16/. Acesso em 24 setembro de 2023.

RODRIGUES, Daniel Colnago. LAUX, Francisco de Mesquita. Produção Antecipada de Provas sem o requisito de urgência: a experiência estrangeira e o CPC/2015. In FUGA, Bruno, RODRIGUES, Daniel Conalço, JOBIM, Marco Felix, ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada de Provas**. 3 ed. Londrina: 2021, p. 139 -148.

RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A Preparação Do Processo Civil: Produção Antecipada De Provas, Diligências Preliminares, Pretrial Discovery E Os Pre-Action Protocols. **Revista de Processo**, vol. 290, p. 413 - 438, abr. 2019.

SUPREME Court. **Discovery Basics**. Supreme Court BC. Disponível em: <https://supremecourtbc.ca/civil-law/before-trial/discovery-basics>. Acesso em 10 set. 2023

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**, vol. I, 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL

Clodomiro José Bannwart Júnior¹

Flavio Bento²

Marcia Hiromi Cavalcanti³

¹ Professor e coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (2023-2025). A versão preliminar deste artigo foi apresentada no Curso Democracia, cidadania e acesso à Justiça, realizado na Universidade de Coimbra, Portugal, no período de 26 a 30 de junho de 2023.

² Professor na Universidade Estadual de Londrina, Doutor em Educação pela UNESP. Advogado.

³ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES.



INTRODUÇÃO

Discutir a liberdade de expressão atualmente implica repensar a forma como o debate público ocorre na esfera pública sob a roupagem digitalizada, e como repercute na qualidade e na sustentabilidade da própria democracia.

O trabalho discute, no primeiro momento, o conceito de liberdade de expressão, distinguindo-o em duas camadas: a substancial e a instrumental. A primeira compreende a estrutura do pensamento, da subjetividade, enfim, das informações que formam a cosmovisão do indivíduo. A segunda corresponde as diversas plataformas de comunicação, as quais permitem a difusão do conteúdo, que é primeiramente pensado pelo sujeito. É nesse ponto, da dimensão instrumental da liberdade de expressão, que aponta-se a necessidade de normas para balizarem a conduta social, sem impor, é claro, qualquer pretensão de censura.

A defesa de mecanismos normativos se faz necessária em razão da mudança ocorrida na esfera pública, agora digitalizada e fortemente influenciada pelos algoritmos manejados matematicamente. Trata-se de retirar a esfera digital do estado de natureza, onde reina a barbárie, para pensá-la, assim como fizeram os contratualistas no passado, em um estado de civilidade.

Defender limites para a dimensão instrumental da liberdade de expressão não é salvo-conduto para fazer valer formas de censura. Antes, pelo contrário, é o caminho necessário para preservar a democracia, como sistema que coaduna a pluralidade e a complexidade de uma sociedade que exige, cada dia mais, respeito, preservação de direitos e uma sociabilidade civilizada.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição Federal assegura a todos os brasileiros e brasileiras a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, incluindo a liberdade de opinião. A liberdade de expressão é também um direito humano universal, tal como inscrito no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A ninguém é vedado o direito de expressar e de manifestar opiniões em uma democracia, ambiente que pressupõe um “livre trânsito de ideias”. Ou ainda, para usar a expressão cunhada por Oliver Holmes, o regime democrático só é possível em um “mercado livre de ideias”. Há um pressuposto liberal na defesa da liberdade, que começa a ser delineado no século IV d. C, a partir da obra *O Livre-arbítrio*, de Agostinho de Hipona, considerado o primeiro pensador Ocidental a fazer filosofia na primeira pessoa do singular. De fato, o santo de Hipona filosofou a partir de um ponto de vista efetivamente pessoal.

Assim, como foi que os filósofos começaram a pensar que havia uma opção entre começar a filosofia com um ponto de vista objetivista e não decididamente a partir de um ponto de vista na primeira pessoa? Foi o próprio Descartes quem criou essa ideia? Terá seu primeiro-personalismo emergido do nada? Certamente que não. Ele começou com Agostinho (MATTHEWS, 2007, p. 10).

Do ponto de vista constitucional, o termo liberdade de expressão comporta e protege uma variedade de formas de expressão, incluído a “liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa; de mídia; de divulgação e de radiodifusão” (TAVARES, 2016, p. 480).

Para André Ramos Tavares, a liberdade de expressão é constituída de duas camadas. A primeira é a dimensão substantiva, que compreende o ato de pensar, de formar a própria opinião e de exteriorizá-la. Trata-se daquilo que é próprio do sujeito e caracteriza sua capacidade de autodeterminação e de autonomia. Olhando por um viés kantiano é possível inferir, nessa dimensão, um conteúdo eminentemente pessoal, um componente moral implicado na dignidade humana. Diz Kant que o princípio supremo da moralidade reside na autonomia da vontade, o que faz do humano, em sua grandeza pessoal, portador de dignidade. É por meio da razão que o ser humano se constitui autonomamente, adquirindo consciência da própria existência e da responsabilidade que dela deriva. A subjetividade é o esplendor da

filosofia moderna, iniciada por Agostinho quando expressou filosoficamente o cogito – eu existo –, verdade incontestada revelada pela força do próprio pensamento. Agostinho abria atalhos no pensamento Ocidental para a compreensão do conceito de dignidade da pessoa humana, que cintila como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). É pela consciência que o sujeito autorreflete sua própria existência e dignidade.

Em nome da dignidade, o ser humano não pode ter sua autonomia devastável por meio de violência física, psicológica ou ideológica. André Ramos Tavares defende que “o foro íntimo do pensamento do indivíduo importa para o Direito e há de ser protegido por este” (TAVARES, 2016, p. 483). Logo, esse núcleo fundamente da liberdade de expressão, albergado na intimidade do sujeito, tem uma propensão propedêutica e epistemológica. Ou seja, é preciso que o indivíduo disponha de conhecimento, tendo a seu favor acesso à informação. E só há conhecimento e informação se houver acesso pleno ao direito à educação por meio de um processo de socialização. O filósofo alemão Jürgen Habermas, a esse respeito, diz que:

A consciência, que apenas na aparência é privada, continua a alimentar-se, mesmo nas exteriorizações de suas sensações pessoais e movimentos íntimos, dos fluxos da rede cultural de pensamentos públicos, expressos de modo simbólico e compartilhados intersubjetivamente” (HABERMAS, 2007, p. 21).

A segunda dimensão da liberdade de expressão é a instrumental, que diz respeito aos meios utilizados para a divulgação e comunicação do pensamento albergado na subjetividade. De pouca valia seria o homem dispor da liberdade de pensar e de formar opinião se não pudesse comunicar. A liberdade de opinião associa-se, quase que umbilicalmente, à liberdade de manifestação do pensamento, tendo para esse fim o direito de escolher qualquer suporte que oportunize a comunicação. Independentemente do suporte, seja ele físico ou técnico, a linguagem é quem propicia a condição de comunicação, interação e discussão. Habermas afirma que a participação em um processo dialógico comporta apenas uma única coercibilidade possível, a saber, a coerção exercida pela força do melhor argumento.

Manfredo Araújo de Oliveira confirma que “não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem” (OLIVEIRA, 1996, p. 13). É por meio da linguagem que se expressa o mundo e lhe confere inteligibilidade. A linguagem é a condição de possibilidade da expressividade do mundo e, nesse sentido, ao operar a comunicação, ela estrutura-se em um fundamento comum, em uma significação que transcende a subjetividade e permite a conversação. Ela está, em última instância, assentada em uma estrutura *dia* (lógica). A linguagem é vista como um instrumento de comunicação, pautada em símbolos convencionais

que desvela, amiúde, uma estrutura lógica do mundo que é aprendida, primeiramente, pela subjetividade humana.

Da dimensão instrumental da liberdade de expressão decorrem as liberdades de comunicação, de informação, de imprensa, de radiofusão, enfim, todas as liberdades implicadas na possibilidade de veicular informações, de convencer outras pessoas e até mesmo de fazer proselitismo.

Na atual quadra da história, o que se vê de diferente e de forma surpreendente é justamente o suporte tecnológico, que ampliou fronteiras na esfera digital e tornou possível propagar ideias, informações e desinformações de uma forma jamais conhecida, ou seja, um manejo operado matematicamente por algoritmos. É na dimensão instrumental da liberdade de expressão que se encontra o ponto mais incisivo da discussão que perpassa o debate contemporâneo naquilo que se refere às fakenews.

Deriva desse contexto, outro ponto importante, que é o de saber se a liberdade de expressão pode ser considerada um direito absoluto. Infere-se que a liberdade de expressão e de opinião não é um direito absoluto a ponto de se permitir que a ela se acople crime de ameaça, crime contra a honra, incitação ao crime ou discurso de ódio. Em outros termos, a liberdade de expressão não é um valor ou direito que subsiste por si mesmo ou encerra um fim em si mesmo. É um direito que serve de meios para fins constitucionalmente determinados. Para que serve, então, a liberdade de expressão? André Ramos Tavares destaca – ao conferir de forma exemplificativa, dentre vários exemplos – que a liberdade de expressão serve “a procura da verdade, a garantia de um mercado livre das ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual” (TAVARES, 2016, p. 485).

O que se nota é que a liberdade, de modo geral, tem duas implicações: uma individual e outra social. No primeiro caso, a liberdade é insumo da formação da autonomia individual, prerrogativa que torna o humano soberano de si mesmo, um ente autônomo, portador de autenticidade, de identidade e de personalidade. No segundo caso, no campo social, a liberdade é condição de possibilidade da própria sociabilidade. Não há associações entre humanos geridas por relações causais, e sim pela liberdade. A questão é saber, então, como gerir as liberdades individuais no espaço social? Kant já havia apontado para a necessidade de coexistência das liberdades como pressuposto da sociabilidade. Logo, o exercício da liberdade, que é um direito individual e, portanto, um direito fundamental, opera no limite de não prejudicar a ninguém, de não ofender o direito de terceiros, de não macular o direito fundamental do outro. Fosse a liberdade de expressão um direito absoluto do *eu*, sem restrições, poderia haver a contradição lógica deste direito fundamental ofender e aniquilar o mesmo direito fundamental, só que do outro (*alter*). “Se todo indiví-

duo tivesse a prerrogativa de exercício de um direito absoluto, como se daria a sua relação com outros indivíduos também detentores de um mesmo direito absoluto?” (TAVARES, 2016, 487). A defesa da liberdade de expressão como um direito absoluto é impossível por uma contradição lógica e por uma impossibilidade social de garantia dos direitos fundamentais.

Sendo que a liberdade de expressão confere um peso à formação do indivíduo, assegurando-lhe dignidade, não pode o indivíduo valer-se da prerrogativa desse direito para atentar contra interesses públicos, que velam pela organização social, nem contra interesses privados de terceiros, ferindo direitos da personalidade. A liberdade de expressão não pode servir de álibi para ameaçar, denigrir e depor contra o modo de ser da alteridade no seu direito de também exercer a liberdade, máxime expressão da dignidade e da personalidade humana. “A liberdade se relaciona com o advento da civilização moderna” (MERQUIOR, 2014, p. 63).⁴ É, pois, uma conquista civilizacional.

Há uma barreira bastante nítida a separar a opinião, protegida constitucionalmente, da delinquência. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem posição firmada no sentido de que “o direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. E menos ainda atos atentatórios contra a ordem constitucional e o Estado de Direito (Art. 5º, XLIV) ou lesivos às cláusulas pétreas (Art. 60, 4º). A liberdade de expressão tem limites.

A liberdade de expressão é incontestada tanto para formação da pessoa, na construção de sua identidade e dignidade, quanto para a democracia ao aferir um espaço civilizado de convivência e de respeito mútuo. Por esse motivo, justifica-se a importância da educação seja para a formação do indivíduo seja para uma sociabilidade saudável.

O psicanalista inglês, Donald Winnicott, afirma que “a sociedade democrática é uma sociedade madura, isto é, possui uma qualidade que vem de par com a qualidade de maturidade individual que caracteriza seus membros” (WINNICOTT, 2018, p. 96).

A educação firma-se como cogente para a formação do ser humano alcançar a maioria, plena e integral. Não à toa que a Constituição Federal afirma que a educação é um direito de todos, cabendo ao Estado, a família e a sociedade o dever de fomentá-la para alcançar três objetivos: o pleno desenvolvimento da pessoa, a qualificação para o trabalho e o exercício da cidadania. Dos três objetivos esculpidos

⁴ Uma importante reflexão a respeito da individualidade moderna é registrada por José Guilherme Merquior, em sua obra *O liberalismo antigo e moderno*, que merece destaque nesta nota: “A cultura moderna é normalmente associada a uma profusão de direitos individuais; historicamente, podemos dizer que a liberdade se relaciona com o advento da civilização moderna, primeiramente no Ocidente e, depois, em outras partes do mundo. Parece seguir-se a fórmula de que a liberdade é igual a modernidade que é igual a individualismo. Sem medo de errar, podemos procurar as raízes do liberalismo na experiência histórica da modernidade. [...] Para Hegel, o cristianismo, com sua metafísica da alma, foi o berço histórico do princípio da individualidade. A liberdade grega fora uma conquista gloriosa, mas não desenvolveu a individualidade humana. A reforma trouxe consigo uma forte afirmação da consciência individual disse Hegel, mas mesmo no Ocidente cristão a liberdade como individualidade não alcançou uma forma ativa até a Revolução e Napoleão. Foi então que a ‘sociedade civil’ composta por indivíduos mundanamente independentes recebeu sua legitimação apropriada, mas visivelmente no Código de Napoleão, o direito civil da Europa pós-revolucionária. Antes daquele momento, a individualidade, a força motora na cultura da modernidade, vivera por muito tempo como uma crisálida. Portanto, o divisor de águas moderno não fora tanto 1500 quanto 1800 – um deslocamento considerável” (MERQUIOR, 2014, p. 62-63).

na Constituição parece que pouca atenção foi dirigida ao ato de formar cidadãos, pessoas ativas capazes de compreender o desenho do Estado, suas instituições e os mecanismos políticos de participação social. Sem educação não há como promover a cidadania e qualificar a democracia.

Apoiado nos trabalhos empíricos do psicólogo americano, Lawrence Kohlberg, é possível corroborar que a criança, na infância, experencia comportamentos destituídos de valores éticos ou de convenções sociais, um período, por assim dizer, egocêntrico, apenas alicerçado no “eu”. Com o avanço educacional, a criança assimila as normas da cultura e da sociedade a qual pertence, abandonando o egocentrismo para movimentar-se em um nível convencional (etnocêntrico), tornando-se capaz de construir a noção de justo e de correto a partir do horizonte dos valores, costumes e tradições partilhados comumente em seu horizonte social. Seu comportamento passa por um processo de descentração, deslocando-se do individualismo para mover-se sob a perspectiva do “nós”.

A educação para a cidadania torna-se realmente eficaz quando auxilia o sujeito a enxergar outros territórios valorativos além daquele em que a sua identidade foi formatada. Trata-se de alçar o nível pós-convencional, em que o sujeito passa a enxergar todas as pessoas, todos os territórios, “todos nós”, independente de raça, cor, sexo, credo ou valores culturais. Educação para a cidadania é um processo pedagógico que visa à inclusão do eu ao nós e do nós ao todos nós. Não significa cair em um relativismo. Constitui, antes de tudo, um profundo respeito aos que pensam diferente, que partilham valores distintos, que expressam crenças desiguais e comportam-se com adereços culturais exóticos. É na polifonia de vozes, de cores e de credos, de ideologias e de valores, que a democracia se firma, que a liberdade individual se fortalece e o respeito, enfim, prospera. A democracia é o regime da fala, do contraditório respeitoso, de consensos possíveis. É o espaço de gente educada. “A democracia só não comporta, como mecanismo próprio de autodefesa, a concessão de imunidade de voz para aqueles que desrespeitam os princípios republicanos e pleiteiam, em nome da liberdade expressão, a tirania, ao arbítrio e a violência” (BANNWART JÚNIOR, 2022, p. 32).

2 ESPAÇO PÚBLICO (DIGITAL)

Se até recentemente a política necessitava de programas, de propostas e de árduo convencimento de parcela da população em torno de um denominador comum, hoje, ao que parece, tudo isso é dispensável. A política passou a ser disputada com regras que escapam ao debate público e reina à revelia nos extremos, onde o diálogo é aniquilado. A política tornou-se binária e alimenta-se de inimigos paridos por tramas conspiratórias e fake news, servindo-se das redes sociais para lastrear difamações, medos e absurdos que implodem, a um só golpe, a coerência, a lógica e os fatos. A degradação do debate

público, em que a liberdade de expressão extrapola os limites do bom senso, fragiliza a democracia – condição de possibilidade de uma sociabilidade plural.

As redes sociais – dimensão instrumental da liberdade de expressão – foram transformadas em um poderoso instrumento no jogo de conquista e de manutenção do poder, a ponto de colocar em risco a forma clássica de fazer política, além de ameaçar as estruturas da democracia e disseminar o caos. O que importa são as emoções despertadas nas pessoas, preferencialmente aquelas que tocam no ressentimento e no estoque de raiva que diariamente são desaguados nas redes sociais a espiar os culpados dos problemas que afetam o mundo.

A política ofertada no debate público passou a trabalhar com farto material até então pouco manifesto: a cólera das pessoas. Não se esperam mais análises cuidadosas a esboçar diagnósticos dos problemas que afetam a vida das pessoas com o objetivo de oferecer prognósticos. Não importam as pautas políticas, os problemas a serem resolvidos, mas, sim, encontrar culpados e queimá-los vivos na fogueira digital dos novos e impiedosos inquisidores. Basta ofertar a imagem do inimigo numa postagem acrescida de “Basta!”, “Você irá se chocar!”, “Vergonhoso!” “Compartilhe!” “Vamos chegar a um milhão de compartilhamentos!”. Isso é o bastante para recrutar uma legião de seguidores rasos no pensamento e na crítica. Transmuta-se em uma dimensão religiosa, segundo Byung-Chul Han. “Os Followers, os seguidores, se comportam como discípulos, [...] participam, assim, de uma eucaristia digital. Mídias sociais se assemelham a uma igreja: Like é amém. Compartilhar é comunicação. Consumo é redenção. A repetição como dramaturgia do influencer não leva ao tédio e à rotina. Ao contrário, dá ao todo o caráter de uma liturgia” (RAN, 2022, p. 18).

A política do convencimento deu lugar à política do engajamento. Trilhada por algoritmos, a mensagem que chega ao cidadão digital não apenas reforça-lhe a convicção, como também acirra-lhe com uma dose generosa de raiva pelo estado da arte das coisas, incentivando o compartilhamento, mesmo que o conteúdo seja falso.

O rancor, antes analógico, limitava-se ao âmbito de relações interpessoais de grupos restritos. Hoje, esse sentimento é disseminado de forma digital, transformando os temas políticos em trincheiras que reforçam a animosidade e maculam qualquer tentativa de diálogo ou de consenso. A velha política partidária ficou no pretérito assim como as antigas videolocadoras. É o reinado da política na era da Netflix, segundo Giuliano Da Empoli.

Os partidos cederam aos algoritmos. Agora, o cidadão carrega no bolso um aparelhinho conectado às verdades que explicam de forma simplificada a complexidade do mundo. Empoderado, ele dispensa os especialistas, ludibria dados e estatísticas. Potencializa seu ceti-

cismo na ciência e compartilha fake news, a exemplo do que ocorreu na Itália, a partir da inferência de que certos governos patrocinam a aviação comercial mundial com o objetivo de espalhar agentes químicos e biológicos na atmosfera. E para reforçar a veracidade da afirmação, envia-se fotos com rastros brancos deixados nos céus por essas aeronaves a serviço dos supostos inimigos.

A nova política está encapsulada nas redes sociais, nos seus novos atores, desde *youtubers* indignados que multiplicam a audiência de suas teorias excêntricas a outros tantos que revolvem e instigam a raiva coletiva, conseguindo, aos poucos, alastrar uma epidemia colérica alimentada virtualmente.

Na política dos algoritmos, os elementos centrais da democracia como a formação de consensos, o debate autêntico e o respeito ao contraditório, estão ameaçados. Prospera-se a desintegração e a desintermediação em todos os domínios, transformando a política num picadeiro do caos, em que vale vociferar o ódio, a raiva e o ressentimento, menos, é claro, o bom senso mediado pela linguagem.

No picadeiro do caos, entram os ideólogos para reduzir a complexidade social a uma forma binária e maniqueísta. Ou o bem ou o mal. Ou isto ou aquilo. É um discurso bipolar e pobre a esvaziar qualquer pretensão de racionalidade que pretenda compreender a complexidade social. A partir daí segue o script já conhecido no espaço público digital: ataques pessoais, imposição de versões desvinculadas de fatos, propagação de memes, distorção de informações e fake news. Enquanto a contenda é alimentada de acintes, sobretudo por grupos que fabricam memes e mentiras, a política perde o potencial crítico e reflexivo diante de temas que realmente importam para o debate público.

Não há como negar que a revolução operada pela tecnologia mudou a forma de a política se realizar no espaço público. Há uma série de decisões invisíveis, manipuladas por algoritmos, que passaram a influir sorrateiramente no debate público. Presos estamos em bolhas micro segmentadas por informações que dispensam a tematização crítica, o contraditório e a reflexão. O mundo da vida habermasiano, espaço de circulação da linguagem comum, passa por um processo de digitalização, em que as informações e os dados são instrumentalmente utilizados para fins de “vigilância, controle e prognóstico de comportamentos psicopolíticos” (HAN, 2022, p. 7). A linguagem e a comunicação que eram o grande triunfo de emancipação na teoria da ação comunicativa habermasiana, ambas, hoje, são vistas como objeto de exploração do regime de informação, aquilo que Byung-Chul Han denomina de infocracia.

O paradoxo reside no fato de a comunicação, ela própria, ter se transformado em objeto de exploração do regime de informação. O caráter instrumental ocorre por meio dos dados que fornecemos diariamente nas redes sociais. Daí a necessidade da exibição, onde

as pessoas performam suas biografias, expondo-se como se encenassem um romance fictício de si mesmas. As redes sociais, que eram a esperança de uma esfera pública ágil e célere, de uma ágora digital para o fortalecimento da democracia, foram transformadas em um grande palco de encenações fictícias, que o ego clama por reconhecimento e aceitação. Um like, pelo amor de Deus!

Enquanto a visibilidade permanente é um imperativo, atrás do palco está o invisível, o algoritmo manejado matematicamente e de forma binária pela Inteligência Artificial. Aí está o paradoxo: “Quanto mais geramos dados, quanto mais intensivamente nos comunicamos, mais a vigilância fica eficiente” (HAN, 2022, p.13). Esse paradoxo abre frestas para leituras céticas que corroboram a insuficiência de a democracia manter-se viva por muito tempo. É o relato, por exemplo, de David Runciman, em sua obra “Como a democracia chega ao fim”.

Na versão política do pesadelo, nossa dependência dessa tecnologia nos deixa prontos para sermos explorados. Quem vai nos escravizar não serão os robôs assassinos. Bastam indivíduos inescrupulosos capazes de usar as máquinas em seu benefício. Em terra de dependes da tecnologia, quem navega com esperteza é rei. E essa é a história de terror que hoje assombra a democracia Ocidental. [...] Seus sinais visíveis são as fake news e o microdirecionamento de mensagens aos eleitores, com conteúdo gerado por máquinas e construído de modo a apelar aos preconceitos de cada um. Se cair nas mãos erradas, o poder dos computadores de apertar nossos botões pode assinalar o fim da democracia (HUNCIMAN, 2018, P. 134).

Diante desse quadro, cabe enfim questionar se a democracia continuará avançando ou terá, no ocaso da digitalização do espaço público, chegado ao seu limite? A pergunta se faz necessária porque, do ponto de vista empírico, é possível apontar certo “descompasso entre as potencialidades tecnológicas e seu preenchimento por valores retrógrados” (RIBERIRO, 2017, p. 266). Não se trata de levar adiante a tese da colonização do mundo da vida pelos sistemas, segundo Habermas, mas, principalmente, do uso instrumental da técnica para dar vazão ao que existe de pior em termos de valores, que, ao que parece, jaziam adormecidos no mundo da vida. Fazer uso das redes sociais para troca de ideias e de opiniões, permeado de um debate civilizado que contribua para a formação de propostas e para a justificação de argumentos, é algo que a empiria tem negado. Não há discussão, apenas atrito hostil.

