

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.34 | Janeiro / Abril 2018

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO


Newton

©2018 Centro Universitário Newton Paiva

2018

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Denise de Lourdes Oliveira

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Henry Julio Kupty

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.34, jan. / abr. 2018

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz
Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscatto | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

sumário

A decorative graphic consisting of several thick, dark blue curved lines that sweep across the page from the top left towards the bottom right. The lines are layered, creating a sense of depth and movement. The background is plain white.

APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

ARTIGOS

PRECONCEITO RACIAL E JUSTIÇA SOCIAL: UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA
JURÍDICA A PARTIR DA ARTE

HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA | VALMIR CÉSAR POZZETTI 13-27

DIGNIDADE HUMANA: GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO
POSSÍVEL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

ALESSANDRA FRANKE STEFFENS | CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO..... 28-44

POTÊNCIAS CLIMÁTICAS E O ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC:
O CASO DOS BIOCOMBUSTÍVEIS

ALICE ROCHA DA SILVA | NATALIA CAMBA MARTINS..... 45-58

ASPECTOS DO PROBLEMA DO INTELECTUALISMO NA PRÁXIS PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRA QUANTO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO..... 59-73

A PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO | GABRIELA CRISTINA BACK..... 74-84

PATENTES BIOTECNOLÓGICAS: A PROPRIEDADE DE MATERIAL GENÉTICO
HUMANO SOB A PERSPECTIVA DO BIODIREITO

ANDY PORTELLA BATTEZINI | KARLA CRISTINE REGINATO | RAFAELA REGINATO..... 85-95

A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS ELEMENTOS
AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS NO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E SUAS
NUANCES NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.594.361

BEATRIZ SOUZA COSTA | ISABEL CAMARGO GUEDES.....96-108

O SEGURO D&O COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADORES
DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

JEAN CARLOS FERNANDES | RICARDO HENRIQUE E SILVA GUERRA.....109-131

O NEOCONTRATUALISMO DE RAWLS COMO APORTE TEÓRICO PARA OS
ESTUDOS SOBRE A FRATERNIDADE: UM OLHAR SOBRE O TEMA DA JUSTIÇA
ENTRE GERAÇÕES

CLÓVIS MARINHO DE BARROS FALCÃO | VINÍCIUS ANDRADE DE CARVALHO ROCHA.....132-143

JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA NO BRASIL: REFERENCIAL TEÓRICO DA
PRODUÇÃO ACADÊMICA NACIONAL *STRICTO SENSU*

ISABEL MARIA SAMPAIO OLIVEIRA LIMA | JÉSSICA SILVA DA PAIXÃO.....144-158

apresentação



Na contemporaneidade, a releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no estrato B1 do Sistema Qualis de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, encontra-se inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o Latindex (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o BDJur (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o Portal de Periódicos da Capes.

É com enorme alegria que apresentamos o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2018 (n.34, jan./abr. 2018).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para fins de publicação de suas pesquisas e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, Valmir César Pozzetti, Doutor em Direito Ambiental e Biodireito pela Université de Limoges/França, Professor da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) em coautoria com Helton Carlos Praia de Lima, Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR, Mestre em Contabilidade e Controladoria pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Professor do Centro Universitário (CIESA) propõem relevante abordagem sobre a questão do preconceito racial e justiça social utilizando como referência a produção artística cinematográfica baseada na obra da escritora americana Harper Lee, intitulada "To Kill a Mockingbird".

Cristhian Magnus de Marco, Doutor em Direito pela PUC/RS, Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Alessandra Franke Steffens, Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Professora de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) discorrem sobre a garantia do mínimo existencial no âmbito do sistema carcerário brasileiro tendo por fundamento o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição da República de 1988. Analisam, ainda, a possibilidade de aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

No terceiro artigo, Alice Rocha da Silva, Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III/França, Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Natalia Camba Martins, Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Mestre em Direito das Relações Internacionais, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Advogada da União escrevem sobre o órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio (OMC) nos casos contenciosos relativos a biocombustíveis.

Aspectos do problema do intelectualismo na práxis processual civil brasileira quanto ao exercício do contraditório, texto de autoria de Samara de Oliveira Pinho, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) propõe examinar o exercício do princípio do contraditório na pragmática processual civil brasileira no âmbito da resolução processual de conflitos, com interessantes conclusões sobre a temática.

Do Estado do Rio Grande do Sul, Anizio Pires Gavião Filho, Doutor em Direito pela UFRGS, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP) e Procurador de Justiça, em conjunto com Gabriela Cristina Back, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP) apresentam interessante estudo sobre a ponderação no Código de Processo Civil (2015) à luz da sistemática do artigo 489, §2º CPC, demonstrando as diferentes possibilidades de interpretação do referido dispositivo no tocante a colisão entre normas.

No sexto artigo, Andy Portella Battezzini e Karla Cristine Reginato, Mestras em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS) e Rafaela Reginato, Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS e Advogada, buscam examinar a temática das patentes biotecnológicas relacionadas a propriedade intelectual de material genético humano sob a perspectiva do Biodireito.

Beatriz Souza Costa, Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara e Isabel Camargo Guedes, Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara discorrem em seu texto sobre os principais aspectos ambientais e urbanísticos do parcelamento do solo urbano, bem como, as hipóteses de responsabilização do Poder Público Municipal, tendo por suporte a análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Jean Carlos Fernandes, Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em coautoria com Ricardo Henrique e Silva Guerra, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, analisam em seu artigo a relevância da utilização do seguro de responsabilidade civil D&O, como instrumento de proteção do patrimônio dos administradores de sociedades empresárias, na hipótese de responsabilização judicial ou administrativa, oriunda de atos praticados no exercício de suas funções.

Do Estado de Sergipe, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe e Vinícius Andrade de Carvalho Rocha, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, em artigo intitulado “O neocontratualismo de Rawls como aporte teórico para os estudos sobre a fraternidade: um olhar sobre o tema da justiça entre gerações”, realizam interessante estudo a respeito do constitucionalismo fraternal e sua correlação com a teoria de justiça de John Rawls.

Fechando o presente número da revista, Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima, Doutora em Saúde Pública (ISC-UFBA), com estágio pós-doutoral Fulbright em Direitos Humanos (EUA) e em Justiça Restaurativa (EUA), Professora do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e Jéssica Silva da Paixão, Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL) lançam luzes sobre a temática da justiça juvenil restaurativa no Brasil, a partir de uma abordagem teórica de natureza interdisciplinar, com enfoque em teorias críticas e princípios tais como a dignidade da pessoa humana