As redes sociais não contribuíram para formar uma esfera pública digital. Em boa medida, como é o caso do WhatsApp, as informações circulam em espaços privados. Mesmo as informações públicas correm dentro de plataformas privadas, produzindo ruídos sem interlocutores. Não há diálogo. O outro nunca é considerado, pois é, antes de tudo, um inimigo a ser combatido, destruído e transpassado no fio da espada, na linguagem furiosa de alguns fundamentalistas reli-

giosos. Sem o outro (alteridade), a opinião do ego não é discursiva; ela é uma opinião autista, doutrinária e dogmática. É uma cegueira discursiva, uma miopia que não vê e não enxerga além do ego. É Narciso em estado de graça. “A expulsão do outro reforça a coação da autopropaganda de doutrinar a si mesmo com suas ideias. Essa auto doutrinação produz infobolhas autistas que dificultam a ação comunicativa” (HAN, 2022, p.52).

Infobolhas, para Han, são como câmeras de ecos, em que o indivíduo escuta a si mesmo falando. O discurso, ao contrário, envolve o outro e sobretudo um outro que dispõe a escutar. A democracia, regime da fala, entra em crise ao desqualificar a alteridade e a escuta atenta. Emudecer a voz do outro, desqualificar suas posições e desdenhar de suas contestações como parte de um contraditório saudável, representa a atomização de Narciso, onde cada pessoa que tem um perfil nas redes sociais presta culto a si mesmo. O algoritmo está encapsulando o sujeito nele mesmo, numa espécie de subjetividade acéfala e desconectada da realidade. Se essa leitura encontra acolhida, então é preciso dar atenção ao pêndulo “indivíduo e sociedade” – base da correlação entre liberalismo e republicanismo e promotora do debate ético, político e jurídico da modernidade –, sobretudo, para o fato de que a democracia liberal, sem indivíduos autônomos, encontra-se em risco. Está em curso uma acelerada e progressiva privatização do indivíduo e, conseqüentemente, uma despolitização do cidadão no espaço público digital.

3 DEMOCRACIA

A democracia é o regime da fala, do contraditório respeitoso, de consensos possíveis. É o espaço de pessoas maduras e civilizadas, daqueles que sabem se portar com educação no debate público. É o lugar do governo autônomo, edificado em um processo igualmente autônomo e estável de produção de normas. É o espaço do pluralismo político, de crenças menos dogmáticas, de um politeísmo de valores, para usar a expressão do sociólogo Max Weber. É o lócus do universalismo kantiano, que aposta na capacidade racional da espécie humana de sobrepor aos particularismos étnicos, sexuais, históricos, raciais, culturais etc. A democracia é ambiente que confere ao indivíduo a liberdade de construir sua personalidade de diferentes maneiras, sejam elas espirituais, ideológicas, valorativas ou materiais (PAIM, 2019, p. 29).

Jürgen Habermas acentua que o processo democrático tem um papel preponderante na criação legítima do direito, pois é no aporte de regras procedimentais democráticas que se manifestam as condições para formação discursiva e inclusiva da opinião e da vontade. A institucionalização jurídica das regras e dos procedimentos democráticos garantem a validação de normas por meio do caráter majoritário (soberania popular) e do respeito às minorias, mediante a preservação dos direitos individuais (direitos humanos). Política e direito se

complementam na formação do estado constitucional, impedindo que algum iluminado busque reservas de poder e de mando autoritário em valores pré-jurídicos. O poder político só alcança legitimidade a partir do direito, e o direito só dispõe de legitimidade se observada sua gênese democrática. Para Habermas:

“O Estado de direito constituído democraticamente não garante apenas liberdades negativas para os cidadãos da sociedade interessados em seu próprio bem; ao liberar liberdades comunicativas, ele também mobiliza a participação dos cidadãos do Estado na disputa pública sobre temas que são do interesse de todos. O laço unificador nada mais é do que um processo democrático, no qual está em discussão, em última instância, a compreensão correta da constituição” (HABERMAS, 2007, P. 120).

Logo, a democracia não é apenas uma arena para a formação de consensos precários sob o lastro de interesses particulares e de valores divergentes. É, antes de tudo, a exigência de uma cognição capaz de interpretar corretamente os princípios constitucionais, os quais firmam as regras que garantem uma sociabilidade cidadã, ciente, é claro, da manutenção permanente do dissenso.⁵

Habermas destaca dois pontos fundamentais conquistados com o Estado constitucional. Em primeiro lugar, colocou-se o “exercício do poder” a funcionar de forma neutra, sem a necessidade de apelar para reservas metafísicas, jusnaturalistas ou cosmovisões religiosas. Nasce aí o Estado secular. Em segundo lugar, assegurou aos cidadãos à autodeterminação democrática, significando que todos, sem exceção, passam a dispor de direitos iguais. Logo, “a criação de regras equitativas pressupõe que os participantes aprendem a assumir as perspectivas uns dos outros. E nesse sentido, a formação deliberativo-democrática constitui um procedimento adequado” (HABERMAS, 2007, p. 136). Quando, no entanto, as redes sociais fragmentam ainda mais a esfera pública em diferentes bolhas que recebem notícias micro segmentadas ao gosto do freguês, tal fenômeno gera algumas consequências, como a cisão e a polarização da sociedade; o envenenamento do ambiente discursivo; e a incapacidade de auto-observação da complexidade dos problemas sociais. Habermas insiste, de forma acertada, que

“o procedimento democrático extrai sua força geradora de legitimação de dois componentes, a saber: da participação política simétrica dos cidadãos, a qual garante aos destinatários das leis a possibilidade de se entenderem, ao mesmo

5 A respeito das regras da democracia, valemo-nos de metáforas colhidas no futebol. “Imagine a possibilidade de ir ao estádio ou assistir pela TV a uma partida de futebol, sabendo antecipadamente que os times não respeitarão as regras do jogo e, para piorar, o juiz inventará e aplicará novas regras durante a disputa em benefício de um dos times. Veja que o jogo só faz sentido porque há regras que determinam o procedimento de como a querela futebolística deverá ser jogada para sagrar um time vitorioso e outro perdedor. Destruir as regras do jogo aniquilará o jogo em si. As regras não engessam a partida, mas permitem uma disputa equilibrada e asseguram a liberdade para que os jogadores (individualmente) e os times (coletivamente) organizem suas estratégias, façam a marcação dos adversários, controlem os passes de bola, driblem, enfim, demonstrem a beleza do esporte. Um pênalti marcado pelo juiz não caracteriza uma crise no jogo, apenas repara alguma falta cometida para a continuidade equilibrada da disputa. O jogo depende de regras e de procedimentos claros, cujo conhecimento seja acessível a todos. Imagine ainda um locutor narrando o jogo sem conhecer as regras do futebol ou um torcedor fanático que gesticula, grita, xinga e vibra, sem compreender o que ocorre no gramado” (BANNWART, 2022, p. 16).

tempo, como seus autores; e da dimensão epistemológica de certas formas de uma disputa guiada discursivamente, as quais fundamentam a suposição de que os resultados são aceitáveis em termos racionais” (HABERMAS, 2007, p. 137).

É justamente esta ponte que está, ao que parece, sendo rompida com o avanço da digitalização do espaço social e da operabilidade dos algoritmos. Aniquila-se o respeito recíproco que deve haver entre os membros de uma comunidade política na condução da solução dos problemas sociais. Resta a barbárie.

A democracia, porém, não pode e não deve admitir – até como mecanismo de autodefesa –, a concessão de imunidade de voz para aqueles que a desrespeitam e pleiteiam a tirania, o arbítrio e a violência contra os princípios republicanos. Stuart Mill já alertava que única interferência possível na esfera individual é para assegurar autoproteção. Nas palavras de Antonio Paim:

“O escopo fundamental [...] é o máximo de liberdade permissível e a menor quantidade de restrições necessárias para o exercício da própria liberdade. Entretanto, diante do desrespeito de tais regras de conduta por algum membro da sociedade, cabe ao Estado constranger o infrator por intermédio da força da lei e dos órgãos estatais de coerção. Em última instância, são os princípios éticos que fundamentam a instauração da ordem liberal”

O Estado possui e continua a dispor de importante papel na regulação de normas que garantam a preservação de direitos, destacando o direito à liberdade como o mais importante dos direitos fundamentais, conforme tratado na primeira parte do texto.

Quais, então, os mecanismos a serem adotados para que a democracia flua no espaço público digital sem ofender o princípio basilar que a sustenta, a saber, a liberdade de expressão? O Estado, como é sabido, quando se depara com a violação de direitos, ele usa o aparato estatal repressivo, sobretudo na esfera penal, para coibir tal prática, impor penalidade e restaurar as condições de sociabilidade. No caso das redes sociais, o Estado não pode ficar inerte ou apenas enxugando gelo, fazendo mover a estrutura penal para punir os excessos. É seu dever, antes de tudo, normatizar as condições de sociabilidade estruturadas sobre as pilastras do liberalismo. No caso da regulação das redes sociais, o Estado não age para mitigar a liberdade de expressão substancial, apenas e tão somente para normatizar a dimensão instrumental da liberdade de expressão, como o propósito de preservar sua base substancial.

É preciso combater duas anomias do nosso tempo. Uma delas é o ressurgimento da velha e antiquada censura, que parece ganhar novos contornos mundo afora a guiar as investidas de mandatários que flertam em inviabilizar o contraditório, destruir opositores e asfixiar o debate público, com pautas antidemocráticas. A outra anomia é resultante das tecnologias acopladas ao cotidiano das pessoas e que

são usadas indiscriminadamente para a disseminação de notícias distorcidas, fragmentadas e falsas. Essas duas anomias impõem uma questão ética fundamental que não podemos nos furtar de responder. Que sociabilidade, afinal, queremos construir? Há alternativas fora da democracia? É preciso recobrar olhar atento ao Estado constitucional.

No Brasil, a Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, infere no Art. 5º, XIV, que “é assegurado a todos o direito à informação”. Logo, não há democracia sem a liberdade de informar e o direito de ser informado. É necessário haver um diálogo franco com todos aqueles que almejam credibilidade nas notícias divulgadas, cientes de que o direito à informação é condição indispensável para gerir o debate público de forma qualificada e responsável.

Para combater formas autoritárias que pretendem, ainda que indiretamente, mitigar ou restringir a liberdade de expressão, é essencial a aplicação dos pressupostos assegurados constitucionalmente, incluindo o direito à informação, que é legitimado pelo papel da imprensa, de jornais e de jornalistas, e, sobretudo, de fontes detentoras de confiabilidade, que não apenas informam, mas são corresponsáveis civil e penalmente pelo que divulgam.

É patente que o restringimento de informação ou a mitigação de sua qualidade ferem os direitos fundamentais da liberdade de informação, indispensáveis para o exercício da cidadania e manutenção da democracia. Sem informação qualificada corre-se o risco de asfixiar a democracia.

Se a democracia é o jogo do consenso, ela depende da capacidade de diálogo, do debate refletido, de argumentos sustentados à luz da racionalidade e do bom senso. Antes, no entanto, de dialogar com o outro, é preciso dialogar com a informação, com o conteúdo proposicional que vincula a relação entre falantes e ouvintes. Dialogar é questionar o outro a respeito da pretensão de verdade que este levanta, sustenta e defende. O diálogo é um processo que exige maturidade e disposição de aprender com o outro. A única coerção possível numa relação dialógica, como já foi dito, é aquela exercida pela força do melhor argumento. É justamente esse caráter pedagógico, próprio do diálogo, que está sendo eliminado pelas fake news.

O que é possível aprender quando, de saída, observa-se que as informações que o outro dispõe são falsas? É preciso primeiro haver informação lastreada por fatos e proposições autênticas para que haja a possibilidade do diálogo, do debate e de sólida formação da opinião pública. Um dos antídotos para esse esparre de notícias falsas, tal qual uma metástase no tecido social, está em redobrar a confiança em uma cidadania responsável, plural e livre. O cidadãos são, afinal, corresponsáveis pelas soluções ofertadas às demandas da sociedade e igualmente pelo futuro da democracia. Está nas mãos da sociedade e do Estado o poder de separar o joio (as fake news) e guardar o trigo (a liberdade de expressão). Do contrário, a democracia poderá

se degenerar em infocracia, no excesso de (des) informação lastreada pela digitalização do espaço social, sob a condução de algoritmos, que potencializam transformações radicalizadas e ações disruptivas no espaço público. Como bem diz o filósofo Renato Janine Ribeiro, “a democracia não é apenas um regime político: é um regime social, um regime de vida” (RIBEIRO, 2017, p. 277). Preservá-la transcende a esfera política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

David Runciman afirma que “a democracia é a guerra civil sem o combate armado. Ela fracassa quando as batalhas simbólicas se transformam em combates de verdade” (RUNCIMAN, 2018, p. 20). A democracia só funciona quando aqueles que têm o poder das armas não as usam. A única arma possível em uma democracia é a palavra, a liberdade de expressá-la, de contestá-la e de contradizê-la. Na democracia contemporânea, o poder dos embates verbais parece se dissipar. No século XIX, por exemplo, a democracia era marcada por uma cultura baseada em livros, em uma comunidade de leitores. O debate impunha a necessidade de leitura, de apresentação de argumentos, de justificativas capazes de gerar convencimento na opinião pública, que também era munida da leitura de livros e de jornais. Livros, jornais e leitores eram componentes sólidos da vida social, dos debates públicos, da pujança democrática.

O rádio e a televisão no século XX massificaram o debate público e destruíram o discurso racional da cultura livresca. O poder da palavra e do contraditório foi substituído por gostos e preferências de um público passivo e consumidor. A política deixou de ser uma questão de argumentos, para se transformar em uma questão de performance. O discurso foi fragmentado e descontinuado no espaço público, impedindo que as pessoas elaborassem uma leitura mais estrutural no campo político.

O século XXI trouxe, por meio da informática, uma verdadeira revolução na forma de a democracia operar. As formas de comunicação e de compartilhamento de informações fugiram do controle argumentativo e epistêmico. A digitalização do mundo da vida implodiu a factualidade, abrindo caminhos para a arbitrariedade subjetiva, para uma crise da verdade em que a crença se impõe sobre os próprios fatos. Apagar a facticidade é aniquilar a memória política, a memória de fatos históricos, sobretudo os trágicos, que convêm preservá-los como processo de aprendizagem coletivo. Será que estamos caminhando para um novo niilismo, mergulhado na indiferença, na desconfiança e sem qualquer pretensão de verdade? Eis o desafio do nosso tempo, que espera-se, por ser rarefeito, não passe de um redemoinho passageiro a levar para longe a ventania que promete armar uma tempestade na esfera pública digital.

REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Política sem ofensa, por gentileza!** Londrina/PR: Editora Engenho das Letras, 2022.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CENCI, Elve; SILVEIRA, Fábio. **Fake News: impactos no jornalismo e na política.** Londrina/PR: Editora Engenho das Letras, 2022.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os Engenheiros do Caos.** Tradução de Arnaldo Bloch. 1ª edição. São Paulo: Vestígio, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e Práxis. Estudos de Filosofia Social.** Tradução e apresentação de Rúrion Melo. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião. Estudos Filosóficos.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 volumes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia. Digitalização e a crise da democracia.** Tradução de Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto. O município e o regime representativo no Brasil.** 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MATTHEWS, Gareth B. **Santo Agostinho. A vida e as ideias de um filósofo adiante de seu tempo.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno.** 3ª edição. São Paulo: É Realizações, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, Coleção Filosofia, 1996.

PAIM, Antonio. **Evolução histórica do liberalismo.** São Paulo: LVM Editora, 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. **A boa política. Ensaios sobre a democracia na era da internet.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim.** Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

VADE MECUM OAB SARAIVA, 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

WINNICOTT, D. W. **A família e o desenvolvimento individual.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

O DIÁLOGO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: A NEGAÇÃO DO REQUISITO NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO PERÍODO DE PANDEMIA.

Lourival José de Oliveira
Lillian Zucolote de Oliveira

INTRODUÇÃO

Devido a pandemia causada pelo corona vírus (COVID-19), praticamente todos os setores da sociedade foram atingidos com consequências desastrosas. Contudo, um deles em especial sofreu diretamente e imediatamente todos os efeitos desastrosos das restrições sociais necessárias para a redução e/ou não proliferação do citado vírus, ao ponto de promover-se grandes modificações e/ou acelerações das mudanças que vinham sendo implementas especialmente nas relações de trabalho no que se refere à maneira de produzir ou de prestar serviços.

De uma forma geral, em toda parte do mundo, a pandemia trouxe como consequência o crescimento do índice de desemprego, redução dos postos de trabalho e a precarização do trabalho que conseguiu permanecer. Também ocorreu em larga escala o incentivo ao crescimento dos chamados trabalhos atípicos, desprovidos de garantias sociais, de curta duração, produzindo um processo maior de despersonalização do trabalhador, dando ênfase ao trabalho por meio de plataformas digitais.

No caso do Brasil, para o enfrentamento de toda essa situação, foi adotada, pelo Presidente da República, a Medida Provisória nº 936 de 01 de abril de 2020 que estabeleceu um plano emergencial para a manutenção do emprego e renda, considerando que já havia sido

reconhecido o estado de calamidade pública por meio do Decreto legislativo nº 06, de 20 de março de 2020. Posteriormente, com poucas mudanças, foi convertida na Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020.

Acontece que, desde a sua edição, a referida Medida Provisória foi duramente criticada, sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade, em especial por não respeitar o contido no artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal que trata da necessidade de negociação coletiva e consequentemente acordo ou convenção coletiva para que se tornasse possível a alteração salarial do empregado ou a suspensão contratual, o que significa a necessária participação direta da entidade sindical por meio de processo de negociação coletiva, para que se tornasse possível tais intentos.

De forma diversa ao que está estabelecido no texto constitucional, considerou-se que, por conta da pandemia, era possível prevalecer a alteração do contrato individual de trabalho sem qualquer participação inicial das entidades representativas dos trabalhadores. Em termos gerais, surgiu o questionamento sobre o possível não cumprimento da necessidade do respeito ao diálogo social para poder promover as alterações contratuais de trabalho, restringindo-se à necessidade da simples concordância individual do empregado, o qual se encontrava em uma verdadeira situação de desespero por conta do alto risco da perda do seu emprego.

O objeto do presente estudo parte da premissa da possível inconstitucionalidade da citada Medida Provisória no que se refere à possibilidade de alterações contratuais, como por exemplo, redução salarial, sem a participação do sindicato representativo, que foi corroborada por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Enquanto problematização, busca-se compreender até que ponto as alterações contratuais contando somente com a concordância individual do empregado, como reduções salariais ou suspensões de contrato de trabalho ocorridas durante a pandemia, descumpriram ou não com o contido no artigo 7º, IV da Constituição Federal.

Para tanto, enquanto metodologia, propôs-se o estudo do princípio internacional do diálogo social e sua aplicação no caso concreto, de forma a saber se houve ou não a sua violação, e, caso tenha ocorrido, quais consequências foram produzidas, em especial para o necessário processo de negociação coletiva que deveria ter acontecido nos termos fixados na Constituição Federal. Após, foi examinando decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o objeto em estudo e por último as demais consequências possíveis da não observância do princípio do diálogo social, especialmente no que se refere à Previdência Social.

Adotou-se o método dedutivo, com verificações críticas baseadas em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, partindo-se da conceituação e localização em termos de obrigatoriedade do princípio do diálogo social e as possíveis consequências que poderão ser

produzidas em face do seu descumprimento, em especial no que se refere às relações de trabalho.

1 O PRINCÍPIO DO DIÁLOGO SOCIAL COMO REQUISITO PARA A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

É público e notório que no Brasil, nos últimos anos principalmente, foram aprovadas alterações normativas importantes em matéria de trabalho, ao ponto de poder ser afirmado que ocorreu e ainda está ocorrendo uma mudança de paradigma normativo no que se refere à proteção ao trabalho humano.

Especialmente o trabalhador empregado está passando por um processo de emancipação econômica, perdendo aos poucos a proteção que antes advinha das normas de ordem pública, o que chega a contrariar o princípio da proteção, justificado por conta da sua situação de hipossuficiência que se encontra.

Essa mudança pode ser melhor explicada no conjunto dos dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista/2017 (Lei nº 13.467/2017), que promoveu um novo entendimento sobre o valor trabalho. Ou seja, o trabalho tornou-se um bem de valor patrimonial para atender as necessidades econômicas com as empresas objetivando a redução de custos, aumento da competitividade empresarial e geração de maiores lucros, independentemente de estar contribuindo nesse processo com a precariedade das relações de trabalho, deixando o trabalho de ser um valor social constitucional e, sendo assim, não promovendo a redução da desigualdade social no sentido de verdadeiramente construir um dos requisitos básicos de um Estado Democrático de Direito.

Chegou-se ao ponto de poder ser afirmado que, em grande parte, essas mudanças foram contrárias ao conteúdo programático constitucional, bem como em relação às normas expressas na Constituição Federal, a exemplo do artigo 7º “caput”, se comparado com o artigo 611-A da CLT, sem falar do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (artigo 8º, parágrafo 3º da CLT), que viola frontalmente o princípio do acesso à justiça e outros tantos dispositivos resultantes da reforma trabalhista/2017 (Lei nº 13.467/2017).

Não obstante tais violações acima citadas apenas como exemplos, não necessitando aqui de outras tantas em razão do objeto do presente estudo, ressalta-se também que tais mudanças normativas se encontram em conflito com os direitos fundamentais, sendo que nesse sentido cabe afirmar que, em submetendo-as a uma interpretação sistêmica levando em conta as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conclui-se que o trabalho tornou-se de fato e de direito em uma simples “engrenagem” do modo de produção capitalista, desprovido assim de valoração humana.

Dessa forma, tem-se de maneira mais nítida a gravidade das violações cometidas pelas sucessivas reformas trabalhistas dos últimos anos no

Brasil, que afrontaram concomitantemente princípios internacionais públicos de proteção ao chamado mínimo civilizatório, os quais são essenciais para a própria existência do Estado democrático, como também a utilização do período pandêmico para justificar outras tantas afronta ao valor trabalho humano.

Cumpre salientar que independentemente da incorporação ou não das Convenções Internacionais da OIT ao ordenamento jurídico interno – que no Brasil depende de todo um procedimento próprio, com a aprovação do Poder Legislativo e Poder Executivo –, existem princípios/normas internacionais que independem de tal processo para que obriguem os Estados signatários da OIT ao cumprimento das mesmas ou ao atendimento de determinadas condutas. No caso, o Brasil, com o respaldo da Suprema Corte de Justiça, movimentou-se no sentido de avançar nesses descumprimentos.

Aqui está se referindo aos princípios que se encontram contidos na Carta da OIT, também conhecida como Constituição da OIT, e, no caso do presente estudo, torna-se imperativo lembrar do conteúdo aprovado na 86^a Sessão da OIT, Genebra, em 18 de junho de 1998:

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é:

- (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;*
- (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;*
- (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e*
- (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.*

A Declaração de julho de 1998 tratou de princípios e direitos básicos relativos a quatro áreas importantíssimas em termos de proteção ao trabalho, cabendo aqui citá-las: liberdade sindical e direito à negociação coletiva (Convenções nº 87 e 98); eliminação de todas as formas de trabalho forçado (Convenções nº 29 e 105); abolição do trabalho infantil (Convenções nº 138 e 182); e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções nº 100 e 111).

As referidas Convenções são consideradas fundamentais e, assim sendo, impõem a todos os Estados-Membros da OIT a obrigação de cumprir as suas disposições, ainda que não as tenham ratificado, por se tratar de princípios e direitos previstos na Constituição da OIT e na Declaração de Filadélfia, ou seja, com o status de direitos fundamentais.

No intuito de demonstrar a importância da Declaração de 1998, conhecida como Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, naquele mesmo ano (1998) estava no auge do que se tornou conhecido como “Consenso de Washington”, com propostas

marcadamente liberais no sentido de não intervenção do Estado nas relações de trabalho e a restrição aos sujeitos coletivos representantes de trabalhadores, no sentido de fazer perder o pouco que ainda restava de identidade coletiva, assim como a defesa do fim do emprego em face do avanço das tecnologias principalmente (desemprego estrutural). Ao mesmo tempo, a necessidade de redução do custo empresarial para alcançar a máxima competitividade.

Portanto, a Declaração de 1988 surge de uma necessidade imediata de proteção em especial ao trabalho em um momento que estava no ápice o discurso da defesa da plena liberdade de mercado, com a intensificação das regras da livre contratação no que se refere às relações de trabalho, surgindo assim a expressão “trabalho decente” enquanto sendo o trabalho sustentável nos seus mais variados aspectos, em oposição às propostas resultantes do Conselho de Washington.

Segundo Lais Abramo¹:

A formalização do conceito de trabalho decente e a formulação da proposta de uma Agenda Global de Trabalho Decente surgem assim como parte de um processo – e expressão de um compromisso – de revalorização e afirmação do trabalho – e dos sujeitos coletivos e direitos a ele associados – na agenda pública e política no contexto da globalização.

A fim de não restar qualquer dúvida a respeito da força imperativa da Declaração de 1998 da OIT em relação aos Estados signatários, vale a pena repetir que no seu item 2, anteriormente citado, de forma expressa estabeleceu que, [...] *ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição [...]*. Como se não bastasse, importante também frisar a continuação do texto da mesma Declaração, que mais abaixo estabeleceu:

“3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais, de funcionamento e orçamentários, incluída a mobilização de recursos e apoios externos, assim como estimulando a outras organizações internacionais com as quais a OIT tenha estabelecido relações, de conformidade com o artigo 12 de sua Constituição, a apoiar esses esforços:

- a) oferecendo cooperação técnica e serviços de assessoramento destinados a promover a ratificação e aplicação das Convenções Fundamentais;*
- b) assistindo aos Membros que ainda não estão em condições de ratificar todas ou algumas dessas Convenções em seus esforços*

¹ ABRAMO, Lais. *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Genegra: OIT, 2015, página 26.

por respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções; e c) ajudando aos Membros em seus esforços por criar um meio ambiente favorável de desenvolvimento econômico e social.”

Soma-se às transcrições acima:

“4. Decide que, para tornar plenamente efetiva a presente Declaração, implementar-se-á um seguimento promocional, que seja crível e eficaz, de acordo com as modalidades que se estabelecem no anexo que será considerado parte integrante da Declaração. (Grifo nosso)

5. Sublinha que as normas do trabalho não deveriam utilizar-se com fins comerciais protecionistas e que nada na presente Declaração e no seu seguimento poderá invocar-se nem utilizar-se de outro modo com esses fins; ademais, não deveria de modo algum colocar-se em questão a vantagem comparativa de qualquer país sobre a base da presente Declaração e seu seguimento. ”

Segundo Luciane Cardoso Barzotto², A OIT, ao fixar quatro princípios ou direitos fundamentais no trabalho, em 1998, elegeu quais seriam os direitos humanos básicos e proclamou-os como indicadores mínimos da dignidade dos trabalhadores.

Continuando, vale complementar com os apontamentos feitos por Matteo Carbonelli³:

Esta Declaração, em verdade, depois de reafirmar que, em uma situação de crescente interdependência econômica, é uma necessidade urgente reafirmar esses direitos, estabelece que todos os Estados-Membros da Organização, tendo aceitado os princípios e os direitos previstos na Constituição e na Declaração de Filadélfia, que foram, em seguida, expressos e desenvolvidos sob a forma de direitos e de obrigações específicos nas oito Convenções reconhecidas como Fundamentais, têm, portanto, mesmo que não tenham ratificado essas Convenções, a obrigação de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de acordo com a Constituição da OIT, os princípios relativos aos direitos fundamentais consagrados nas referidas Convenções,(...).(grifo nosso).

Nas palavras do autor citado, não restou qualquer dúvida que, independentemente de processo de internalização das Convenções da OIT, os princípios previstos em sua Constituição são de aplicação obrigatórias a todos os Estados signatários.

Feitas essas importantes considerações, agora torna-se possível explorar o princípio do diálogo social, que é derivado do “reconhecimento efetivo à negociação coletiva”, que está contido no item 2,

2 BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores (in). Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, nº 39, 2007, página 44.

3 CARBONELLI, Matteo. A proteção internacional dos direitos fundamentais no trabalho. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.). Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual. São Paulo: Atlas, 2015, página 26.

letra “a” da Declaração supratranscrita e na própria composição tripartite da OIT.

Em um primeiro momento é importante frisar que o princípio do diálogo social é um dos eixos que se encontram consolidados em todas as Convenções aprovadas pela OIT e, inclusive, no tocante a própria forma de composição da Conferência Internacional do Trabalho (artigo 3º da Constituição da OIT) e o Conselho de Administração da OIT (artigo 7º da Constituição da OIT), fica evidente a necessidade do diálogo social de forma ampla.

O tripartidarismo, enquanto expressão máxima do princípio fundamental do diálogo social, faz-se presente em estruturas permanentes que compõe a mesma organização.

A expressão da instituição OIT com a formação tripartite indica sua inclinação ao diálogo e a produção normativa que contempla as necessidades do trabalhador, outra demonstração de uma linha que ultrapassa a tendência de solidariedade no trato com os trabalhadores. As características do tripartismo acarretaram uma novidade da OIT para o Direito Internacional, com uma nova visão de produção normativa coletiva⁴.

É possível conceituar diálogo social, sob o prisma das relações de trabalho, como sendo um processo que não elimina os interesses próprios das partes envolvidas, mas que promove o entendimento e o equilíbrio das relações de trabalho, valorizando os atores sociais, no caso os empregados, empregadores e Estado, necessário enquanto forma propositiva que se traduz em partes em processos de negociação coletiva.

É também imperativo citar que o princípio do diálogo social é basilar para o alcance daquilo que se tornou conhecido como trabalho decente. Nesse sentido, são apontados quatro diálogos como políticas da OIT, que devem ser aplicados na prática: diálogo da organização do trabalho e da produção; diálogo Trabalho e Sociedade – “Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Oportunidades para o Futuro do Trabalho; e, o diálogo sobre as novas formas de governança para o futuro do mundo do trabalho, no caso o trabalho decente⁵.

Segundo Lorena Vasconcelos Porto⁶:

O objetivo principal do diálogo social é promover a construção do consenso e o envolvimento democrático entre os principais atores do mundo do trabalho. Estruturas e processos de diálogo social bem-sucedidos têm o potencial de resolver questões

⁴ BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores (in). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº 39, p. 141-156, dez. 2018, página 150.

⁵ VALTICOS, Nicolas; VON POTOBSKY, Geraldo. *International Labour Law*. 2. ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995, página 34.

⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos. Tripartidarismo e diálogo social na OIT e a reforma trabalhista. (in) ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (organizadores). *Coleção Direito Internacional do Trabalho. A Organização Internacional do Trabalho: sua história, missão e desafios* (E-BOOK), volume 1, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, página 183.

econômicas e sociais importantes, além de encorajarem a boa governança, incrementarem a paz e a estabilidade social e industrial e impulsionarem o progresso econômico. O diálogo social e o tripartismo abrangem: a) negociação, consulta e troca de informações entre atores diferentes; b) negociação coletiva; c) prevenção e resolução de conflitos; d) outros instrumentos de diálogo social, inclusive responsabilidade social das empresas e acordos-quadro internacionais.

Outra questão que não pode ficar de fora diz respeito ao fato de o diálogo social ser um dos sustentáculos da própria democracia na medida que reconhece e valoriza os atores sociais de forma a fortalecer a representação social. Inclusive, esse mesmo diálogo também deve ocorrer entre Estados, considerando a transnacionalidade da economia e os processos cada vez mais intensos de migrações de trabalhadores de uma para outra região.

Observa-se, portanto, que praticamente tudo que deve ser definido em termos de relações de trabalho implica no cumprimento do princípio do diálogo social. E não é somente isso, todo diálogo deve envolver empregados, empregadores e o Estado, não descartando a sociedade civil organizada que também deve fazer parte desse mesmo diálogo, considerando os inúmeros efeitos causados pelo desemprego ou a redução salarial.

E, no caso da negociação coletiva sobre o tema trabalho, trata-se de um princípio fundamental expresso, obrigatório e que deve ser atendido em todas as situações, o que significa dar a interpretação mais ampla possível, tratando-se de algo obrigatório, seja por conta da normatização interna constitucional ou pelas normas internacionais de aplicação obrigatória.

Para todos os tipos de enfrentamento, desde a mudança do sistema normativo, como ocorreu com a reforma trabalhista/2017 no Brasil até a obrigatoria participação direta das entidades sindicais e de toda a sociedade quando se trata de estabelecer estratégias ou formas de governança para o futuro, precisa ser atendido o princípio do diálogo social.

A construção de políticas públicas sociais e econômicas são entendidas como preceitos metajurídicos que devem passar por um comportamento cooperativo e ao mesmo tempo interativo, traduzido mais uma vez na expressão diálogo social. No caso das relações de trabalho, esse comportamento é ainda mais importante. Destaca-se aqui a função social da propriedade que está ligada diretamente ao princípio da reciprocidade integrativa ⁷.

Diante de tal afirmativa, nem é preciso de maiores fundamentos para compreender a importância do diálogo social quando se está enfrentando um possível colapso no trabalho, que teve grande contribuição da pandemia do corona vírus de 2020, que determinou um

⁷ BULOS, U. L. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 9. ed., revista e atualizada até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, página193.

crescimento sem precedente, ou, como aconteceu no Brasil, que por força de Medidas Provisórias, convalidadas por decisões judiciais, suspendeu os contratos de trabalho ou reduziu a jornada de trabalho e os salários sem o mínimo cumprimento do diálogo social, bastando obter a concordância individual do empregado, que se encontrava entre “a espada e a caldeira com água quente”.

É importante acrescentar que a expressão de vontade entre partes que se encontram em desigualdade quanto à posição social, econômica e política, acrescida do medo do desemprego, como é o caso dos empregados em especial no período pandêmico, fez com que a mesma deixasse de existir. No caso concreto do Brasil, as reduções contratuais e suspensões ocorreram sob a imposição do empregador, camuflada por uma aparente concordância do empregado e homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

2 O DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO DIÁLOGO SOCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O objeto de estudo do presente tópico não é a reforma trabalhista/2017 (Lei nº 13.467/2017) que de forma açodada e sem qualquer diálogo social produziu uma das maiores mudanças normativas no Brasil em termos de relações de trabalho.

Na verdade, tal tema foi comentado o suficientemente nos últimos dois anos, restando aqui a afirmativa de não ter havido o debate necessário e o envolvimento obrigatório da sociedade civil em tais mudanças, ocorrendo por verdadeira medida impositiva do Estado.

Essa referência é para o fim de demonstrar que, quando se trata principalmente de alterações normativas que atingem imediatamente os negócios jurídicos em curso (os contratos de trabalho no caso), existe um crescente desrespeito a qualquer procedimento de diálogo social e que essa situação não se altera quando feitos os mesmos questionamentos a respeito de decisões judiciais que também carecem de diálogo social.

O que se pretende aqui é examinar o que ocorreu quando da edição da Medida Provisória nº 936/2020, em especial sobre a autorização de alterações nos contratos individuais de trabalho por meio de acordos individuais sob o fundamento na necessidade extraordinária produzida pela pandemia resultante do corona vírus (novo covid-19). Ou seja, será que a chamada extraordinária situação de proteção à saúde pública foi suficiente para eliminar a necessidade do diálogo social?

A título de situar o problema, a Medida Provisória nº 936/2020 tratou de três pontos fundamentais para os contratos individuais de trabalhos, conforme a seguir: a) redução proporcional de jornada de trabalho e salário; b) suspensão temporária do contrato de trabalho, e; c) pagamento de benefício emergencial de manutenção do emprego e da renda. Também, a mesma Medida Provisória previu três tipos

de reduções salariais com redução de jornada de trabalho, ou seja, de 25%, 50% e 70%, mediante somente a concordância individual do empregado.

Sem dúvida que muitas críticas foram apresentadas à citada Medida Provisória, em especial por estar afrontando o artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal, que somente admite a redução salarial mediante negociação coletiva de trabalho, e, ainda, em situações que efetivamente impliquem na necessidade da redução temporária com contrapartida aos empregados.

Em defesa da Medida Provisória vários argumentos foram lançados, sendo o principal deles que a medida necessária para manutenção do emprego em razão de um estado de coisas que pode ser caracterizado como força maior ou decorrência do próprio estado de calamidade pública produzida pela pandemia viral, autorizando assim decisões necessárias e rápidas para preservação do emprego no Brasil.

A Medida Provisória nº 936/2020, por força de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 6363), foi submetida a julgamento do Supremo Tribunal Federal em 17 de abril de 2020 que se pronunciou, em síntese, autorizando a redução salarial e a suspensão do contrato de trabalho por meio de acordo individual com fundamento na pandemia, independente das anuências dos sindicatos representativos das categorias profissionais envolvidas.

Segundo o relator Ministro Alexandre de Moraes, em razão do momento excepcional, a previsão das alterações contratuais, entenda-se redução salarial ou suspensão do contrato de trabalho, é algo razoável para fins de garantir a renda mínima para o trabalhador e preservar o emprego. Transcrevendo parte do voto do relator, *a exigência de atuação do sindicato, abrindo negociação coletiva ou não se manifestando no prazo legal, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego* (Ministro Alexandre de Moraes, ADI nº 6363).

Segundo a interpretação dada pelo Ministro, para o enfrentamento da crise sanitária, não era possível a intermediação dos sindicatos, considerando a necessidade de decisão rápida, tornando difícil a convocações de assembleias sindicais de forma rápida, o que tornaria o processo de aprovação extremamente moroso e burocrático. Portanto, a crítica que se faz aqui, explicando mais uma vez, que não é apenas em relação ao conteúdo da Medida Provisória nº 936/2020 como também e principalmente a interpretação dada pelo STF, que no caso, aprofundou-se a situação de excepcionalidade, não existindo qualquer fundamento jurídico normativo ou mesmo o mínimo de razoabilidade para dar guarida à decisão tomada.

Inclusive, deve-se deixar claro que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal foi além daquilo que estabeleceu a própria Medida Provisória nº 936/2020, por conta que no seu artigo 11, parágrafo 4º, obrigava os empregadores a comunicarem o pacto estabelecido ao sindicato laboral representativo da categoria envolvida nas reduções

ou suspensões contratuais, o que não ficou ressalvado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, o STF desconheceu a própria existência dos sindicatos, a sua função no processo de negociação, expungindo de vez qualquer possibilidade de pacto coletivo e ainda descumpriu o texto da citada Medida Provisória.

Observa-se finalisticamente que a notificação que deveria ser feita aos sindicatos representativos se tratava em tese do início de diálogo social, ainda que feita após terem sido promovidas as reduções das jornadas com reduções salariais ou suspensões dos contratos de trabalho. Nem mesmo a essa tardia prestação de informações o STF respeitou, o que pode significar para o caso concreto estar a corte reescrevendo a própria Medida Provisória ou talvez a própria Constituição Federal.

Concentrando-se a análise na violação do princípio fundamental do diálogo social, ainda que em período de pandemia, que evidentemente exige um tratamento que foge à normalidade, entende-se aqui que foi criado um verdadeiro “Estado de Exceção”, a ponto de afastar não somente regras constitucionais, como a do artigo 7º, inciso IV, mas também princípios internacionais cuja natureza é de direito fundamental, como é o caso do princípio do diálogo social que deveria e deve ser aplicado em sua plenitude, não sendo excluído sob o argumento de atender as necessidades geradas pela pandemia do novo covid-19.

Observa-se que antes da decisão acima relatada, no mesmo processo, foi emitida uma liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowsk, que estabeleceu a necessidade de ser feita uma interpretação da citada Medida Provisória conforme a Constituição Federal. Em termos concretos, após o acordo individual sobre a redução salarial ou suspensão contratual, era necessário informar o sindicato a fim de que, querendo, pudesse deflagrar negociação coletiva.

Verifica-se que ainda que a decisão liminar do Ministro Lewandowsk não atendesse por completo o princípio do diálogo social, pelo menos apontava para a sua posterior necessidade, sob pena de alijar toda a base sobre a qual deve ser construída a relação de trabalho, que até certo ponto, pelo menos cumpria a citada Medida Provisória.

A necessidade do diálogo social, que nas relações de trabalho se expressa na negociação coletiva principalmente, é uma forma de tentar compensar a situação de vulnerabilidade que se encontra o empregado em situação de normalidade. Essa vulnerabilidade acaba se acirrando ainda mais quando está diante de um período de pandemia, ou seja, de excepcionalidade, o que implica por duplo fundamento a manutenção da negociação coletiva, ou seja, o princípio do diálogo social.

Logicamente que para efetivar o princípio do diálogo social necessita-se da intervenção do Estado nas relações de trabalho, seja por meio da concessão de “ajuda financeira” para as medidas de auxílio ao emprego

e à renda, como aconteceu no Brasil, ou das alterações contratuais necessárias, devendo sempre prevalecer, para ambas, o princípio do diálogo social.

Inclusive, deve-se deixar claro que as situações de excepcionalidades contidas no artigo 7º, inciso IV da C.F. são justamente para atender situações como o do corona vírus, tornando possível a redução da jornada de trabalho e dos salários mediante acordo ou convenção coletiva.

Dessa forma, não existe uma excepcionalidade da excepcionalidade quer seja no plano constitucional ou em termos de direitos fundamentais internacionais. A excepcionalidade é uma só, que no caso é a possibilidade de reduzir salários desde que por meio de negociação coletiva. Em termos diretos, não existe uma excepcionalidade, como a construída pelo STF, que justifique a ausência de diálogo social que, por sua vez, acabou resultando na exigência apenas de um acordo individual entre empregado e empregador.

Uma outra questão que não pode ser deixada no esquecimento trata-se do fato que, segundo a decisão do STF a respeito da possibilidade de se fazer reduções salariais ou suspensões do contrato por meio de acordos individuais, estabeleceu-se uma presunção absoluta no sentido de todos os empregadores terem as mesmas necessidades em face da pandemia. Ou seja, os salários dos empregados precisam ser reduzidos, como se todos os setores econômicos, na mesma intensidade e proporção, tivessem sido atingidos pela pandemia de igual forma, resultando assim em um tratamento genérico.

Sabe-se que isso evidentemente não ocorreu, sendo que as consequências econômicas e sociais principalmente variam de setor para setor, sendo que em alguns deles houve até crescimento na produção em período de pandemia.⁸ Diante desse fato é possível afirmar que a ausência do diálogo social afeta também o princípio da igualdade na medida que situações desiguais estão sendo tratadas como iguais.

Praticamente foi ceifada com a decisão do STF qualquer possibilidade de se estabelecer diálogo a respeito do que era necessário, em termos de setor econômico, de apoio financeiro do Estado para as empresas ou de limites para a alteração contratual. Tudo foi colocado na mesma “caixa”, tratando como algo homogêneo.

Não somente os contratos individuais de trabalho foram violados como também foram colocados em pé de igualdade todos os empregadores no que diz respeito a serem possivelmente beneficiados ou prejudicados não apenas pelas alterações unilaterais dos contratos de emprego como também no recebimento pelos empregadores de

⁸ Uma pesquisa realizada pela SEMrush, companhia norte-americana especializada em marketing digital, analisou o impacto da pandemia no comportamento online das populações para entender quais setores e empresas foram mais e menos afetados. “Muitas empresas foram impactadas negativamente, como o setor aéreo, que é o que mais sofre neste cenário. Mas o resultado das pesquisas mundiais na internet deixa claro que os serviços que ajudam no trabalho em casa e no entretenimento estão se destacando positivamente neste cenário”, afirma Maria Chizhikova Marques, coordenadora de mercado da SEMrush. Pesquisa revela setores que estão se dando bem na crise causada pela pandemia. Forbes de 27.04.2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/04/pesquisa-revela-os-setores-que-estao-se-dando-bem-na-crise-causada-pela-pandemia/>, capturado em 15.06.2020.

vantagens fiscais e tributárias do poder público por meio da concessão de empréstimos a juros baixos.

Será que os fundamentos apresentados pelo STF são suficientes para todas essas violações? Será que o fundamento de ser “burocrático” e inviável manter o processo de negociação na pandemia superaria todos os meios informatizados, como por exemplo, a realização de comunicações virtuais, para se estabelecer um processo rápido de negociação? Observe que a própria decisão do STF que aqui está sendo combatida foi tomada virtualmente, o que demonstra a fragilidade e o não fundamento técnico usado pela citada Corte de Justiça.

Não existe diálogo social sem a participação das entidades sindicais bem como de toda a sociedade, em especial em um caso como o que aqui está sendo discutido, que implicou até na concessão de empréstimos diferenciados para as empresas empregadoras e na suspensão de cobrança de tributos.

Portanto, o que se discute aqui é bem maior que os efeitos produzidos somente para os contratos individuais de trabalho, envolvendo toda a sociedade no sentido de lançar crítica sobre a forma como atuou o Estado brasileiro nesse caso em específico.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS PRODUZIDAS PELO NÃO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO DIÁLOGO SOCIAL

O último ponto do debate tem o propósito de apresentar parte das consequências surgidas quando não se atende o princípio do diálogo social, em especial no que se refere às relações de trabalho, como ocorreu no Brasil com a pandemia do corona vírus.

Sem dúvida que já foram apresentadas algumas delas, como a quebra da própria estrutura democrática, desrespeito a pactos internacionais, dentre outros. Contudo, é importante mergulhar mais fundo no que representou de fato o descumprimento do princípio do diálogo social.

Quando se constitui espaços de conectividade, chamados aqui de espaços de interação dialogada, no sentido da construção participativa de soluções para o enfrentamento de um problema, está se buscando, dentro de alternativas estratégicas, aquela que poderá proporcionar melhores resultados, considerando-se que toda crise, em especial a da pandemia, produz maior vulnerabilidade a determinados membros que compõe a sociedade. No caso, quem se situou nesta posição foram os empregados trabalhadores, pequenos empregadores e ou setores que permaneceram por mais tempo fechados diante das medidas sanitárias restritivas e que não se adaptaram de imediato ao comércio virtual.

O princípio do diálogo social é muito bem representado pelo “Agir Comunicativo de Habermas”⁹, sendo compreendido como “agir” o fato de estar sendo buscado um consenso entre as partes envolvidas e não um convencimento. Trata-se de estabelecer uma verdadeira negociação durante as interações comunicativas, a fim de que todas as partes envolvidas efetivamente participem na busca do consenso. Trata-se do reconhecimento dos direitos que compõe o próprio conceito de cidadania, ou melhor, do seu exercício.

Sendo assim, a primeira consequência que é apontada, resultado dessa quebra do princípio do diálogo social, foi a falta de transparência em todas as tratativas dessa natureza realizadas em especial no período pandêmico. No caso aqui estudado, simplesmente os contratos individuais de trabalho tiveram suas jornadas reduzidas ou foram suspensos e todo o processo foi conduzido unilateralmente pelos empregadores, com a adesão forçada dos empregados (adesão formal), sem qualquer participação das entidades representativas das categorias profissionais ou de qualquer outro sujeito no processo.

O que prevaleceu não foram os interesses da sociedade ou dos trabalhadores e sim uma visão de mundo baseada exclusivamente no patrimonialismo. Ou seja, quantas empresas poderão ou não fechar, encerrar as suas atividades? O que isso poderá representar para a economia? Quantos trabalhadores ficarão desempregados de imediato? Em nenhum momento os trabalhadores por meio das suas entidades representativas foram convidados para dialogar.

Em segundo fundamento, a busca da pretensa manutenção dos empregos em período de pandemia não se sustenta por conta do período estabelecido de redução de jornada ou suspensão contratual (3 meses de redução salarial, podendo ser prorrogado, e 60 dias de suspensão, podendo ser prorrogado por mais 30 dias), por conta do próprio avanço da pandemia para período mais longo do que aquele previsto em Medida Provisória. E com a Lei nº 14.020/2020 teve-se uma significativa ampliação dos mesmos prazos.

Diga-se, não era e ainda não é possível qualquer previsão quanto à duração dos efeitos da pandemia no período em que se adotou a citada Medida Provisória, ainda que com a sua prorrogação, considerando que todas as mudanças promovidas em grande parte no período pandêmico continuam existindo e se multiplicando mesmo após o período formalmente considerado pandêmico. Trata-se dos efeitos que se acumulam nas pessoas contaminadas pelo vírus.

Reafirmando, o Congresso Nacional aprovou a citada Medida Provisória, tornando-se na Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, que dilatou o prazo tanto para suspensão como para redução da jornada de trabalho, nos mesmos moldes iniciais, justamente por não saber qual seria a duração da pandemia. Resta aqui frisar que praticamente todas as inclusões que o Congresso Nacional fez no texto da então

9 HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.186.

Medida Provisória foram vetadas pelo Presidente da República e que a ajuda financeira do Estado não ficou mais atrelada ao mesmo período de redução ou de suspensão dos contratos individuais de trabalho.

Em termos gerais, as possibilidades de prorrogações ou não das medidas que diretamente atingiram e atingem as relações de emprego foram tomadas pelo Estado, de forma casuística, sem qualquer outra participação social, em especial do trabalhador afetado, sempre com a contínua justificativa que era algo emergencial, imediato, que inviabilizava qualquer processo burocrático de diálogo, ainda que no processo de transformação em lei.

A título de exemplo, enquanto consequência extremamente prejudicial para os trabalhadores, cita-se aqui a questão previdenciária, uma vez que a redução da remuneração, ainda que com o complemento do Estado a título de auxílio pandemia, levou à redução da contribuição previdenciária, afetando, em especial, todos os valores dos benefícios previdenciários, como exemplos, os prazos de carência e o déficit previdenciário que estará sendo aumentado no período pós-pandemia, afetando consequentemente toda a sociedade.

É imperioso destacar que atualmente exige-se uma construção normativa e ao mesmo tempo uma interpretação que parta do princípio da dignidade da pessoa humana, embora se trate de uma expressão bastante desgastada por sua não efetividade quando se refere a prazo de carência previdenciário e valores de contribuição. Não é possível compreender qualquer experiência jurídica que não necessite, de algum modo, ser conduzido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser afirmado que independentemente da presença direta ou não do Estado, ela se projeta em toda ordem jurídica.

Isso significa que, por exemplo, as suspensões contratuais havidas no tempo da pandemia, em face da lei de “preservação do emprego”, não poderiam jamais ser retirado do tempo de serviço do empregado. No entanto, esse entendimento não vem acontecendo.

Importante observar, talvez contrariando muitas posições, que essa mesma dignidade não se extrai do cidadão individualmente e sim coletivamente. Quer dizer, faz parte dos direitos de solidariedade e de outros direitos, resultando na sua ampliação em termos de proteção¹⁰. E, esse entendimento se encaixa perfeitamente no caso aqui estudado, ou seja, em nenhuma hipótese é possível entender que as medidas editadas se tratem de ações direcionadas aos empregados individualmente, não justificando em qualquer hipótese o fundamento utilizado de não ser necessário para tanto a participação de ente de representação coletiva dos trabalhadores.

Portanto, sem dúvida que no caso concreto aqui analisado foi violado diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto que deveria ser tratado no plano coletivo, enquanto

10 FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, página 300-301.

interesse social manifesto. Reitera-se também a disparidade de forças existente entre empregado e empregador, o que merecia a participação direta e constante das entidades representativas dos trabalhadores.

Para tornar mais evidente as incorreções cometidas, todas essas situações não se contiveram somente na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que também foi violado o princípio da solidariedade social, que faz parte do processo de construção de uma dignidade coletiva, no caso, também de incidência em todo o ordenamento jurídico, contido expressamente no artigo 3º da Constituição Federal.

Significa que “os chamados mecanismos de proteção ao emprego”, agora contidos na Lei nº 14.020/2020, na verdade produziram efeitos diretos na seguridade social, em especial na previdência social, no direito à saúde e demais institutos de proteções sociais, ou seja, mudanças que não se circunscreveram à relação empregado e empregador, atingindo a sociedade de forma geral, no sentido contrário à construção de uma solidariedade social.

Voltando ao início dos estudos, essas projeções (resultados) não foram levadas em conta, sendo tratados como meras questões patrimoniais individuais, particulares, sem dialogar com outras esferas da sociedade, negando os efeitos sociais gerais que estão sendo produzidos. Esse é com certeza o maior ponto de estrangulamento ou de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em sua forma coletiva ou em seu processo de construção.

A questão última do estudo é saber se o procedimento adotado para as chamadas medidas de proteção ao emprego produziu ou não uma maior fragilizada no que se refere à proteção dos valores sociais resultantes do trabalho. Saber se a negativa ao plano coletivo e priorizando o individual, de forma a intensificar a própria concorrência entre empregados que se procura aumentar na maior parte das cadeias produtivas faz parte da finalidade programática da Constituição Federal.

Quais os reflexos, saindo do período de pandemia, as medidas então adotadas representarão para um futuro próximo e que ainda não são possíveis de conhecimento? Espera-se que tudo aquilo que foi criado sob a marca do temporário, do provisório, não se torne definitivo. Ou seja, que a regra provisória de exclusão do diálogo social não represente daqui em diante na regra geral, permanente, não precisando se quer a existência de uma pandemia para dar um “verniz” de normalidade constitucional e social ao ponto de “justificar” o descumprimento da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos afirmando que o “Plano emergencial de manutenção do emprego e da renda” instituído pela Medida Provisória nº 936/2020, repetindo-se com a Lei nº 14.020/2020 violou concomitantemente a Constituição Federal e as normativas internacionais de proteção ao trabalho, em especial no cumprimento do princípio do diálogo social, resultando assim na negação ao requisito negociação coletiva.

No caso, o Estado brasileiro adotou um comportamento não cooperativo para tratar de problemas que envolve toda a sociedade, reduzindo o princípio da dignidade da pessoa humana no plano coletivo, bem como desrespeitando o direito à negociação coletiva, negando a competência das entidades sindicais e restringindo as suas participações em todo o processo.

Enquanto resultados imediatos, descumpriu-se a Constituição Federal, especialmente no seu artigo 7º, inciso IV, como também afetou o sistema previdenciário brasileiro tanto no que se refere aos prejuízos individuais provocados nos trabalhadores, como considerando o sistema de seguridade social como um todo.

Em palavras curtas, o Supremo Tribunal Federal descumpriu diretamente com a aplicação da Constituição Federal no que se refere à necessária e obrigatória participação das entidades sindicais representativas em processo de negociação coletiva para só assim, caso fosse cumprido, ser possível a redução salarial, redução de jornada ou suspensão do contrato individual de trabalho.

O discurso econômico imediatista, conjuntamente com a “homologação” feita pelo STF no que se refere a ter expungido com sua decisão qualquer vício de inconstitucionalidade, pode ter dado início a um novo comportamento aqui chamado de reducionismo constitucional, que não descarta a possibilidade dessas mesmas violações serem objeto de reclamações internacionais, em especial perante a Organização Internacional do Trabalho, ou ainda, de se tornarem algo “comum” para o deslinde de outros casos futuros que impliquem a necessidade de pactos coletivos.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Lais. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social**. Genegra: OIT, 2015.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e Trabalhadores**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção dos direitos humanos dos trabalhadores (in). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, nº 39, p. 141-156, dez. 2018.

BULOS, U. L. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed., revista e atualizada até a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELLI, Matteo. A proteção internacional dos direitos fundamentais no trabalho. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.). **Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: um debate atual**. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

PORTO, Lorena Vasconcelos. Tripartidarismo e diálogo social na OIT e a reforma trabalhista. (in) ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de (organizadores). **Coleção Direito Internacional do Trabalho. A Organização Internacional do Trabalho: sua história, missão e desafios (E-BOOK)**, volume 1, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VALTICOS, Nicolas; VON POTOBSKY, Geraldo. **International Labour Law**. 2. ed. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995.

O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO SOCIAL REGISTRAL

*CONTEMPORARY BUSINESS LAW AND
THE REGISTRATION SOCIAL FUNCTION*

João Antonio Sartori Júnior
Matheus Filipe de Queiroz
Daniela Braga Paiano

INTRODUÇÃO

O Direito na atualidade mostra-se, cada vez mais, sensível as considerações que dignifiquem a pessoa humana. Nesse contexto, a função social vem se firmando como importante instrumento de efetivação dos direitos, consagrando, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, para satisfação das necessidades fundamentais acessível a todos os cidadãos.

A função social é um conceito aberto decorrente da evolução dos tempos, relativa ao que é da responsabilidade e do dever de todos, comum a todos, com reflexos na propriedade, na posse, no contrato, na família, na empresa e do novo paradigma que se apresenta substanciado na função social registral.

Ao se fixarem os limites, no âmbito da função social registral, as recentes alterações legislativas ressaltam a importância das atividades notariais e registrais, potencializando a segurança jurídica do tráfego imobiliário, dando uma maior publicidade aos fatos e informações relacionadas ao direito negocial.

Os serviços notariais e de registro, na forma do artigo 236 da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei 8.935/94, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, através de concurso público de provas, sendo os notários e registradores profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegada a atividade notarial

e registral, de forma que, são agentes públicos, especializados em registros públicos, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

É sabido e notório que, na prática notarial e registral, parte dos imóveis encontra-se em situação irregular junto ao registro imobiliário, por diversas razões, com inúmeras consequências jurídicas e econômicas ao desenvolvimento do mercado imobiliário e do direito negocial.

Portanto, o sistema de controle dos instrumentos notariais e registrais devem se aperfeiçoar, para constituir uma malha firme, atualizada e completa das informações constantes nos registros públicos, pautando-se pela busca da Justiça Social. Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.097/2015, no seu artigo 54, instituiu o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, com o objetivo de assegurar maior segurança aos negócios imobiliários, com uma mudança de paradigma, publicizando atos ou fatos que refletem na matrícula do imóvel.

Diante do exposto, na contemporaneidade, a atuação dos notários e registradores deve pautar-se pela busca da função social registral (DIP, 2016), como um instrumento de efetivação dos direitos negociais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos, voltada para a proteção das necessidades fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

1 DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO

Na contemporaneidade, o direito negocial passou por considerável evolução, provocada por uma mudança de paradigma, especialmente na autonomia das partes que repercutiram nos negócios jurídicos.

Nesse sentido, a autonomia para celebração de negócios jurídicos passou por uma evolução ao longo dos anos, sendo possível afirmar que a autonomia da vontade tal como inicialmente concebida dava ampla margem de liberdade para celebração de negócios jurídicos patrimoniais, num período em que prevalecia o liberalismo comercial, ocasião em que o Estado deveria se abster de interferir nessas relações.

Com a evolução da sociedade e com a necessidade de criação de mecanismos de controle da atuação econômica deliberada, surge a necessidade de imposição de limitações à autonomia da vontade, que passou então, a ser denominada de autonomia privada. Dessa forma, a autonomia contratual passa a se submeter a regras e limites e, em razão disso, passa a ser denominada de autonomia privada. É nesse sentido que SCHREIBER (2020, p. 335) esclarece que:

Na concepção oitocentista, forjou-se o conceito de autonomia privada como um espaço privilegiado de liberdade individual, um círculo de perseguições dos interesses privados, que – coerentemente com isso – eram definidos por exclusão,

como aqueles interesses estranhos ao Estado. A autonomia privada nesse contexto, identificava-se com a autonomia da vontade, isto é, com a livre expressão do intuito individual de cada sujeito.

Importante mencionar que a regra continua sendo a ampla liberdade do indivíduo para celebração de negócios jurídicos, porém, com observância às limitações impostas pelo ordenamento jurídico, como exemplo, as normas de ordem pública, a moral, os bons costumes, à boa-fé contratual e a função social dos contratos.

Ao tratar da autonomia privada, PERLINGIERI (2002, p. 17) explica que “pode-se entender por autonomia privada, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos (...)”. Assim, atualmente, a autonomia privada comporta uma nova interpretação, dissociada da autonomia da vontade, sendo possível seu reconhecimento em toda relação jurídica negocial.

Dentro desse contexto é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro admite que o indivíduo se autorregule de acordo com seus interesses individuais, sem olvidar que deve respeitar os limites impostos pelo próprio Estado e os limites que se encontram na esfera de liberdade dos outros indivíduos que convivem na mesma sociedade.

Importante destacar que a partir da Constituição Federal de 1988 a pessoa humana foi elevada ao centro do Estado Democrático de Direito e questões que digam respeito ao seu projeto de vida, ligados à sua intimidade e privacidade devem ser decididas dentro de sua parcela de liberdade, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ultrapassada essa fase inicial da autonomia privada e liberdade negocial voltada especialmente aos negócios jurídicos, passa-se a analisar a possibilidade de celebração de negócios jurídicos, consubstanciados na escada ponteana de Pontes de Miranda (1983), segundo o qual o negócio jurídico deve ser analisado em três planos: de existência, de validade e de eficácia. Neste artigo interessa a análise do segundo degrau, que é o plano de validade dos negócios jurídicos.

Para que o negócio jurídico seja válido, o Código Civil prevê em seu artigo 104 quais elementos essenciais devem estar presentes no momento da sua celebração. Dentre esses elementos, além da declaração de vontade, que é a exteriorização da autonomia privada, tratada anteriormente, está a previsão de que objeto deve ser lícito, pois uma vez reconhecida sua ilicitude o negócio jurídico restará eivado de nulidade.

Immanuel Kant já defendia que a partir do momento em que o indivíduo passa a ser visto como um meio para atingir determinada

finalidade e deixa de ser o fim em si mesmo, há uma violação à sua dignidade. Para KANT (2007. p. 68):

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas.

Atítulo de exemplo de vedação de usar o ser humano como objeto de relações jurídicas, cita-se o caso amplamente conhecido como o “arremesso de anões”, em que o prefeito de Morsang-sur-Orge, na França, promoveu a interdição de um estabelecimento que permitia a prática de arremesso de anões – com o consentimento destes. O fundamento da vedação foi que referida prática ofendia a dignidade da pessoa humana em razão de sua objetificação, conforme colacionado abaixo:

Considerando que a atração de arremesso de anão que consiste em ter um anão arremessado por espectadores leva ao uso como projétil de uma pessoa portadora de deficiência física e apresentada como tal; que, por seu próprio objeto, tal atração mina a dignidade da pessoa humana; que a autoridade investida do poder de polícia municipal poderia, portanto, proibi-la mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares e mesmo quando medidas de proteção tivessem sido tomadas para garantir a segurança da pessoa em questão e que esse cidadão se prestasse livremente a esta exposição, mediante remuneração; (...).Kloster Lopes, S. H. (2014).

Assim, percebe-se que a autonomia privada não é absoluta e encontra limitação ainda quando se refira à disposição do próprio corpo, cujos limites devem ser respeitados, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana.

Porém, é importante dizer que, em determinadas situações, a disposição dos direitos da personalidade podem ser relativizadas, e com a evolução da sociedade cada vez mais são admitidas novas formas de contratualização envolvendo, inclusive, os direitos existenciais, podendo ser citados como exemplos no campo do direito de família os contratos de convivência e o contrato de namoro, contratos de regulação de guarda entre filhos e também em outras searas, como contratos de uso da imagem da pessoa, dentre outros.

Outro ponto importante está relacionado com o avanço da biotecnologia e do biodireito, em razão do qual surge uma nova classificação

de negócio jurídico, denominada de negócios biojurídicos, expressão cunhada por Rose Melo Vencelau Meireles (2016, p. 57) para se referir aos negócios jurídicos envolvendo o próprio corpo da pessoa humana. Ao tratar sobre a possibilidade de realização de negócios biojurídicos, ESPOLADOR, GÓIS E PAVÃO (2019), afirmam que:

(...) os negócios jurídicos também foram expandidos, logo, não é mais possível tratar apenas de negócios jurídicos patrimoniais, existindo hoje o negócio biojurídico. Os negócios jurídicos estão regulamentados na parte geral do Código Civil Brasileiro, sendo formados com base na autonomia privada das partes. Diante disso, considerando que o negócio jurídico, como está expresso no texto legal, é apenas categoria geral, ele pode atuar em qualquer situação subjetiva, tanto patrimonial como extrapatrimonial.

Assim, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo admite a celebração de negócio jurídico em sentido amplo, como aqueles que envolvem os direitos ao próprio corpo, dos quais são exemplos os contratos de clínicas de reprodução humana assistida para doação gratuita de material genético, diretivas de vontade antecipadas, doação de órgãos *post mortem*, autorização para utilização de material genético *post mortem*, dentre outros, desde que observados os elementos de formação dos negócios jurídicos, à boa fé, e que não seja contrários à lei e a ordem pública.

Identificada tal possibilidade, passa-se a analisar no tópico seguinte, a validade dos negócios jurídicos envolvendo os registros públicos, em razão do aumento de demandas envolvendo a temática perante o Poder Judiciário.

2 REGISTROS PÚBLICOS

Os notários e registradores, na forma do artigo 236 da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei 8.935/94, são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, através de concurso público, sendo profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegada a atividade notarial e registral, de forma que, são agentes públicos, especializados em registros públicos, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Sobre o tema, Walter Ceneviva (2010, p. 57-58), trata da delegação:

A atividade registrária, embora exercida em caráter privado, tem características de serviço público.

A delegação de que se trata consiste em ato administrativo complexo (compreende desde o concurso público até a outorga) enquanto meio criado pelo direito para permitir a atuação do interesse público por meio de prestação de serviço de caráter privado, habilitado para a prática de atos cuja competência lhe é atribuída por lei.

Neste vértice, Luiz Guilherme Loureiro (2019, p. 55), apresenta os conceitos de Notários e Oficial de Registro:

Em outras palavras, tratam-se de agentes públicos, especializados na área do direito privado, encarregados pela segurança preventiva dos atos e negócios jurídicos.

Como profissionais do Direito têm a missão de assessorar a todos que reclamam seu ministério a fim de constituir ou transferir direitos, torná-los eficazes perante os demais membros da comunidade e evitar vícios que possam afetar as relações jurídicas e a segurança do tráfego.

As recentes alterações legislativas ressaltam a importância das atividades notariais e registrais, potencializando a segurança jurídica do tráfego imobiliário, privilegiando a boa-fé do cidadão que acessou o registro imobiliário.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.097/2015, no seu artigo 54, instituiu o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, com o objetivo de assegurar maior segurança aos negócios imobiliários, com uma mudança de paradigma, pois inverte-se o ônus processual da prova da boa-fé em prol do terceiro adquirente, em desfavor daquele que negligenciou o seu ônus de publicizar atos ou fatos na matrícula do imóvel, de forma que, o terceiro de boa-fé não pode ter seu direito prejudicado por causas que não foram registradas ou a averbadas na Matrícula do imóvel, garantindo a segurança do tráfego imobiliário.

Na fase atual do direito moderno, hoje contemporâneo, considerado por Miguel Reale (2001), como terceira fase ou Estado Social, a pessoa no centro do ordenamento jurídico, de forma que, a vida digna seja alçada à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas e dos princípios, inserindo-a no contexto maior das relações jurídicas e da justiça social.

Para Marcelo Rodrigues (2014, p. 46), historicamente o Brasil convive com o fenômeno do clandestinismo jurídico, com seus contratos de gaveta e outros gravames e circunstâncias ocultos, que provocar uma opacidade dos registros públicos.

É sabido e notório que, na prática notarial e registral, parte dos imóveis encontra-se em situação irregulares, junto ao registro imobiliário, por diversas razões, com inúmeras consequências jurídicas e econômicas ao desenvolvimento do mercado imobiliário.

Neste vértice, de forma brilhante o Desembargador Ricardo Henry Marques Dip (2004), destaca: “é preciso reconduzir a aferição desse papel social do registrador ao *núcleo* da própria instituição registraria”.

No que tange a segurança jurídica do registro imobiliário, se manifesta como uma finalidade da atividade notarial e registral, dando estabilidade aos negócios jurídicos, ou seja, a libertação dos riscos, se dividindo em duas vertentes: segurança jurídica estática e segurança jurídica dinâmica.

A segurança jurídica estática protege o titular inscrito contra modificações que lhe sejam favoráveis e a dinâmica consiste na mera confiança na segurança estática, ou seja, na segurança do tráfego (DIP, 2004).

No contexto atual, a segurança jurídica não pode limitar-se à estática, tendo em vista que o sistema registral deve acompanhar a mudança do paradigma do Estado Social, pois o direito é dinâmico e a sociedade vem em constante mudança, sendo necessário acompanhar a evolução dos novos tempos, alicerçada na constante atualização e correção das informações assentadas no registro imobiliário, permitindo aferir não apenas a situação jurídica originária do assento registral mas todas as modificações supervenientes (registros e averbações e anotações), e garantindo, assim, a correspondência entre a realidade registral e a realidade jurídica ao longo do tempo (KUMPEL, 2017).

Nesse ínterim, como profissionais do direito, os notários e registradores atuam junto ao Poder Judiciário como importante instituição na garantia dos direitos negociais.

Na forma do parágrafo segundo do artigo 44 da Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994, em cada sede municipal haverá no mínimo um registrador civil das pessoas naturais. Assim, as serventias extrajudiciais, em especial, os registros civis das pessoas naturais estão presentes em todos os Municípios do território nacional e muitas vezes se apresentam como único representante do Estado nos rincões de nosso País, de forma que, possibilitam uma interiorização efetiva na solução dos litígios, com o intuito de desobstruir o Poder Judiciário e como forma de resolver conflitos e assegurar direitos aos cidadãos, exercendo uma grande função social, sem qualquer provocação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, os cidadãos brasileiros começaram a procurar as serventias extrajudiciais para regularizar e ter informações sobre direitos, de forma que, na grande maioria dos casos ocorre a resolução dos conflitos sem qualquer provocação do Poder Judiciário, que permaneceu com exclusividade tão somente com a resolução dos conflitos não consensuais e nos casos de existência de filhos menores, nascituros ou incapazes.

É sabido e notório que com a demora na resolução dos conflitos, surgem as intrigas e problemas, de forma que, a resolução rápida e eficaz diretamente pelas serventias extrajudiciais, proporciona uma prevenção de litígios e uma segurança jurídica aos envolvidos.

Diante do exposto, a atuação dos notários e registradores, na contemporaneidade, deve pautar-se pela busca da Justiça Social, com o objetivo de prevenir a formação de litígios, como um instrumento de resolução de conflitos, com celeridade, eficácia e segurança jurídica.

3 DA FUNÇÃO SOCIAL

A função social é um conceito aberto decorrente da evolução dos tempos, relativa ao que é da responsabilidade e do dever de todos, comum a todos, com reflexos na propriedade, na posse, no contrato, na família, na empresa e do novo paradigma que se apresenta consubstanciado na função social registral.

Historicamente, segundo Eduardo Tomasevicius Filho (2005, p. 197), a “função social foi formulada pela primeira vez por São Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.”

O Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale (2002), baseou-se em três princípios fundamentais: socialidade, eticidade e operabilidade. Assim, segundo Tartuce (2019, p. 142) a função social ou socialidade, supera o caráter individualista e egoísta que imperava no Código Civil de 1916, valorizando a palavra nós em detrimento da palavra eu, prevalecendo os valores coletivos sobre os individuais, com o objetivo de adequar as relações jurídicas aos direitos e garantias fundamentais, em especial aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Eduardo Tomasevicius Filho (2005, p. 197), “a função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a idéia de socialidade no Código Civil brasileiro de 2002.”

Desta forma, decorrendo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I da Carta Magna, a função social se apresenta como um imperativo a inibir práticas abusivas coletivas (Rodrigues, 2014, p. 45)

Nesse diapasão, a função social vem sendo defendida por Norberto Bobbio (2004, p. 30), pois o que realmente importaria seria a finalidade do direito, sua efetiva função, e não o direito em si.

Segundo Judith Martins-Costa (2005, p. 98), o “princípio da função social, como expressão da “diretriz da socialidade”, indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório, também é certo que a expressão se estende sobre um território tão vasto quanto acidentado”.

No que tange a função social do contrato, positivada no artigo 421 do Código de Civil de 2002, pontua Tepedino (2014), “o princípio da função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”.

Nesse sentido, consubstanciado no parágrafo único do artigo 2035 do Código Civil, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Nesse diapasão, conclui Antonio Junqueira (1998), que se trata de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto a coletividade quanto aqueles que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas.

Desta forma, Perlingieri (2002, p.121), busca-se tutelar, com o contrato, não apenas os interesses das partes, mas, também, o interesse social alcançado.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa (2005), ao interpretar a expressão função social pontua: “o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o ‘social’ que qualifica a função?”. Portanto, conclui a autora que “o papel da função social é monocórdio, atuando somente como limite e gerando deveres negativos.”

Vivenciamos um momento ímpar em relação à função social e seus reflexos na propriedade, na posse, no contrato, na família, na empresa e neste novo paradigma que se apresenta intitulado função social registral.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL REGISTRAL

Neste novo enfoque a atuação dos notários e registradores, deve pautar-se pela busca da Justiça Social, como um instrumento de efetivação dos direitos, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos.

Desta forma, os oficiais de registros e os tabeliães de notas de imóveis devem atuar junto a autoridades locais, em especial às Prefeituras, com o intuito de resolver situações consolidadas ou de interesses sociais que regulam o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, tutelando atos, direitos e garantias voltados a efetiva função social do imóvel sujeito ao registro imobiliário.

Nesse contexto, os oficiais de registro de imóveis devem sair do conforto de suas salas, para dar efetividade a função social registral, objetivando as regularizações urbanísticas dos imóveis sujeitos ao registro imobiliário.

A Lei 6.015/73 adotou no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema do fôlio real, sendo a matrícula, o procedimento que, tem por objeto o ingresso do imóvel, no sistema registral, de forma que, o imóvel é individualizado e recebe um determinado número de ordem que seguirá ao infinito, sendo identificado e descrito o imóvel, seu proprietário, a data da abertura e o registro anterior originário, sendo registrado, de forma contínua e sucessiva, todas as transmissões da propriedade e dos direitos reais que afetam o bem.

Por sua vez, a Lei Federal nº 13.097/2015, publicada no Diário Oficial da União em 20 de janeiro de 2015, instituiu o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, com o objetivo de assegurar maior segurança aos negócios imobiliários, com uma mudança de paradigma, publicizando atos ou fatos que reflitam na matrícula do imóvel garantindo a segurança do tráfego imobiliário.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Loureiro (2019, p. 629–630), analisando o artigo 54, da Lei Federal nº 13.097/2015, pontua que os ônus, encargos e gravames reais, decorrentes de atos da vontade ou da lei, não afetam o título adquirente da propriedade do imóvel ou outro direito real imobiliário quando não estiverem inscritos no Registro de Imóveis.

Ao se referir a “atos jurídicos”, na verdade o legislador se refere à noção de fato jurídico em sentido amplo, de forma que, a esta noção essencial se vincula à outra, igualmente importante, que se refere aos efeitos produzidos por estes eventos na ordem jurídica e nas relações entre os sujeitos.

Desta forma, atrelado ao princípio registral da unicidade ou unitariedade da matrícula, previsto no artigo 176, §1º, I da Lei 6.015/73, que regulamenta que todo imóvel deve corresponder uma única matrícula, ou seja, cada matrícula deve corresponder um único imóvel, de forma que, cada imóvel só pode ter uma única matrícula, onde serão concentrados todos os fatos, atos ou situações jurídicas que dizem respeito ao imóvel.

Portanto, concentrando todos os atos jurídicos relacionados ao imóvel em sua única matrícula, mais completa e segura tornam-se as informações, possibilitando um conhecimento mais amplo sobre o bem, com todos os seus contornos e características, contribuindo o registro imobiliário para o desenvolvimento da sociedade.

Nesse vértice, Francisco de Assis Palácios Criado, Marcelo Augusto Santana de Melo e Sergio Jacomino (2010, p. 124), ao dizer que “hoje, mais do que nunca o tráfego imobiliário necessita de um pressuposto: CERTEZA. Pois a incerteza e a desordem produzem a falta de progresso em qualquer país”.

Portanto, o sistema de controle dos instrumentos notariais e registrais devem se aperfeiçoar, para constituir uma malha firme, atualizada e completa das informações constantes nos registros públicos.

Assim, a proteção do direito negocial ganha importância nos registros públicos, em especial no registro imobiliário, de forma que, devem ser concentrados todos os atos jurídicos e informações que direta ou indiretamente impactem no imóvel no fôlio real.

Nesse sentido, como destaca Marcelo Augusto Santana de Melo (2004), ao tratar dos registros de imóveis brasileiros:

O sistema de registros públicos brasileiro, e em especial o Registro de Imóveis, tem-se tornado exemplo para o mundo,

principalmente por sua seriedade e eficácia, de sorte que o efeito da concentração deve ser aplicado somente em casos de que a publicidade é necessária, especialmente em situações que possam trazer alguma limitação ou restrição ao direito de propriedade.

No âmbito nacional, a Lei 6.015/73 que dispôs sobre os registros públicos, trouxe, em seus artigos 167, I e II, o rol, respectivamente, dos registros e das averbações, realizados na matrícula do imóvel no registro imobiliário, sendo majoritário na doutrina notarial e registral e na jurisprudência dominante, que os atos objetos de registros são taxativos e dependem de expressa previsão legal, enquanto que os atos de averbações são meramente exemplificativos, podendo ser averbados na matrícula do imóveis ocorrências que de qualquer modo, alterem o registro ou repercutam nos direitos relativos ao imóvel, na forma do artigo 246 do mesmo diploma legal.

Desta forma, há a possibilidade de averbações de situações jurídicas não previstas em lei, como o objetivo de noticiar ou tornar pública, relacionadas ocorrências no imóvel objeto da matrícula no registro imobiliário.

Nesse sentido, poderiam ser averbados na matrícula do imóvel, outras situações jurídicas ambientais que afetam o imóvel descritas nos negócios jurídicos, através da denominada averbação notícia, dando publicidade ao direito negocial, noticiando, como consequência, a inclusão dessas circunstâncias nas certidões expedidas.

Convém declinar, ainda, que a averbação premonitória (acautelatória), criada originalmente pelo art. 615-A do CPC revogado pela Lei nº 11.382/06, representou um grande avanço na segurança jurídica imobiliária, alcançando uma maior delineação da atuação do exequente. O Código de Processo Civil atual, dispõe em dois momentos distintos da averbação premonitória: 1º) quando do ajuizamento da execução e dos atos de constrição (art. 799, IX do CPC); 2º) quando da admissão da execução pelo juiz (art. 828 do CPC), corroborando a fraude à execução nas alienações posteriores.

Desta forma, qualquer exequente pode obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, com forma de dar conhecimento à terceiros, comprovar a diligência do credor e evitar o surgimento de eventual terceiro de boa-fé.

Portanto, todos os impactos da proteção do direito negocial que direta ou indiretamente reflitam no imóvel devem ser concentrados no fólio real, dando publicidade e garantindo uma segurança do tráfego imobiliário mais segura, adequada, confiável e completa.

Diante do exposto, na contemporaneidade, a atuação dos notários e registradores deve pautar-se pela busca da função social registral, como um instrumento de efetivação dos direitos ambientais, destinados a

garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos, voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificado com a tábua axiológica constitucional e, em específico, com a primazia que a pessoa humana merece em comparação com os demais valores, a função social registral se concretiza como um instrumento de efetivação dos direitos, em especial, dos negócios jurídicos contemporâneos, como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Contudo, a consciência dos limites da função social e de seu papel como agente de transformação não podem levar o jurista a se despir de toda e qualquer responsabilidade social, mas inspirar a formulação de novas classificações, com vista a assegurar um permanente comprometimento com a proteção e a valorização dos direitos humanos.

Portanto, colocar a pessoa no centro do direito civil significa que a vida digna seja alçada à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas e dos princípios. A função social registral deve estar voltada, pois, à proteção da pessoa, impondo-se a preservação dos seus direitos, como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais do homem.

Com os dados analisados foi possível inferir que as recentes alterações legislativas ressaltam a importância das atividades notariais e registrais, potencializando a segurança jurídica do tráfego imobiliário, privilegiando a boa-fé do cidadão que acessou o registro imobiliário, dando uma maior publicidade aos fatos e informações relacionadas ao meio ambiente.

A partir desse estudo foi possível identificar a utilização da função social registral como um instrumento de efetivação dos direitos, consagrando, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, para satisfação das necessidades fundamentais acessível a todos os cidadãos, se pautando pela busca da Justiça Social.

E finalmente, em relação aos impactos dos negócios jurídicos, se conclui que todos que direta ou indiretamente repercutem no imóvel devem ser concentrados no fôlio real, dando publicidade e garantindo uma segurança do tráfego imobiliário mais segura, adequada, confiável e completa.

Diante do exposto, entende-se que o objetivo foi atingido, considerando que conseguiu demonstrar a efetividade da função social registral, como um instrumento de efetivação dos direitos negociais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos, voltada para a proteção da pessoa, como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ingrid Noetzold de Almeida. **O registro de imóveis como instrumento de proteção socioambiental**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, São Paulo: 2016. Disponível em: <https://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/O%20registro%20de%20Im%C3%B3veis%20como%20instrumento%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20socioambiental.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**, 4. ed., São Paulo: Saraiva: 2002, p. 16.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, n. 750, p. 113-120, abr./1998.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm#art168>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

CRIADO, Francisco de Asis Palacios; MELO, Marcelo Augusto Santana de; JACOMINO, Sergio. **Registro de Imóveis e Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Sobre a função social do registrador de imóveis**. Associação dos registradores imobiliários de São Paulo, São Paulo: 2016. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/006-dip-funcao-social-do-registrador.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristinade Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. IV.

MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra, 2005.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5669>. Acesso em 25 de abril de 2021.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718>. Acesso em: 25 abr. 2022.

RODRIGUES, Marcelo Rodrigues. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 810, p. 33-50, abr. 2003.

NEGÓCIOS JURÍDICOS QUILOMBOLAS: ECONOMIA SOLIDÁRIA E INCENTIVOS PARA O ETNODESENVOLVIMENTO

Kathleen Cristina Tie Scalassara¹
Marlene Kempfer²

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), MBA em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

² Doutorado em Direito do Estado PUC/SP e professora da UEL na graduação, mestrado e doutorado em Direito Negocial.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é resultado do projeto de pesquisa da linha Estado Contemporâneo: Relações Empresariais e Relações Internacionais e sobre as Possibilidades Constitucionais, no Brasil, para Reconfiguração, no Capitalismo, das Relações entre Estado e Mercado no Programa de Mestrado de Direito Negocial da UEL.

O desafio culminou com a dissertação apresentada pela mestrandia Kathleen Cristina Tie Scalassara sob orientação da Prof. Dra. Marlene Kempfer e que nasceu da luta da mestrandia para honrar a descendência quilombola e da importância ressaltada pela orientação da premente aproximação entre a Universidade em seus objetivos de extensão.

Para promover segurança e previsibilidade às comunidades quilombolas, quanto ao etnodesenvolvimento, é fundamental que por meio do Direito seja delimitado o negócio jurídico quilombola e assim pleitear a intervenção do Estado (Art. 174 CF/88) para, por meio de normas promocionais, incentivar tais iniciativas.

O processo emancipatório socioeconômico iniciou com a conquista registrada na CF/88, no Art. 68 dos ADCT, que reconhece a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades quilombolas. Mas, para avanços, será necessário alcançar o nível de políticas de Estado e assim ter garantia de apoio com os recursos públicos a estes negócios.

A dívida histórica que o Estado brasileiro tem com as comunidades afrodiaspóricas quilombolas, além de garantir o acesso às terras quilombolas, poderá ser amenizada com a democratização do orçamento público para estimular os negócios jurídicos quilombolas e potencializar a riqueza que a etnoeconomia. Esta espécie de negócio jurídico pode ser incluída no gênero da economia solidária que, por seus princípios, entre outros, de solidariedade, autogestão, desenvolvimento sustentável, especialmente, no aspecto cultural e ambiental, terá com as comunidades quilombolas um grande impulso e promoverá inclusão no contexto da justiça social.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS QUILOMBOLA E ETNODESENVOLVIMENTO

Recorrer às técnicas das normas jurídicas do encorajamento reflete uma verdadeira transformação do sistema normativo. É um caminho seguro para alcançar a efetividade do ordenamento em um Estado Social. Em seus estudos sobre a função do Direito Norberto Bobbio (2007) assinala a passagem das técnicas de controle dos comportamentos sociais do Estado Liberal para o Estado Social. Naquele um controle passivo, mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas e neste, para um controle ativo, preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

As normas promocionais, por meio do incentivo, por exemplo, são utilizadas para facilitar o exercício de determinada atividade econômica, trata-se de encorajamento mediante promessa, uma obrigação por parte do promitente em mantê-la. Nesse sentido, é que se propõe potencializar os ativos Etnoeconômicos quilombolas, um dos aspectos de Etnodesenvolvimento em seus negócios jurídicos.

É necessário recorrer ao conceito de negócio jurídico enquanto declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, 2002).

Os negócios jurídicos quilombolas são identificáveis pela relação jurídica da qual as Associações Quilombolas (pessoa jurídica) ou sujeitos coletivos quilombola (pessoa física) figuram. Na hipótese de pessoa física, não há presunção de sua identidade étnico-racial por simples autodeterminação, é preciso comprovar seu vínculo de pertencimento ao território, que pode ser feito por declaração emitida pela Associação. No outro polo dessa relação, podem figurar pessoas jurídicas de direito público ou privado e pessoas físicas. Nesse tipo de negócio o objeto são os ativos Etnoeconômicos concebidos pelo patrimônio quilombola disponível gerado a partir do território com valor econômico agregado.

Adota-se o conceito de ativo em fontes da Ciência Contábil. André Moura Cintra Goulart³ desenvolveu pesquisa sobre O Conceito de Ativos na Contabilidade: Um Fundamento a ser Explorado (2002) na qual expôs diferentes definições e perspectivas para o termo. Consoante o autor (2002), o ativo é caracterizado basicamente pelo potencial de gerar benefícios econômicos futuros. Esse é o núcleo essencial entre os setes tipos de abordagens analisadas naquele estudo, que também indica diferentes formas de mensurar esses benefícios para vertê-los em valores, variáveis conforme os critérios adotados por cada entidade, adequados ao tipo de ativo.

Utiliza-se desses conhecimentos para apontar o potencial do patrimônio quilombola de gerar benefícios econômicos futuros. Apesar da indisponibilidade do território quilombola para o mercado, suas terras podem ser consideradas ativo, na qualidade de agente gerador de benefícios Etnoeconômicos.

A identidade étnica quilombola é aplicada em suas expressões, modos de criar, fazer e viver, classificadas patrimônio imaterial, cujo levantamento deve ser registrado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional nos livros de: i) Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; ii) Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; iii) Formas de expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e iv) Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas (art. 1º, § 1º, incisos I ao IV do Decreto nº 3.551/2000).

Cita-se o levantamento dos bens culturais dos quilombos do Vale do Ribeira pelo Instituto Socioambiental (ISA) que resultou na publicação do Inventário Cultural de Quilombos do Vale do Ribeira (2013). O Inventário identificou: i) 24 formas de expressão, tais quais apresentações de danças, músicas, bailes de puxirão e brincadeiras; ii) 23 tipos de modo de fazer na categoria Saberes, puxirões, processamento de alimentos, caça, pesca, artesanato, homeopatia, ferramentas, construções, entre outros; iii) 29 tipos de celebrações, procissões, hasteamento de mastros, bailes, entre outros; e iv) 75 lugares, rios, cachoeiras, áreas de plantio antigas e atuais, morros, caminhos históricos e atuais, cemitérios, grutas e pedras.

Esse patrimônio cultural imaterial tem potencial de gerar benefícios econômicos futuros para a coletividade quilombola, por isso podem ser considerados ativos Etnoeconômicos. Esses ativos são instrumentos imprescindíveis ao Etnodesenvolvimento econômico, mas, ainda, subaproveitados na atualidade.

³ Mestre em Controladoria e Contabilidade pela Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Atuária da Universidade de São Paulo (FEA/USP).

A principal dificuldade observada é identificar e delimitar os territórios quilombolas, pressuposto para inventariar seu patrimônio cultural e verificar os ativos Etnoeconômicos à disposição das comunidades. O patrimônio quilombola deve ser formalizado para promover o Etnodesenvolvimento econômico, pois sem o controle étnico sobre seus próprios recursos a política é esvaziada, e o direito não encontra efetividade. Assim, sugerem-se duas alternativas para enfrentar esse desafio: a primeira é inserir o requisito de inventário durante a fase dos trabalhos de campo para compor o RTID, e a segunda é realizar pesquisa ativa em cada uma das comunidades quilombolas certificadas que ainda não possuam o documento.

Nesse sentido, cita-se pesquisa realizada no âmbito do Programa Brasil Local de Etnodesenvolvimento Quilombola⁴ (2009-2012) que possibilitou verificar *in loco*⁵ os tipos de atividades econômicas desempenhadas nas comunidades quilombolas: i) pesca artesanal; ii) produção de fitoterápicos; iii) produção de farinha; iv) produção de açaí *in natura*; v) produção agrícola; vi) produção de derivados da piaçava; vii) serviço financeiro solidário; viii) produção de artesanato; ix) feira agroecológica; x) produção de sabonetes e ervas medicinais; xi) produção de derivados de cana-de-açúcar; xii) produção de derivados do mel; xiii) venda de mudas e sementes crioulas; xiv) atividades turísticas; xv) criação de peixes; xvi) corte e costura; e xvii) desidratação e compotas de frutos Cerrado.

Destaca-se que os bens e serviços quilombolas em que incidam conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético devem ser formalizados para garantir a participação financeira do grupo étnico, na hipótese de exploração de sua sociobiodiversidade por não quilombolas. O desafio é protegê-los da biopirataria por apropriação de seus saberes ancestrais de forma ilegal, que pode ser superado pela identificação desse patrimônio em protocolos bioculturais.

Para Jaqueline Andrade (2022), esses instrumentos possibilitam a proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos e também são conhecidos como protocolos da sociobiodiversidade. A autora pesquisou a experiência de elaboração dos protocolos bioculturais para proteção dos conhecimentos tradicionais associados em toda a América Latina e identificou a estrutura comum de sua organização nas seguintes categorias: i) nome do protocolo biocultural; ii) segmento de comunidade ou povo tradicional; iii) país; iv) organização facilitadora e apoiadora da construção do protocolo; v) ano da publicação; vi) objeto da proteção dos CTA (Conhecimento Tradicional Associado); vii) ameaças às comunidades e; viii) metodologia utilizada para a elaboração do protocolo.

4 promovido em articulação com o Ministério de Trabalho e Emprego (MTE), por meio da SENAES (Secretaria Nacional de Economia Solidária), que apoiou o movimento quilombola pela Conaq, para envolvimento no projeto que objetivou a construção de uma política pública de desenvolvimento sustentável nos territórios quilombolas apoiada nos princípios da solidariedade socioambiental e identidade étnica, em parceria com Universidade Federal do Rio de Janeiro, pelo núcleo de Solidariedade Técnica (UFRJ/SOLTEC).

5 A pesquisa realizada (PBLEQ) visitou 105 locais quilombolas e identificou os dados da condição de vida (censo preliminar) e a existência de 100 empreendimentos quilombolas em diferentes graus organizativos, com diferentes necessidades de apoio e de incidência de políticas públicas (BRASIL, 2013).

A única experiência quilombola de salvaguarda de seu conhecimento tradicional associado no Brasil é o caso do Protocolo Comunitário Biocultural das Raizeiras do Cerrado, elaborado para garantir o direito consuetudinário de se praticar a medicina tradicional, para cura através de plantas, publicado em novembro de 2015.

Defende-se a necessidade de identificar e proteger os ativos Etnoeconômicos nos negócios jurídicos quilombolas, principalmente no contexto de política de bioeconomia e sociodiversidade contida no Decreto nº 11.396/2023⁶, a fim de que o grupo étnico possa se beneficiar do controle pelo uso econômico de seus próprios conhecimentos tradicionais. A formalização também contribui para que o Estado possa planificar o Etnodesenvolvimento econômico de modo eficiente, com a concessão de incentivos por atividade econômica e direção em estruturas de mercado compatíveis.

Nesse sentido, os ativos Etnoeconômicos podem ser potencializados para gerar trabalho e renda no mercado da economia solidária, que “sempre fez parte do nosso modo de vida e da nossa resistência. Só não tinha essa denominação, era somente o nosso jeito de produzir” (SANTOS, apud BRASIL, 2013, p. 96). Essa é a recomendação do relatório final do Programa Brasil Local de Etnodesenvolvimento Quilombola (2013, p. 297).

2 ETNODESENVOLVIMENTO QUILOMBOLA E A ECONOMIA SOLIDÁRIA

Para a presente pesquisa adota-se o conceito de economia solidária traçado por Paul Singer, um dos principais teóricos desse modelo de economia na América Latina, em sua obra *Introdução à Economia Solidária* (2002). O autor estabelece as diferenças entre uma economia capitalista, que gera competição e desigualdades, consideradas de ordem não natural, em que existem vencedores e perdedores; e a solidária, que enseja menor competição, e por consequência, menor desigualdade, pois se trata da associação entre iguais e não competição entre desiguais, fundamenta na propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual.

Os empreendimentos dessas economias manifestam essas diferenças: nos capitalistas remunera-se o trabalho pela lei da oferta e demanda, da qual os trabalhadores vendem sua capacidade de produzir (oferta) e as empresas compram (demanda) e a divisão do lucro auferido é decidido por grupo controlador e eventuais sobras são investidas; nos solidários, o trabalho é associado ao capital coletivo, de modo que os excedentes devem ser retirados de forma igualitárias, e a so-

⁶ Entre as competências da Secretaria de Territórios e Sistemas Produtivos Quilombolas Tradicionais fixadas no art. 29 do Decreto nº 11.396/2023 estão: X - promover o Etnodesenvolvimento e a valorização da sociobiodiversidade de quilombolas e povos e comunidades tradicionais dos campos, das florestas e das águas; XI - promover, acompanhar e apoiar a implementação, nos territórios quilombolas e de povos de comunidades tradicionais, de ações de promoção de cadeias de produtos da sociobiodiversidade de forma integrada à bioeconomia; XXIII - fomentar e fortalecer a construção de estratégias de inclusão socioproductiva de quilombolas e povos e comunidades tradicionais.

bra deve ser decidida em assembleia para investimentos no próprio empreendimento, em educação ou reserva para eventual retirada por saída dos sócios.

Em relação à forma de gestão, os empreendimentos capitalistas são classificados em heterogestionário e os solidários em autogestionários (SINGER, 2002). A heterogestão implica a estruturação hierárquica para competição, das quais as ordens seguem uma cadeia de execução; a autogestão implica a administração democrática, baseada nas decisões por maioria em assembleias.

Para Singer (2002, p. 23) a heterogestão “parece ser eficiente em tornar empresas capitalistas competitivas e lucrativas, que é o que seus donos almejam”, e a autogestão “promete ser eficiente em tornar empresas solidárias, além de economicamente produtivas, centros de interação democráticos e igualitários (em termos), que é o que seus sócios precisam”.

Os empreendimentos quilombolas organizam-se por essa lógica, pois a solidariedade é intrínseca à vivência quilombola, assim a coletividade, fruto da adaptação cultural afrodiaspórica, que reverberam em sua organização social, jurídica e econômica. As associações étnicas são constituídas para representação coletiva, mas, principalmente, para formalização de patrimônio coletivo, pela regularização fundiária de seu território. Ao capital (território) é associado o trabalho (patrimônio cultural imaterial), que pode gerar produtos de ordem material ou imaterial comercializáveis (valor agregado).

Para exemplificar, retoma-se a experiência da associação quilombola Ivaporunduva (SP): gera renda aos quilombolas associados, pelo trabalho desenvolvido no território de cultivo agrícola, de pecuária, e de turismo de base comunitária. A associação é a intermediadora da comercialização, titular dos negócios jurídicos, e gestora dos recursos coletivos auferidos. A administração dos excedentes, das sobras, e reinvestimentos no território são decididos em assembleia, nos termos de seu estatuto social.

O autor (2002) expõe que o programa da economia solidária se fundamenta na tese de que as contradições do capitalismo criam oportunidades de desenvolvimento de organizações econômicas cuja lógica é oposta à do modo de produção dominante. Por quase quatro séculos os quilombolas foram preteridos da inclusão social e após a lei áurea continuam excluídos da ordem econômica.

Para Singer (2002, p. 112), “o avanço da economia solidária não prescinde inteiramente do apoio do Estado e do fundo público, sobretudo para o resgate de comunidades miseráveis, destituídas do mínimo de recursos que permita encetar algum processo de autoemancipação”. Assim, defende-se que a inclusão produtiva quilombola proposta no projeto de lei para o Etnodesenvolvimento Quilombola pode ser

implementada na Política Nacional de Economia Solidária⁷ prevista no projeto de lei nº 6.606/2019, pela configuração dos empreendimentos econômicos desse grupo étnico na qualidade de beneficiários:

Art. 4º São beneficiários da Política Nacional de Economia Solidária os empreendimentos econômicos solidários que apresentem as seguintes características:

I – ser uma organização coletiva e democrática, singular ou complexa, cujos membros sejam trabalhadores urbanos e/ou rurais;

II – exercer atividades de natureza econômica;

III – ser uma organização autogestionária, cujos membros exerçam coletivamente a gestão das atividades econômicas e a decisão sobre a partilha dos seus resultados, por meio da administração transparente e democrática, da soberania assemblear e da singularidade de voto dos sócios;

IV – ter seus membros diretamente envolvidos na consecução de seu objetivo social;

V – distribuir os resultados financeiros da atividade econômica de acordo com a deliberação de seus membros, considerada a proporcionalidade das operações e atividades econômicas realizadas individual e coletivamente;

VI – realizar pelo menos uma reunião ou assembleia trimestral para deliberação de questões relativas à organização das atividades realizadas pelo empreendimento, ressalvado o disposto nas legislações específicas;

VII – destinar o resultado operacional líquido à consecução das suas finalidades e parte dele para auxiliar outros empreendimentos equivalentes que estejam em situação precária de constituição ou consolidação e ao desenvolvimento comunitário ou à qualificação profissional e social dos seus integrantes.

Os empreendimentos econômicos solidários quilombolas são as associações e cooperativas que celebram negócios jurídicos cujo objeto sejam os ativos Etnoeconômicos disponíveis. As primeiras medidas de incentivo estatal relacionada à celebração desses negócios remontam ao Programa Brasil Quilombola (PBQ), no eixo 3 sobre a Inclusão Produtiva e o Desenvolvimento Local Quilombola, pela possibilidade de comercialização de produtos agrícolas no Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

Os produtos do PAA são destinados às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, atendidas por programas sociais locais e demais cidadãos em situação de risco alimentar, já os produtos do PNAE são destinados às escolas públicas para alimentação dos alunos e quadro de servidores.

Os negócios jurídicos realizados no âmbito desses programas eram originários da relação jurídica entre associações ou cooperativas

⁷ A estrutura do Ministério do Desenvolvimento Agrário (Decreto nº 11.396) recebeu Secretaria de territórios e Sistemas Produtivos Quilombolas e Tradicionais com competências para promover o Etnodesenvolvimento e a valorização da sociobiodiversidade de quilombolas (art. 29, X), por seu Departamento de Reconhecimento, Proteção de Territórios Tradicionais e Etnodesenvolvimento, dentro do segmento da economia solidária (art. 30, XIV).

quilombolas, e órgão da administração pública contratante. O tipo de negócio realizado era de compra e venda direta, com tomada de preço prévia e o melhor preço conquistava o direito de contratar com o poder público. Para compreender melhor esse incentivo, visitou-se a Cooperativa de Agricultores Quilombolas do Vale do Ribeira (COOPERQUIVALE), fundada em 2012, para atender esse mercado:

Na ocasião, constatou-se a importância da fundação dessa cooperativa quilombola para o escoamento da produção dos agricultores quilombolas da região, considerando as dificuldades de infraestrutura na execução da política pública de inclusão produtiva. A cooperativa disponibiliza caminhão para o transporte das produções desde os territórios até o destino final e funciona na prática como intermediária entre as comunidades quilombolas e o mercado público.

A intermediação da COOPERQUIVALE garante a inclusão produtiva quilombola no Vale do Ribeira pela função logística e socialização desses custos com produtores quilombolas de cerca de dezessete associações da região. Trata-se de medida imprescindível para o Etnodesenvolvimento econômico local, pois a política pública foi construída sem considerar esses fatores.

O incentivo da compra direta dos produtos pelos programas PAA e PNAE foi desconstituído na última gestão do governo federal (2019–2022) pela falta de reajuste dos preços públicos, e também pela pandemia da COVID-19, uma vez que a contratação foi suspensa porque não havia mais atividade presencial em escolas e demais órgãos públicos.

A produção quilombola que já havia sido orientada para atender a essa demanda ficou represada, momento em que o Instituto Socioambiental articulou a distribuição privada da produção quilombola para organizações da sociedade civil de combate à insegurança alimentar no contexto da COVID-19 (ISA, 2020).

A partir dessa experiência, desenvolveu-se o projeto Quilombo&Quebrada, mediante negócios jurídicos privados com entidades da sociedade civil, que repassaram os produtos às pessoas físicas, em ação que solucionou: i) o problema de represamento da produção quilombola e garantiu; ii) garantia de renda; ii) insegurança alimentar nos bairros de periferia da capital do estado de São Paulo.

O projeto ainda está em desenvolvimento com tentativas de novas abordagens, por feiras periódicas nas regiões de periferia da capital do estado de São Paulo, para possibilitar a venda direta dos produtores ao público geral (pessoas físicas ou jurídicas). Essa experiência aponta a demanda por outros tipos de incentivos estatais para além da compra direta da produção quilombola para crescimento desses empreendimentos.

Destaca-se que o PAA foi reconstruído em abril de 2023, a partir do relançamento do programa pela gestão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva (2023–2026), com reajuste no valor individual de R\$

12.000,00 (doze mil reais) para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); Possibilidade de acesso simultâneo às modalidades de Doação Simultânea, Formação de Estoques e Compra Direta; facilitação do acesso para os agricultores familiares indígenas e demais povos e comunidades tradicionais; Instituição de participação mínima de 50% de mulheres (anteriormente era 40%); e Criação do Comitê de Assessoramento do Programa, aumentando a participação da sociedade civil e de outros órgãos da administração.

O turismo ecológico de base comunitária⁸ também é atividade econômica desenvolvida pelos quilombos na região do Vale do Ribeira. Inventariar os lugares incidentes nos territórios da região possibilitou ao Governo do Estado de São Paulo⁹ criar roteiro para oportunizar a experiência em seis territórios, a saber: Ivaporunduva, Sapatu, Mandira, André Lopes, São Pedro e Pedro Cubas (de baixo e de cima). Para fomentar essa atividade, o Governo do Estado de São Paulo realiza formações periódicas em monitoria de turismo com quilombolas da região, com vistas a gerar empregos nos pontos turísticos integrantes do circuito¹⁰.

Esta possibilidade de negócio jurídico privado contribui, inclusive, para uma política no âmbito tributário, a exemplo da implementação do ICMS-Ecológico no Estado do Tocantins, que por meio do Decreto nº 6.601/2023¹¹ valoriza os municípios que têm territórios quilombolas e praticam o turismo sustentável. O índice Quilombola do Município (ICBm) será apurado qualitativamente por questionário de avaliação do critério relativo ao meio ambiente e quantitativo pelo fator de regularização dos territórios: i) 0,2 para os territórios que já possuam RTID publicados; ii) 0,3 para os territórios reconhecidos em portaria emitida pelo INCRA; e iii) 0,5 para os territórios que tenham celebrado negócio jurídico territorial.

A iniciativa colabora para o Etnodesenvolvimento Quilombola integrado, pois, além de repassar receitas do ICMS-Ecológico para municípios com incidência de territórios quilombolas, induz a atuação do ente federativo para garantir celeridade do processo administrativo de regularização fundiária pelo fator de participação nesta receita tributária.

Na atualidade, tem-se expectativa de avanços significativos para Economia Solidária, pois o Governo que se iniciou em 2023 apresenta estrutura administrativa que terá competência para viabilizá-la,

8 Compete à Secretaria Nacional de Planejamento, Sustentabilidade e Competitividade no Turismo gerar alternativas de desenvolvimento do turismo de base comunitária e local, com vistas a contemplar ações de inclusão, de diversidade e de prosperidade de comunidades tradicionais e de povos originários brasileiros, nos termos do art. 14, VI, alínea e do Decreto nº 11.416/2023;

9 Decreto nº 61.880/2016. Institui no âmbito da Secretaria de Turismo, da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania e da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo “José Gomes da Silva” - ITESP, o projeto “Circuito QuilombolaPaulista” no âmbito do Decreto nº 48.328/2003 que institui no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, a Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes.

10 Em anexo.

11 Dispõe sobre o cálculo do valor adicionado, da quota igual, da população, da área territorial, dos critérios ambientais e dos critérios educacionais, relativos à composição do Índice de Participação dos Municípios - IPM, nas partes que especifica, e adota outras providências.

inserida no Departamento de Reconhecimento, Proteção de Territórios Tradicionais e Etnodesenvolvimento vinculado à Secretaria de Territórios Produtivos Quilombolas e Tradicionais do Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar.

3 INCENTIVO PÚBLICO E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Em face dos argumentos apresentados, destaca-se que a intervenção do Estado por meio do Incentivo (CF/88 Art. 174) é fundamental para estimular a realização de negócios jurídicos quilombolas, no âmbito público ou privado. O encorajamento destas condutas atenderá ao importante objetivo de viabilizar o espaço das comunidades quilombolas no âmbito da economia solidária.

O diálogo entre os fundamentos dos negócios jurídicos quilombolas está alinhado ao regime jurídico da economia solidária, as possibilidades apresentadas para os negócios jurídicos quilombolas devem compor o planejamento público para que seja possível democratizar o acesso aos recursos federais.

A inclusão do Quilombo Jurídico no Mercado por seus empreendimentos solidários para promoção do Etnodesenvolvimento requer a adoção de uma série de medidas. Entre eles o controle étnico sobre sua propriedade formal territorial e cultural material e imaterial, para potencializar os ativos Etnoeconômico.

Essas ações requerem a democratização do investimento de recursos financeiros para suas implementações, execuções e continuidade. Os elementos orçamentários pelos quais poderão se inserir a planificação da política de Etnodesenvolvimento Quilombola, a depender de iniciativa do Executivo, estão previstos no art. 165 da Constituição Federal, ao tratar sobre os orçamentos públicos.

Para Harrison Leite¹² (2020, p. 99), trata-se de “lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo, discriminando detalhadamente as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las”. Consoante o autor (2020, p. 100), é um instrumento técnico, jurídico, político e econômico, pelo qual o Estado pode estimular ou desestimular a produção, o consumo e o investimento, de modo a intervir na economia direta (*no domínio econômico*) ou indireta (*sobre o domínio econômico*).

O orçamento público organiza-se em: i) Plano Plurianual, com vigência de quatro anos e função de estabelecer as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo da Administração Pública Federal; ii) Diretrizes Orçamentárias, com propósito de garantir a conexão entre o PPA e a Lei Orçamentária Anual (LOA); iii) Orçamentos anuais,

12 Professor Doutor de Direito Tributário e Direito Financeiro da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da UESC.

orienta-se a metas e prioridades anuais, com parâmetros de projeção entre despesas e receitas.

O orçamento é constituído por normas de lei orçamentária e normas pré-orçamentárias, as primeiras nascem no orçamento público e são autorizativas e as últimas nasceram antes do orçamento e vinculam-no à sua efetivação, chamadas impositivas (LEITE, 2020). Em que pese os direitos quilombolas ao Etnodesenvolvimento ter previsão constitucional, a partir do art. 68 do ADCT, não há sua vinculação de custeio, com repartição obrigatória no orçamento tal qual é previsto nos gastos com educação (art. 212 CF/88) e saúde (art. 198, § 2º CF/88 e LC nº 141/2012).

O PPA 2024-2027 deve ser desenhado para comportar toda a estrutura organizacional do terceiro mandato de Luís Inácio Lula da Silva (2023-2026), seus ministérios, secretarias e diretorias para execução de ações previstas dentro das atribuições e competências desses órgãos. Principalmente para garantir o custeio das despesas com o Programa Aquilomba Brasil (PAB), instituído pelo Decreto nº 11.447/2023.

O PAB será coordenado pelo Ministério da Igualdade Racial, organizado em quatro eixos de ação: i) acesso à terra e ao território; ii) infraestrutura e qualidade de vida; iii) inclusão produtiva e desenvolvimento local; e iv) direitos e cidadania. Os objetivos do programa devem compor a norma orçamentária para garantir a democratização do acesso aos recursos financeiros do orçamento público e viabilizar a atuação da Secretaria de Territórios e Sistemas Produtivos Quilombolas e Tradicionais¹³; do Departamento de Reconhecimento, Proteção de Territórios Tradicionais e Etnodesenvolvimento¹⁴; Secretaria de Políticas para Quilombolas, Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana, Povos de Terreiros e Ciganos¹⁵; Diretoria de Políticas para Quilombolas e Ciganos¹⁶; e da Secretaria Nacional de Biodiversidade, Florestas e Direitos Animais¹⁷.

Tendo em vista a interseccionalidade imperativa na política de Etnodesenvolvimento Quilombola, o PPA deverá considerar programas transversais entre os Ministérios do Turismo e Igualdade racial e seus órgãos, para apoio ao turismo de base comunitária¹⁸ e entre os Ministérios de Igualdade Racial, Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar, Infraestrutura¹⁹, e Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome²⁰ para a inclusão produtiva e desenvolvimento local.

13 Art. 29, incisos I ao XIII do Decreto 11.396/2023.

14 Art. 30 incisos I ao XXXII do Decreto 11.396/2023.

15 Art. 22 incisos I ao XII do Decreto 11.346/2023.

16 Art. 23 incisos I ao V do Decreto 11.346/2023.

17 Art. 18, inciso I, alínea f, do Decreto 11.349/2023.

18 Art. 37, inciso III do Decreto 11.349/2023.

19 Art. 31, inciso IV do Decreto 11.392/2023.

20 Art. 32, inciso IX do Decreto 11.392/2023.

Leite (2020) expõe que as normas autorizativas correspondem às vinculações orçamentárias, de caráter autorizativo e não gera segurança jurídica, apenas previsibilidade, de execução não obrigatória; as normas impositivas ensejam vinculações pré-orçamentárias e garantem efetividade sob pena de responsabilidade fiscal.

Em experiências anteriores, o Etnodesenvolvimento Quilombola foi concebido por ato administrativo, em norma autorizativa entre os períodos de 2004 a 2016, de modo que sua execução orçamentária não se deu como previsto, sempre *aquém* do planejado, ou sequer inserida no planejamento de 2020 a 2023.

Por melhor que seja a nova política de governo para promover o Etnodesenvolvimento Quilombola, ainda prescinde de estabilidade e segurança jurídica, pois da maneira como foi concebida vai ser executada enquanto perdurar esta gestão. É preciso instituir uma Política de Etnodesenvolvimento Quilombola por lei, para criar a obrigatoriedade de integrar os planejamentos públicos, independente das afinidades dos Governos.

Enquanto essa proposta de projeto de lei não for inserida no ordenamento jurídico brasileiro, sugere-se a vinculação orçamentária das ações estratégicas²¹ dos processos administrativos para regularizar territórios quilombolas por Emenda Parlamentar, instrumento jurídico de imposição orçamentária, concebido pela Emenda Constitucional nº 100 de 26 de junho de 2019, que alterou os arts. 165 e 166 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal.

A criação de programas para execução de políticas públicas de Etnodesenvolvimento Quilombola pode receber transferência com finalidade definida (art. 166-A, §4º). Esta verba tem destino certo para aplicação em programa criado pelo governo. O fomento e promoção do Etnodesenvolvimento Quilomboladentro do segmento da economia solidária (art. 30, XIV Decreto nº 11.396/2023) poderia ser custeado por emendas parlamentares impositivas.

Essa medida de planejamento orçamentário impositivo, por emendas parlamentares, para promoção e fomento do Etnodesenvolvimento Quilombola dentro do segmento da economia solidária poderia garantir a previsibilidade e segurança jurídica do grupo técnico em relação à efetividade de seu direito ao desenvolvimento e continuidade da política, por pelo menos 4 anos (PPA).

Neste sentido, é vital a aprovação do projeto de Lei nº 6.606/2019, que dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências para garantir a per-

21 RTID, Notificações, Desapropriações.

manência quilombola no ramo da economia solidária, para além do Governo de Luís Inácio Lula da Silva (2023–2026).

A proposta de projeto de lei apresentada nessa pesquisa possibilita superar esses desafios de discricionariedade e periodicidade dos governos por constituir-se norma pré-orçamentária com receitas vinculadas. Essa fonte poderia ser o Fundo Quilombola e/ou parte da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) destinada ao INCRA.

Vincular fonte de receita para a política de Etnodesenvolvimento Quilombola potencializa todos os ativos Etnoeconômicos que têm raiz no direito territorial previsto no art. 68 do ADCT. Promoverá o desenvolvimento econômico do grupo étnico em planos para além dos quatro anos previstos no PAA e Cria a impositividade orçamentária necessária para garantir a condição jurídica de política de Estado. Se assim for, ter-se-á percurso jurídico seguro para emancipação quilombola na sua diretriz ancestral de vida e liberdade sustentáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou a luta negra e, principalmente, da coletividade quilombola ao estabelecer o direito de regularizar suas terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do ADCT. Reconheceu-se, após longo tempo, serem grupo formador da sociedade brasileira, cujo patrimônio cultural material e imaterial é tutelado pelo art. 216 da CF/88. O direito à propriedade aos descendentes possibilita potencializar os etnos-ativos quilombolas, por meio de negócios jurídicos quilombolas.

Estes são identificados quando na relação jurídica uma das partes for Associações Quilombolas (pessoa jurídica) ou sujeitos coletivos quilombola (pessoa física), assim qualificados por vínculo de ancestralidade e reconhecidos pela Associação ao qual estão vinculados. No outro polo dessa relação, podem figurar pessoas jurídicas de direito público ou privado e pessoas físicas. O objeto deste negócio jurídico envolve ativos etnoeconômicos, concebidos pelo patrimônio quilombola disponível e gerado a partir do território com valor econômico agregado.

É importante que os negócios jurídicos quilombolas do etnodesenvolvimento sejam assim reconhecidos para usufruir de políticas públicas de Estado. Enquanto política de governo terão dificuldades de alcançar a justa inclusão socioeconômica. Importante passo naquela direção será aprovar o Projeto de Lei nº 6.606/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados Federais e aprovado pelo Senado Brasileiro, pois estes negócios são espécie do gênero negócios jurídicos da economia solidária.

Os empreendimentos quilombolas organizam-se conforme a racionalidade desta econômica, especialmente, quanto a solidariedade e

a autogestão dos interesses econômicos e a sustentabilidade cultural e ambiental. Estes são intrínsecos à vivência quilombola e fruto da adaptação cultural afrodiaspórica.

Impulsionar os negócios jurídicos quilombolas por meio de normas jurídicas promocionais é um dever do Estado brasileiro. É um importante caminho para possibilitar a emancipação socioeconômicas destas comunidades. Seus integrantes são descendentes dos negros heróis que lutaram, em especial, pela liberdade e condições mínimas de dignidade para as vidas humanas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jaqueline Pereira de. **A proteção da biodiversidade pelos saberes comunitários : um estudo dos protocolos bioculturais na América Latina**. Dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2022. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/79545> Acesso em 17 de jan 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: novos estudos da teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Fundação coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos (COPPETEC). **Projeto Brasil Local – Etnodesenvolvimento e Economia Solidária Quilombola**. Disponível em: <https://transforma.fbb.org.br/tecnologia-social/etnodesenvolvimento-e-economia-solidaria-em-territorios-quilombolas> Acesso em 30 ago 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar. **O PAA está de volta!** Disponível em: <https://www.gov.br/mda/pt-br/assuntos/noticias/2023/03/o-paa-esta-de-volta>. Acesso em 25 set 2023.

COOPERQUIVALE. Estatuto da Cooperativa dos Agricultores Quilombolas do Vale do Ribeira. **Ata da Assembleia Geral de Constituição da Cooperativa dos Agricultores Quilombolas do Vale do Ribeira**. Junta Comercial do Estado de São Paulo. Secretaria do Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia. Protocolo 0.162.104/13-3. [Eldorado], fev. 2013. Disponível em: <https://www.jucesonline.sp.gov.br/Visualiza-Ticket.aspx?sc=IJTVrjtUgLSGONLfKiCKmnFpAtlKRxiWpakJtYHPi8pYjMo5z2IItq-383FE3dmVf>. Acesso em: 06 set. 2021.

DIAS, Jaqueline Evangelista; Laureano, Lourdes Cardozo. **Protocolo Comunitário Biocultural das Raízeras do Cerrado: Direito Consuetudinário de praticar a medicina Tradicional**. Turmalina: Articulação Pacari, 2015. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-Comunitario-Biocultural-das-Raizeiras-do-Cerrado.pdf> Acesso em 06 set. 2021.

GOULART, André, Moura Cintra. **O conceito de ativos na contabilidade: um fundamento a ser explorado**. Revista de Contabilidade & Finanças. vol.13 no.28. São Paulo, Jan-Abr. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcf/a/6GQJvJjSLm3NsZR-7fh45CFg/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 25 mar 2023.

ISA. Instituto Socioambiental. Turismo de base comunitária: circuito quilombola. **Instituto Socioambiental**, [S.l.], 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/fileegociosses/livreto.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9ª ed. Rev. Atual. Ampl. Salvador: JusPODVM, 2020.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Fundação Perseu, 2002.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 30 do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplica-

dos anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em 20 de setembro de 2023

BRASIL. **Decreto 3.551 5 de agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_n_3.551_de_04_de_agosto_de_2000.pdf. Acesso em 21 de setembro de 2023

BRASIL. **Projeto de Lei 6.606 de 2019**. Dispõe sobre a Política Nacional de Economia Solidária e os empreendimentos econômicos solidários, cria o Sistema Nacional de Economia Solidária e dá outras providências. . https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1037445. Acesso em 20 de setembro de 2023

BRASIL. **Decreto n.º 11.396 de 21 de janeiro de 2023**. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança do Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11396.htm Acesso em 22 de jan 2023

BRASIL. **Decreto nº 11.447 de 21 de março de 2023**. Institui o Programa Aquilomba Brasil e o seu Comitê Gestor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11447.htm#art17 Acesso em 23 de março de 2023.7

ABUSO DO DIREITO E DANO IMORAL¹

Arthur Lutiheri Baptista Nespoli²
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral³

1 O presente artigo é fruto de adaptação/redução de trabalho submetido e aceito para publicação no evento “Congresso de direito civil na legalidade constitucional”, organizado pela Universidade de Camerino (Itália), ocorrido de 03 e 06 de julho de 2023.

2 Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. E-mail: lutiheri@gmail.com

3 Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR.

INTRODUÇÃO

O caráter deontológico do Direito enseja a conformação dos seus institutos ao sentimento de justiça que subjaz a toda solução que se procura emprestar aos conflitos sociais. No âmbito da responsabilidade civil, a superação do sentido naturalístico do dano para adoção da noção normativa evidencia essa preocupação. A mesma noção normativa também inaugurou a ampliação do espectro de ressarcibilidade de lesões que, a rigor, não configuravam atos ilícitos *stricto sensu* ou abusivos, reconhecendo-se que o dano injusto, enquanto violação a interesse juridicamente relevante, não poderia remanescer imune ao regime reparatório.

A evolução da categoria dos atos abusivos demonstra a permeabilidade do Direito ao senso de equidade, enformando o instituto a desempenhar função complementar na responsabilização civil. De igual maneira, o dano imoral previsto no § 826 do Código Civil alemão (BGB) paulatinamente assume o mesmo caráter, tendo como índice desencadeador do regime delitual os *bons costumes*, vislumbrando-se pontos secantes entre esses institutos, sem, contudo, perderem sua autonomia.

No Direito Civil brasileiro, identifica-se a coexistência dessas categorias. Apesar de não referido pela doutrina, o dano imoral decorre da interpretação combinada dos arts. 187 e 927, *caput*, do Código Civil

de 2002 (CC/02), que, informada pela noção de dano injusto, permite a aplicação de forma complementar ao sistema de responsabilização nacional, mostrando-se mais um importante instrumento dogmático de acionamento do regime reparatório em situações lesivas não subsumíveis ao ato ilícito *stricto sensu* ou ao abuso do direito.

1 ABUSO DO DIREITO

A origem histórica do abuso do direito é controversa. Não raro apontam-se alguns institutos do Direito Romano como precursores da limitação do uso irregular de uma posição jurídica a justificar a recondução a esse sistema. Se por um lado os institutos indicados, de fato, estabeleciam temperamentos no exercício do direito, por outro denuncia-se que a interpretação emprestada retroativamente seria anacrônica e desinserida do contexto da época.

Diversos textos romanos serviram de base à construção da teoria do ato emulativo (*aemulatio*), segundo a qual o ato com intenção maligna e sem utilidade ao agente acarretaria sua responsabilização. Da *aemulatio*, portanto, extraem alguns autores⁴ a tese de que a teoria do abuso do direito remontaria ao pensamento clássico. Busca-se, também, sua identificação em brocardos, tais como “*summum ius summa iniuria*”, “*non omne quod licet honestum est*” e “*malitiis non est indulgendum*”. Mas não apenas: valem-se, ainda, os defensores da tese da *exceptio doli* e da regulação do direito de vizinhança. A *exceptio doli* permitia deter uma *actio* que, por circunstâncias várias, seria injusta. As relações de vizinhança, por sua vez, sofriam limitações impostas pela necessidade de convivência pacífica. Ilustrativamente, sustenta Jorge Americano⁵ que os brocardos acima citados estão “impregnados” com a noção do abuso do direito, pois abrangeriam não apenas os atos realizados fora da esfera do direito de cada um, mas também os que, aparentemente dentro, fossem executados com excesso.

Os exemplos trazidos pela doutrina são inúmeros e extraídos, como visto, dos mais variados ramos do Direito. A necessidade de conformação do uso da *facultas agendi*, portanto, há muito foi percebida como imprescindível a se evitar soluções aberrantes: o mau exercício da posição outorgada ao titular, mesmo em se tratando de direito absoluto, passou por temperamentos para que o senso de justiça não fosse ferido.

Contudo, adverte Antonio Menezes Cordeiro⁶ contra o equívoco de se usar instrumentais atuais à interpretação de dados históricos. Especificamente sobre o tema, pondera que não havia no Direito Romano uma elaboração de uma teoria geral dos atos emulativos;

⁴ A defender essa posição, noticia Alvino Lima (*Culpa e risco*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208) Gluck, Thibaut, Windscheid, Maynz e De Crescenzo.

⁵ J. Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, São Paulo: Saraiva & Comp., 1932, p. 10.

⁶ A. M. Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2021, p. 673-676.

tampouco verificava-se o uso institucionalizado da *exceptio doli* a enfrentar o exercício irregular do direito; nem as limitações jurídicas dos direitos envolvidos no conflito de vizinhança permitiria concluir, linearmente, pela adoção do instituto do abuso do direito como atualmente concebido, sequer de forma embrionária. Haveria, portanto, falta de perspectivação histórica ao se eleger trechos e brocardos sortidos das fontes romanas, elementos parcelares, cuja articulação era mais empírica do que teórica, até mesmo pela própria característica desse sistema, marcadamente casuístico e desvestido de abrangente planificação. Logo, “ainda quando esses institutos tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos.”⁷

Sem apoio, entretanto, numa construção científica, nos séculos XVIII e XIX observou-se a prevalência da visão da “titularidade absoluta” dos direitos, falando-se, inclusive, em *ius abutendi* (direito de abusar), vale dizer, o titular do direito poderia exercê-lo sem peias, senhor que era da sua posição jurídica. Afinal, entendia-se que a ninguém prejudica aquele que usa do seu direito – *neminem laedit qui iure suo utitur*.⁸ Mas a noção do abuso do direito “vegetou [...] obscuramente nos costumes, infiltrando-se em grande número de instituições”, até reaparecer tratada pela doutrina.⁹

No Direito brasileiro, com a promulgação do Código Beviláqua, extraiu-se do seu art. 160, I, o que seria a primeira positivação de norma geral sobre o tema: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.” Em que pese não contemplado expressamente, grande parte da doutrina¹⁰ deduziu a interdição do abuso valendo-se da interpretação *a contrario sensu*: o exercício *irregular* de um direito constituiria ato ilícito, estaria proscrito e culminaria no dever de indenizar.¹¹

No Código Civil de 2002 (CC/02), o instituto veio expressamente previsto no art. 187, prevalecendo na doutrina nacional a concepção finalista, entendendo o abuso do direito como o exercício contrário à destinação social, econômica ou à finalidade da norma. Trata-se de concepção mais consentânea com a noção de abertura de sistema,¹² que acabou por assumir relevância ao longo do século XX.

Não encontra o abuso do direito sua autonomia dogmática em eventual distinção de efeitos ou de regime repressivo sancionatório.

⁷ Ibid., p. 677.

⁸ J. O. Ascensão, *Direito civil: teoria geral*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 266; F. Amaral, *Direito Civil: Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243.

⁹ J. Americano, *Do abuso do direito*, cit., p. 13.

¹⁰ Em divergência, Caio Mario da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 674) não vislumbrou norma geral de abuso do direito no art. 160, I, do CC/16.

¹¹ G. Tepedino, H. H. Barboza, M. C. B. de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 341-342; R. F. Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 288.

¹² De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-108), falar em sistema aberto indica o reconhecimento de sua incompletude e sua capacidade de evolução e modificação, o que implica na adoção de novos institutos ou princípios.

O ato abusivo ou o ilícito podem culminar no dever de reparar se gerarem danos. Da mesma forma, podem implicar na mera declaração de nulidade ou na obrigação de fazer, prestação *in natura*. Nesse sentido, propõe Fernando Augusto Cunha de Sá¹³ que a distinção entre as figuras dar-se-ia, no abuso, pela referência ao elemento valorativo e, no ilícito, pela conexão com o elemento estrutural. Em ambas as hipóteses estar-se-ia diante de um comportamento materialmente estranho ao exercício de um direito subjetivo ou prerrogativa jurídica. Contudo, a ilicitude consiste na direta e frontal violação formal do direito ou prerrogativa; o abuso finge a aparência estrutural, mas encobre a violação da intenção normativa do direito ou prerrogativa. Vale dizer, o primeiro consiste no desrespeito dos limites lógico-formais e o segundo no desrespeito aos limites axiológico-materiais. Em que pese substancialmente distintos em sua configuração, os efeitos sancionatórios podem confundir-se, porque persiste a identidade de contrariedade ao Direito. Em se reconhecendo a diferença de natureza, irrelevante a taxonomia que se lhe empresta em sinonímia: ilícito material x ilícito formal¹⁴ ou ato ilícito x ato ilegal.¹⁵

O ato abusivo, portanto, vincula-se à análise valorativa, enquanto o ilícito refere-se à estrutura. Nesse ponto, relevante distinguir os conceitos de *estrutura* e *função* dos fatos jurídicos. O primeiro diz respeito à conformação do fato – como é –, número de partes necessárias para perfectibilizar um ato apto a produzir seus regulares efeitos jurídicos: são os elementos que o enformam. O segundo refere-se à utilidade do fato – para que serve –, devendo-se considerar os princípios e valores que o informam: “ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. [...] Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção.”¹⁶

Em se referindo ao perfil funcional da situação jurídica, não é possível circunscrever o instituto do abuso do direito a alguns perfis estruturais, abrangendo, portanto, qualquer situação jurídica, porque dotada de função.¹⁷ Abuso “do direito”, por conseguinte, é expressão que retrata menos do que abrange. Não apenas “direitos” são passíveis de abuso. Isso porque a relação jurídica é vínculo que se estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres, a respeito de bens ou situações jurídicas, concebida em

13 F. A. C. de Sá, *Abuso do direito*, Coimbra: Almedina, 1973, p. 633-636.

14 Nomenclatura proposta por Castanheira Neves; cf. T. A. Lopez, *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*, in *Revista dos tribunais*, vol. 885/2009, p. 49-68, jul. 2009, item 4.

15 Nomenclatura proposta por Cláudio Antônio Soares Levada; cf. I. de Carvalho Neto, *Abuso do direito*, Curitiba: Juruá, 2015, p. 184.

16 P. Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, Tradução: Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.

17 E. N. de Souza, *Abuso do direito: novas perspectivas entre a litude e o merecimento de tutela*, in *Revista trimestral de direito civil*, vol. 50, Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2012, p. 35-91, p. 63.

perspectiva dinâmica, como um processo que se desenvolve em face de um determinado objetivo.¹⁸

Naturalmente, há de se ter cautela para que a excessiva expansão do instituto não implique em seu esvaziamento conceitual. Nesse ponto, cumpre analisar um dos requisitos legais positivados em nosso Código. Os *bons costumes* compreendem concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade, enquanto conjunto de regras de convivência que, em dado momento e ambiente, são tidos como corretos. Afrontar os bons costumes seria contrariar a ética predominante.¹⁹ Naturalmente, a remissão à moral não resolve de todo a concretização do que se entende por esse índice, na medida em que, “para além das [dificuldades] atinentes à determinação do que se tenha por ‘Moral’, acresce que, por intuição imediata, apreende-se a existência de muitas regras morais estranhas, em absoluto, ao Direito.”²⁰

A definição de bons costumes enquanto categoria jurídica científica é problema que há muito vem sendo relegado pela doutrina. Ao passar em revista a posição de parte dos autores clássicos, Georges Ripert²¹ denuncia a resistência dos doutrinadores para com o tema. Há uma certa desconfiança pela liberdade que esse conceito aberto outorga aos magistrados, que poderiam, sob o pretexto de controle de licitude, exercer verdadeira censura sobre os atos postos a julgamento. Alguns autores recorrem a um “empirismo fácil” – “há em cada época da vida da humanidade uma doutrina sobre a moral que a consciência geral aceita [...]” –; outros constatariam “melancolicamente” que a ordem pública e os bons costumes são “noções variáveis no tempo e no espaço”; outros tantos, influenciados pelo sociologismo, repudiam um ideal religioso ou filosófico e tentam buscar no fato social – a opinião pública comum – o parâmetro de censura. Repudia, em conclusão, todas as tentativas de retirar o caráter de ideal humano ou divino à regra moral, rebaixando-a aos hábitos ou práticas prevalecentes, mesmo que manifestamente contrários a séculos de desenvolvimento da moralidade cristã.

Sua previsão no CC/02 foi denunciada como “particularmente extemporânea num cenário pós-positivista, no qual os valores sociais juridicamente relevantes se encontram consignados em sede constitucional.”²² A aplicação da cláusula não se mostraria tão promissora dado o caráter vago e indeterminado dos bons costumes, prevalecendo, a exemplo do que se verificou na aplicação do § 826 do BGB, o recurso à boa-fé, noção mais desenvolvida e melhor delineada.²³

18 A. P. R. Lêdo, I. C. Sabo, A. C. C. Z. M. Amaral, *Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*, in *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. p. 5-6.

19 S. Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 171-172.

20 A. M. Cordeiro, *Da boa fé*, cit., p. 1.216.

21 G. Ripert, *A regra moral nas obrigações civis*, Tradução: Osório de Oliveira, São Paulo: Livraria acadêmica, 1937, p. 76-80.

22 E. N. de Souza, *Abuso do direito*, cit., p. 60.

23 R. S. de F. Lima, *Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 838/2005, p. 11-41, ago. 2005, item 3.2.

Não obstante, a verificação da ocorrência do abuso do direito pela análise objetiva do comportamento do agente encontra-se amplamente sedimentada na doutrina e jurisprudência nacionais, coadunando-se com sua evolução histórico-dogmática. Assim, “[...] a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.”²⁴ Nesse sentido, inclusive, o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

De igual maneira, a interditar atos que atentem contra o senso equidade e condutas antissociais, atuando de forma complementar no regime delitual, tem-se o dano imoral, cuja evolução dogmática assemelha-se a do abuso do direito.

2 DANO IMORAL NA ALEMANHA

O Código Civil alemão (BGB) é dotado de três cláusulas gerais. O § 823 I e II²⁵ diz respeito à responsabilização civil por danos relativos a direitos subjetivos ou infração de normas protetoras. A terceira cláusula é o § 826,²⁶ que trata especificamente do dano imoral, consistente no prejuízo causado, de modo contrário aos bons costumes, dolosamente a outrem.

Ao contrário do sistema da *common law*, em que se optou pelo aumento do número de *torts* específicos, o alemão arrematou seu regime de responsabilização com essa cláusula “residual”, apta a acomodar a expansão futura e desenvolvimento do regime delitual. A ideia inicial do legislador foi conferir proteção aos danos econômicos e direitos da personalidade, que não estavam abrangidos pelo § 823 I do BGB. Contudo, o desenvolvimento da noção de *direito geral da*

24 G. Tepedino, H. H. Barboza, M. C. B. de Moraes, *Código Civil*, cit., p. 342.

25 Respectivamente: (§ 823 I): “Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.” Tradução livre: “Aquele que, dolosa ou culposamente, viole ilícitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, é obrigado a indenizá-la pelos danos causados.” (§ 823 II): “Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.” Tradução livre: “A mesma obrigação se aplica a qualquer pessoa que viole uma lei destinada a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, a violação desta for também possível sem culpa, a obrigação de indenizar só ocorre em caso de culpa.”

26 “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” Tradução livre: “Quem dolosamente causar dano a outrem de forma contrária aos bons costumes é obrigado a indenizar o outro pelo dano.”

*personalidade*²⁷ pelas cortes culminou na proteção da pessoa em seu aspecto existencial no quadro de incidência do § 823 I.²⁸

A lei não distingue o tipo de dano decorrente e, portanto, abrange tanto a lesão patrimonial quanto à moral. O dolo referido no dispositivo não se restringe ao direto, ou seja, para além das hipóteses em que o agente quis intencionalmente causar o prejuízo, a norma incide caso o autor do dano previu e aceitou sua realização. Nem todo dano causado dolosamente, entretanto, é “imoral”: somente aquele que, por sua finalidade, pelo meio empregado ou pela “mentalidade que revela” mostra-se condenável ou reprovável segundo os critérios da moral dos negócios em geral ou das regras usuais de decoro.²⁹

A exigência de conduta dolosa foi sendo paulatinamente abrangida pela jurisprudência. Da aceitação do dolo eventual, ampliou-se sua aplicação para algumas formas de imprudência (*Leichtfertigkeit*), notadamente nos casos em que o autor do dano estava ciente que sua conduta era imprudente, o que indicaria suficientemente a “intenção” (*rectius* culpa consciente). Ilustrativamente, cita-se o caso em que um médico atestou a incapacidade de uma pessoa, recomendando sua interdição. Constatou-se que o diagnóstico estava absolutamente errado e que o equívoco poderia ter sido evitado com um exame mais cuidadoso. Apesar de não ter tido a intenção de prejudicar o paciente, o perito foi responsabilizado com fundamento no § 826 do BGB.³⁰

O dolo – essa noção ampla acima vista – referido na norma deve abranger apenas o interesse primário afetado, não se exigindo a consciência dos prejuízos consequentes, pelos quais, contudo, o agente também responde. Vale dizer, o volume de dano causado e o particular curso ulterior do seu desenvolvimento estão abrangidos nesse tipo de responsabilização, mesmo que não previstos pelo agente.³¹ Por exemplo, se a parte intencionalmente descumpre um contrato *contra bonos mores*, provavelmente será responsabilizada pela falência do

27 O Código Civil alemão não acolheu expressamente a categoria dos direitos da personalidade (A. Schreiber, *Direitos da Personalidade*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 6). A propósito, a doutrina e jurisprudência alemãs acabaram por desenvolver um *direito geral da personalidade* (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) em seu sistema, conjugando o diploma civil com a Lei Fundamental (D. M. Vicente, *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*, vol. I, São Paulo: Almedina, 2018, p. 177). O § 823 I do Código Civil alemão (BGB) estabelece que a violação intencional ou por negligência da vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, importará na obrigação da reparação dos danos decorrentes. A doutrina debateu se a norma positivou direitos da personalidade ou apenas elencou bens jurídicos a serem tutelados, sob o argumento de que ninguém poderia ter direitos sobre si mesmo (L. E. de A. Zanini, *A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 06, n. 2, p. 731-759, 2020, p. 734). Outro fator limitativo do ordenamento alemão decorre do § 253 I do BGB, que estabelece que a compensação por danos extrapatrimoniais somente seria possível nas hipóteses previstas em lei, recebendo a crítica de reduzir a pretensão a poucos casos (K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, t. I., tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1958, p. 232). Apesar da expressão “ou um outro direito” (*oder ein sonstiges Recht*) estampada no § 823 I do BGB ter dado abertura ao acréscimo de outros bens jurídicos para além dos elencados, a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) estabeleceu um direito geral da personalidade a partir da leitura dos artigos 1º (dignidade da pessoa humana) e 2ª (livre desenvolvimento da personalidade) da Lei Fundamental, o que fora posteriormente confirmado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG) (L. E. de A. Zanini, *A proteção dos direitos*, cit., p. 738).

28 B. S. Markesinis, J. Bell, A. Janssen, *German law of torts: a comparative treatise*. Oxford: Hart, 2021, p. 78; G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Vahlen, 2021, p. 100.

29 K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, t. II., tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1959, p. 596.

30 C. van Dam, *European Tort Law*, New York: Oxford University Press, 2013, p. 84.

31 K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 596.

contratante, mesmo que essa consequência não fosse sua intenção.³² Em outro julgado, reputou-se suficiente que a contabilidade elaborada erroneamente pelo consultor tributário poderia ser utilizada em negociações de crédito com terceiros, o que lhes causaria danos por confiar nos dados apresentados.³³

A desaprovação ética não é ditada por rigorosas exigências morais, mas pelo pensamento predominante segundo o qual a conduta decididamente merece censura. Incumbe, naturalmente, à jurisprudência a concreção dessas situações, cuja importância reside em estabelecer, pelos precedentes, linhas gerais de condutas para casos semelhantes e futuros.³⁴ Adota-se, por conseguinte, a concepção sociológica de moral, referida e critica por Georges Ripert. Contenta-se o ordenamento alemão com a noção média de conduta entendida como adequada no plano social e compatível com o que de regular se espera no concreto contexto relacional. A fluidez, entretanto, deu azo a distorções, notadamente no período do nazismo, no qual entendeu-se que o conteúdo dos bons costumes deveria ser moldado pelo sentimento popular prevalecente desde a revolução, a visão de mundo nacional-socialista. Naturalmente, essa definição foi rapidamente abandonada com o fim do Terceiro Reich.³⁵

Ressalva Karl Larenz³⁶ que, em razão da amplitude da noção, não se mostra possível delinear uma ideia geral completa dos danos considerados imorais pela jurisprudência alemã. Mas os casos em que reconhecido o dano imoral são numerosos, trazendo o autor alguns exemplos separados por grupos: a) ataque ao livre desenvolvimento da personalidade, como, por exemplo, uma declaração falsa sobre o estado mental da pessoa a fim de declará-la incapaz; b) proceder ilicitamente no âmbito comercial, como, por exemplo, induzir empregados alheios a cometer abuso de confiança, manifestações difamatórias contra os concorrentes ou seus produtos (quando sejam falsas), imitação exata de produtos para enganar os consumidores ou espionagem industrial; c) abuso da posição de monopólio a fim de impor condições contratuais iníquas. Mas a hipótese que mais interessa ao presente estudo refere-se ao aproveitamento abusivo de uma posição jurídica válida.

A jurisprudência tedesca reconhece o abuso do direito como hipótese de dano imoral. A imoralidade da ação se sobrepõe a sua justificação formal, nomeadamente o exercício de direito subjetivo, tornando-se antijurídica e reprovada pelo ordenamento, subsumindo-se à hipótese do § 826.³⁷ O princípio *qui jure suo utitur neminem laedit* é limitado

32 C. van Dam, *European*, cit., p. 83.

33 B. S. Markesinis, J. Bell, A. Janssen, *German law*, cit., p. 79.

34 K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 596.

35 G. Wagner, *Deliktsrecht*, cit., p. 101; B. S. Markesinis, J. Bell, A. Janssen, *German law*, cit., p. 80.

36 K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, t. II., cit., p. 597.

37 Ibid., p. 598.

por esse dispositivo: onde começa o abuso, termina o direito; onde há dano por ato abusivo, há dano imoral.

A reconhecida amplitude objetiva da hipótese de incidência da norma, desvinculada de anterior tipificação de interesses tutelados ou de leis específicas de proteção, confere ao dispositivo importante função complementar na repressão de atos antijurídicos não abrangidos pelas disposições gerais do § 823 I e II. Cabe ao magistrado, em análise do caso concreto, verificar a ocorrência da violação aos *gute Sitten*. A noção de *bons costumes* sofreu modificação ao longo do tempo e passou a ter renovado significado com a adoção da Lei Fundamental como base teórica de apoio. Mesmo que não se possa emitir um juízo abstrato sobre sua significação, as linhas principiológicas traçadas na Constituição alemã servem como vetor axiológico informativo mais concreto, espécie de solução intermediária entre o empirismo das práticas correntes e a vagueza das noções análogas de *public policy* (inglesa) ou *ordre public* (francesa).³⁸

Nesse sentido, o BGH já ponderou que a determinação de padrões morais geralmente aplicáveis em uma sociedade pluralista é tarefa problemática. Assim, assevera Gerhard Wagner,³⁹ só se poderia chegar a “um terreno seguro” se a imoralidade referida no § 826 do BGB for “especificada exclusivamente no que diz respeito à função da norma”. O comportamento imoral, portanto, seria o abuso da liberdade e dos institutos previstos para exercê-la em detrimento de terceiros. O descolamento da noção corrente de moralidade com a jurídica estampada no dispositivo em estudo vem sendo reconhecida pelo BGH, o qual entendeu, no âmbito do direito de família, que o adultério, por si só, não seria fato desencadeador da responsabilização por esse tipo de dano.

Não obstante em várias áreas mostrar-se possível a resolução de situações antijurídicas recorrendo-se ao espectro principiológico da Lei Fundamental, o § 826 ainda mantém seu caráter original de abranger novas formas de condutas lesivas não previstas inicialmente pelo legislador. É o que se verifica nos casos de *domain grabbing* ou *domain squatting*, prática consistente no registro abusivo de algum domínio de internet pelo não titular do direito marcário a fim de cobrar do legítimo detentor uma “taxa” para recuperar sua marca/endereço virtual. Tal situação foi enquadrada como violadora dos bons costumes, como forma de pressionar indevidamente o real titular da marca, subsumindo-se ao § 826.⁴⁰

O abuso do direito é tratado no sistema alemão como uma das hipóteses de dano imoral. Contudo, vislumbra-se que a imbricação dos institutos vai além da singela relação continente-conteúdo. Mesmo que não haja identidade entre eles, verifica-se uma aproximação

38 B. S. Markesinis, J. Bell, A. Janssen, *German law*, cit., p. 80.

39 G. Wagner, *Deliktsrecht*, cit., p. 102-104.

40 B. S. Markesinis, J. Bell, A. Janssen, *German law*, cit., p. 81.

muito maior do que a de gênero-espécie; não obstante, os institutos mantêm sua autonomia.

3 DANO IMORAL NO BRASIL

O abuso do direito e o dano imoral transitam na desvanecida fronteira entre a moral, a boa-fé e a ordem pública. Apesar da distinção feita por Antonio Menezes Cordeiro,⁴¹ grande parte da doutrina trabalha com referências mútuas quando discorre sobre essas noções.⁴² Por dizer respeito a normas de conduta, formas autorizadas ou estimuladas de proceder, há inegavelmente pontos secantes.

Apesar de não referenciado expressamente pela doutrina, o dano imoral também está positivado no nosso Código Civil. Basta fazer-se a leitura conjugada do art. 927, *caput*, com o art. 187 do CC/02 para se chegar à redação idêntica do § 826 do BGB: aquele que, por conduta dolosa (ou culposa), violar os bons costumes (exceder manifestamente seus limites), é obrigado a reparar o dano decorrente.

A diferença de tratamento legislativo se deu pelo sistema aberto de responsabilização civil – inspirado no francês – adotado no Brasil, o que tornou despicienda – seria, na verdade, inadequada – a previsão consolidada em uma cláusula apenas. Na Alemanha, em razão do regime da tipicidade delitual,⁴³ fez-se necessário a inclusão de dispositivo próprio a exercer a função de complementação das cláusulas gerais (§ 823 I e II), haja vista que nessas já há a identificação dos interesses tutelados pelo ordenamento. Ademais, o § 226 interditou o uso abusivo de posições jurídicas, sem, contudo, enquadrá-lo como ato ilícito.

Em nosso Código, diferentemente, o legislador limitou-se a conceituar ato ilícito *stricto sensu* (art. 186) e abuso do direito (art. 187), para prever, em dispositivo distinto, a ressarcibilidade dos prejuízos deles decorrentes (art. 927). Em sendo idêntica a previsão legal – tratada apenas com técnica redacional distinta –, a função que o dano imoral exerce no Direito brasileiro e seu lugar dentro do regime de responsabilização civil assemelha-se com o que se verifica na Alemanha. Isso significa, na esteira do quanto explanado acima, que o dano imoral é instituto autônomo no quadro da nossa ciência jurídica e que, apesar de se aproximar do abuso do direito em vários aspectos, com ele não se confunde.

Evidentemente, nem todo abuso do direito gera dano imoral, pelo singelo e abordado fato de que a conduta abusiva não pressupõe dano para sua caracterização. Os exemplos comumente tratados na doutrina de atos emulativos que não geram danos, mas são interditados pelo

⁴¹ Sobre a distinção, cf. A. M. Cordeiro, *Da boa fé*, cit., p. 1.223-1.224.

⁴² Ilustrativamente, cf. E. Espinola, E. Espinola Filho, *A lei de introdução ao código civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 400-401.

⁴³ Nesse sentido, cf. C. van Dam, *European*, cit., p. 79; A. Frazão, *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011, p. 22).

ordenamento, são suficientes a demonstrar essa conclusão.⁴⁴ Por outro lado, há de se perquirir se todo dano imoral é abuso do direito, em razão do enquadramento jurídico, no nosso sistema, dos atos excessivos como ilícitos (*lato sensu*). A resposta também é negativa. O abuso do direito pressupõe a titularidade e exercício de um direito (*rectius* posição jurídica) para sua caracterização, por ampla que seja a noção emprestada a esse elemento. Possível, contudo, que a conduta que viole os bons costumes não constitua propriamente o exercício de uma posição jurídica, bastando que caracterize um *dano injusto*. O conceito de dano sofreu importante evolução na ciência jurídica, notadamente a partir da Sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação italiana, sendo certo que a doutrina nacional incorporou essa ideia a fim de delimitar os prejuízos indenizáveis.⁴⁵ Por conseguinte, mesmo que não decorrentes de ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, em sendo afetado algum aspecto da dignidade da pessoa humana ou qualquer outro interesse juridicamente relevante, possível desencadear-se a responsabilização civil do agente.

A importância científica de se reconhecer o dano imoral em nosso ordenamento reside na delimitação do instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais instrumento de tutela da pessoa e seus interesses. O ganho prático guarda relação direta com o aspecto funcional da figura, válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Naturalmente, em se adotando cláusula geral aberta de responsabilização civil no Direito brasileiro, pode-se questionar se a conjugação de sua aplicação com a noção de *dano injusto* não seria suficiente a exercer papel revitalizador do ordenamento frente a inéditas situações lesivas. Sem dúvida alguma a abertura conceitual trazida pela noção normativa de dano – que possibilitou a ressarcibilidade do dano moral –, a adoção de preceito genérico a interditar o abuso do direito e a elevação da boa-fé objetiva como vetor axiológico, limitador de conduta, criador de deveres anexos e interpretativo de todo sistema privado, são elementos que outorgam ao nosso ordenamento importantes meios de oxigenação, quebrando a rigidez historicamente denunciada

44 Na França, na falta de previsão expressa no *Code*, coube à jurisprudência a tarefa de delimitar a *regularidade* no exercício dos direitos. Os casos paradigmáticos e amplamente noticiados na doutrina são os da chaminé falsa e o das hastes de ferro (*Clément-Bayard*). No primeiro, o proprietário ergueu uma chaminé sem qualquer utilidade apenas e tão somente para fazer sombra no imóvel do vizinho. A Corte de Colmar (1855), ao apreciar o caso, ponderou que, embora o direito de propriedade seja absoluto, tem como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo. O segundo, analisado pela Corte de Compaña (1913), refere-se ao proprietário que construiu imensas armaduras de madeira com hastes de ferro (com 16 metros de altura) a fim de prejudicar o vizinho que fabricava dirigíveis. Mais uma vez, o critério utilizado no julgamento para identificação do abuso do direito foi o da *antisocialidade*. Nesse sentido, cf. I. de Carvalho Neto, *Abuso do direito*, cit., p. 36-37; D. T. R. Marcacini, *O abuso do direito*, 2006. 148 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 19; R. F. Pinheiro, *O abuso do direito*, cit., p. 38-39; E. N. de Souza, *Abuso do direito*, cit., p. 43).

45 J. B. de Menezes, R. T. Cardoso, *A figura do dano injusto na doutrina e a sua aplicação pelos tribunais superiores do Brasil*, in M. C. de Sena (org.), *Responsabilidade civil: aspectos gerais e temas contemporâneos*, Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 187-208, p. 193. Houve, portanto, a desvinculação da noção de dano injusto com a de ilicitude; cf. M. C. B. de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 179.

das codificações. Entretanto, princípio elementar da hermenêutica jurídica, não se pode admitir palavras inúteis na lei.⁴⁶

Um dos índices de adequação de conduta adotado pelo legislador no art. 187 do CC/02, não tem recebido tratamento adequado pela doutrina e jurisprudência. Ao se tratar do abuso do direito, os *bons costumes* acabam sendo abordados apenas *en passant*, ocupando-se a jurisprudência, majoritariamente, da boa-fé objetiva como fundamento da caracterização do comportamento proibido.⁴⁷ Não parece satisfatório desprezar esse rico elemento, tachando-o singelamente de “extemporâneo”.⁴⁸ Em verdade, o reconhecimento do dano imoral traz o ganho dogmático de reavivar as cores desse referencial legal no quadro do sistema de responsabilização civil, para além de trazer maior precisão científica ao regime delitual.

Ilustrativamente, tome-se o caso de rompimento de noivado, analisado pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 1006802-12.2018.8.26.0084, Rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier, j. 14.07.2021. O fundamento lançado para se admitir a ressarcibilidade do dano material pleiteado se deu pelo reconhecimento da ocorrência de ato ilícito, na medida em que a dissolução do relacionamento – “exercício regular do direito” – se deu às vésperas da celebração do casamento, o que constituiria “abuso do direito”.

Ao contrário do Direito alemão, que regula expressamente o noivado nos §§ 1.297 a 1.302 do BGB, nosso Código Civil regula apenas o casamento e a união estável. Por opção do legislador, esse fato social, assim como o namoro ou a amizade, não foi objeto de instituição de direitos e deveres positivados na lei. As pessoas gozam, portanto, de ampla liberdade de conformação de suas condutas, limitadas, a princípio, apenas pelos comportamentos expressamente vedados pelo ordenamento. Noivado, namoro ou amizade não são institutos

46 Nesse sentido, cf. C. Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 311.

47 É o que se verifica ao se pesquisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. Os acórdãos que tratam do abuso do direito, em que pese fazer menção ao seu conceito legal, não apresentam a densificação do que se entende por “bons costumes”. As soluções dadas aos casos ora pautarem-se na transgressão dos limites razoáveis do exercício do direito, ora na violação da boa-fé, ao se reconhecer a abusividade da conduta. Nesse sentido, ver-se Recurso Especial nº 1.594.865/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 20.6.2017; e Recurso Especial nº 1.555.202/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 13.12.2016. No tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se a mesma forma de abordagem, em que o abuso do direito é reconhecido em casos de violação da boa-fé objetiva, sem valer-se o Tribunal do critério dos *bons costumes* à solução das causas analisadas, mencionando-o apenas *en passant*, desinteressando-se por aprofundar a ideia. Nesse sentido, cf. os seguintes julgados: ARE nº 1040334, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 14.12.2017; ARE nº 1393251, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 23.08.2022; Rcl nº 41487, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 13.09.2022.

48 Há quem defenda, inclusive, que tal índice nem deveria estar previsto na lei; cf. F. P. Braga Netto, C. C. de Farias, N. Rosenvald, *Novo Tratado*, cit., p. 276: “*Bons costumes* é uma expressão cujo conteúdo nos remete a uma moral oficial, linear e preconceituosa. Andaria melhor o Código de 2002 se não a trouxesse, limitando a referência à boa-fé e aos fins econômicos e sociais do direito. A jurisprudência, no entanto, saberá interpretar o termo em consonância com a Constituição, traduzindo os padrões comportamentais plurais da sociedade contemporânea.” A fim de conferir utilidade ao termo, sugerem os mesmos autores (Ibid., p. 277-278): “Enfim, devemos ler os bons costumes como padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito recíproco, de convivência possível.” Por outro lado, a tentar emprestar significação mais concreta ao que se deve entender por bons costumes, tem-se o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil): “Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.” A primeira parte do enunciado reproduz o conceito sociológico amplamente mencionado pela doutrina há mais de um século; a segunda parte limita a aplicação do índice de conformação comportamental aos negócios jurídicos, o que não encontra assento na positivação legal, haja vista previsto no dispositivo que trata de abuso do direito.

jurídicos que conferem aos participantes direitos e deveres decorrentes da relação em si mesma. Toda relação obrigacional que surja nesse contexto advém de fatos jurídicos outros que não o liame interpessoal.

Assim, não parece adequado falar-se em “direito” ao rompimento do relacionamento, uma vez que, a toda evidência, não se trata de um direito subjetivo; da mesma forma que não se pode falar em direito potestativo, haja vista que não se está diante de uma “[...] situação subjetiva que permite ao titular unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica, interferindo na esfera jurídica de outro sujeito [...]”.⁴⁹ O rompimento de noivado, a exemplo da extinção de amizade, é fato social indiferente ao Direito, que não traz quaisquer consequências jurídicas às partes. Daí porque não se poder falar tecnicamente de abuso do direito ao se tratar do tema: não há posição jurídica sendo exercida, donde se conclui pela impossibilidade de se vislumbrar excesso.

Em não sendo uma relação jurídica,⁵⁰ eventual vínculo obrigacional entre as partes há necessariamente de surgir por fato estranho ao noivado em si mesmo. O rompimento do relacionamento às vésperas do casamento, mesmo não constituindo ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, sem dúvida gera uma quebra de expectativa legítima na outra parte. A boa-fé objetiva veda esse tipo de comportamento no âmbito dos negócios jurídicos (arts. 113 e 422 do CC/02) – o que a toda evidência não se aplica ao caso – bem como no exercício de posições jurídicas (art. 187 do CC/02) – o que, tampouco, como visto, mostra-se pertinente. Portanto, para se extrair fundamento idôneo ao surgimento de vínculo obrigacional na hipótese há de se recorrer a outro índice norteador de conduta.

Os *bons costumes* são mais abrangentes que a boa-fé objetiva por opção do próprio legislador, que não limitou seu campo de incidência ao exercício de posições jurídicas ou ao espectro negocial. Da leitura dos arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/42 (LINDB), extrai-se que, na omissão da lei, o juiz julgará conforme os costumes, bem como que na aplicação dela atenderá às exigências do bem comum – o que foi reiterado pelo art. 8º da Lei nº 13.015/2015 – CPC/15. Trata-se de noções que espelham padrões de comportamento comumente verificados e o senso corrente de conduta aceitável pela moralidade média no âmbito da socialidade. Em arremate, dispõe o art. 17 da LINDB que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem os bons costumes. Esse índice foi eleito, portanto, que norteador geral do sistema jurídico como um todo. De se ressaltar que o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil) indica a

⁴⁹ A. Schreiber, *Manual de direito civil contemporâneo*, São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 45.

⁵⁰ Sobre o conceito de *relação jurídica*, cf. E. Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, tradução: Servanda Editora, Campinas: Editora Servanda, 2008, p. 26-27. No sentido do que sustentado, cf. F. K v. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*. Tradução espanhola: Jacinto Mesía y Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 150.

aplicação dos *bons costumes* na sindicabilidade de atos em questões não abrangidas pela boa-fé objetiva.⁵¹

Para além da maior abrangência, a definição mesma de *bons costumes* adequa-se em maior medida à regulação de fatos sociais que não representem relações jurídicas. Isso porque a boa-fé objetiva é instituto marcadamente científico, cuja consolidação se deu, sobretudo, no âmbito negocial. Os *bons costumes*, por outro lado, guardam relação próxima com a eticidade social e senso de moralidade médio, que, apesar de albergados pelo ordenamento, não foram criados pela dogmática jurídica nem se esgotam no Direito. Assim, em que pese a quebra de legítima expectativa ser tipo de conduta vedada pela boa-fé objetiva, mais adequado, nos casos de rompimento de noivado às vésperas do casamento, usar-se o referencial dos *bons costumes* para se extrair a antijuridicidade da conduta, a ensejar o desencadeamento da responsabilização civil. Afinal, trata-se de comportamento que viola os “padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito recíproco, de convivência possível”,⁵² no âmbito de relação, a princípio, indiferente ao Direito (fato social).

Por conseguinte, em se reconhecendo a causação de um dano injusto por violação aos *bons costumes*, estar-se-ia diante de uma hipótese de dano imoral, decorrente da conjugação do art. 187 e 927, *caput*, do CC/02, autorizando-se o reconhecimento de ato ilícito *lato sensu*, a ensejar a reparação dos prejuízos dele advindos, materiais e morais – estes últimos a depender das circunstâncias concretas do caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante previsto desde a edição original do BGB, o dano imoral somente teve seu pleno desenvolvimento dogmático assentado posteriormente à consolidação da noção de dano normativo, mantendo-se, contudo, em seu aspecto funcional, o papel de complementação do regime delitual (típico) alemão. Tendo como índice legal de caracterização os *bons costumes*, a esse instituto foi atribuído amplo campo de aplicação, notadamente no que se refere a novas situações lesivas ou, quando não inéditas, àquelas não abrangidas pelas outras duas cláusulas gerais de responsabilização civil.

A leitura conjunta dos arts. 187 e 927, *caput*, do CC/02, permite inferir a adoção do instituto do dano imoral pelo nosso sistema. Justamente porque sedimentada a noção de dano injusto, sua conjugação com o índice legal dos *bons costumes* inaugura mais um instrumento de tutela de interesses juridicamente relevantes não abrangidos cientificamente pela boa-fé objetiva.

⁵¹ Ver nota de rodapé nº 45.

⁵² Ver nota de rodapé nº 45.

O reconhecimento do dano imoral apresenta a dupla vantagem de, por um lado, delimitar o instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses; por outro, no aspecto prático, estabelecer mais uma válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Trata-se de solução consentânea com o contemporâneo movimento de ampliação do sistema de responsabilização civil, a fim de se tutelar a pessoa e seus legítimos interesses na maior e mais adequada medida possível, sem se perder de vista, naturalmente, a necessidade de delimitação dos prejuízos indenizáveis, a se evitar o fenômeno da hiperresponsabilização.

Daí porque a importância de se debruçar sobre os delineamentos do conceito de *bons costumes*, que, para além de inapelavelmente se referirem ao senso médio de moralidade – o que não se mostra inadequado, em vista do caráter deontológico do Direito –, podem ser remetidos aos valores albergados no seio da Constituição da República, em compasso com o movimento de constitucionalização do Direito Civil.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Saraiva & Comp., 1932.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Editora Servanda, 2008.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2021.
- DAM, Cees van. **European Tort Law**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013.
- ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, vol. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. I. Tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. II. Tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1959.
- LÊDO, A. P. R.; SABO, I. C.; AMARAL, A. C. C. Z. M. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil. **Revista dos Tribunais**. vol. 838/2005, p. 11-41, ago. 2005.
- LOPEZ, Tereza Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos tribunais**. vol. 885/2009, p. 49-68, jul. 2009.
- MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. **O abuso do direito**. 2006. 148 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- MARKESINIS, Basil S.; BELL, John; JANSSEN, André. **German law of torts: a comparative treatise**. 5th ed. Oxford: Hart, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARDOSO, Roberta Teles. A figura do dano injusto na doutrina e a sua aplicação pelos tribunais superiores do Brasil. In: SENA, Michel Canuto de. (org.). **Responsabilidade civil: aspectos gerais e temas contemporâneos**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 187-208.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução: Osório de Oliveira. São Paulo: Livraria acadêmica, 1937.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1973.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução espanhola: Jacinto Mesía y Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista trimestral de direito civil**. vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2012, p. 35-91.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral**. vol. I. São Paulo: Almedina, 2018.

WAGNER, Gerhard. **Deliktsrecht**. 14. ed. München: Vahlen, 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 06, n. 2. p. 731-759, 2020.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR.

Daniela Braga Paiano

Pós-doutora (2022) e Doutora (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Mestre pela Universidade de Marília (UNIMAR), 2006. Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2001). Professora Adjunto nível D da Universidade Estadual de Londrina (UEL), via concurso público desde 17 de maio de 2013, lotada no departamento de direito privado. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Professora na Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e ao International Society of Family Law – ISFL.

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Docente concursada na Universidade Estadual de Londrina e integrante do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina e mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Foi professora da Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos, bioética e biodireito.

Roberto Wagner Marquesi

Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Largo São Francisco e possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1997). Professor adjunto da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona na graduação, especialização e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial. É professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, atuando na graduação e pós-graduação. É coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina e autor das obras jurídicas.

SOBRE OS AUTORES

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS: CONSENSUALISMO E AUTONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Filosofia Política e Jurídica. Bacharela em Direito pela UEL. Advogada. Endereço eletrônico: brlbarbon@gmail.com

Estella Ananda Neves

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharela em Direito pela UEL. Advogada. Endereço eletrônico: estella.anneves@uel.br

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela PUC/PR. Professor Adjunto do Curso de Direito da UEL. Professor Titular do Curso de Direito da PUC/PR. Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Advogado. Endereço eletrônico: luizribeiro@uel.br

2. CINCO MINUTOS DE PÓS-MODERNISMO E DIREITO

Luiz Fernando Bellinetti

Professor Associado do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona nos programas de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Conselho de Redação da Revista de Processo (Qualis/Capes A1) e do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Editor-Chefe da Revista do Direito Público (Qualis/Capes A2). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Paraná. Foi professor visitante do programa de pós-graduação stricto sensu da UENP, professor da Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná.

3. FORTALECIMENTO DO SISTEMA MULTIPORTAS À LUZ DA DISCOVERY: A EXPERIÊNCIA NEGOCIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS

Anna Luiza Massarutti Cremonezi

Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Advogada. Graduada em Direito pela UEL. E-mail: cremoneziannaluiza@gmail.com

Patricia Ayub da Costa

Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito Negocial pela UEL, Docente da graduação e da pós-graduação em Direito da UEL, Coordenadora da Especialização em Direito do Estado da UEL, Vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. E-mail: patricia.ayub@uel.br

Tânia Lobo Muniz

Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP, Docente da graduação e da pós-graduação em Direito da UEL, Procuradora Jurídica da UEL. E-mail: lobomuniz@uel.br

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, REDES SOCIAIS E DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL

Clodomiro José Bannwart Júnior

Mestre em Filosofia (2002) e Doutor em Filosofia (2008) pela Universidade Estadual de Campinas e Pós-doutoramento (2015) também pela mesma instituição. Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral (2016). Membro da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina. Professor e coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (2023-2025).

Flávio Bento

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (1997) e Doutor em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP (2006). Professor colaborador na Universidade Estadual de Londrina. Integra a equipe de avaliadores do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), Ministério da Educação. Exerce a advocacia desde 06/1989. Participou da obra “Educação Jurídica” organizada pelo CONPEDI que foi premiada com o 2º lugar no Prêmio Jabuti 2013 na categoria “Direito”. Foi bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular – Funadesp.

Marcia Hiromi Cavalcanti

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1989). Pós-Graduada em nível de Especialização em Filosofia Jurídica e Política pela Universidade Estadual de Londrina (2017). Aluna regular do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (2021). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pesquisadora e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

5. O DIÁLOGO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: A NEGAÇÃO DO REQUISITO NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO PERÍODO DE PANDEMIA

Lourival José de Oliveira

Mestre Em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Professor permanente dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina e do Curso de Graduação em Direito da mesma instituição. Autor de obras e artigos jurídicos.

Lillian Zucolote de Oliveira

Advogada e sócia no escritório Ferrari, Barbosa e Oliveira advogadas associadas. Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Acidente de Trabalho pela Faculdade Legale (2023). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC-PR (2020). Pós-graduada em Direito Extrajudicial pela Faculdade Legale (2020). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2019).

6. O DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO E A FUNÇÃO SOCIAL REGISTRAL

João Antonio Sartori Júnior

Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual do Norte Pioneiro (2002), Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2003) e Pós-Graduação Lato Sensu em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná (2008). Mestrando em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Atualmente, é professor na Graduação do Curso Direito e da Pós-Graduação Lato Sensu da Unopar e Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Estado de São Paulo.

Matheus Filipe de Queiroz

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Aluno Especial no Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de São Paulo (USP). Pós Graduando em Direito, Processo e Execução Penal pelo Insituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Daniela Braga Paiano

Pós-doutora (2022) e Doutora (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Mestre pela Universidade de Marília (UNIMAR), 2006. Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2001). Professora Adjunto nível D da Universidade Estadual de Londrina (UEL), via concurso público desde 17 de maio de 2013, lotada no departamento de direito privado. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Professora na Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e ao International Society of Family Law – ISFL.

7. NEGÓCIOS JURÍDICOS QUILOMBOLAS: ECONOMIA SOLIDÁRIA E INCENTIVOS PARA O ETNODESENVOLVIMENTO

Kathleen Cristina Tie Scalassara

Advogada Quilombola. Assessora Jurídica Popular na Organização Terra de Direitos. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. MBA em Gestão e Business Law pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Marlene Kempfer

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1981), mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995) e doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é professora associada AC-C na Universidade Estadual de Londrina, atuando na graduação, especialização e no Mestrado e Doutorado em Direito Negocial.

8. ABUSO DO DIREITO E DANO IMORAL

Arthur Lutiheri Baptista Nespoli

Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. E-mail: lutiheri@gmail.com

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR.

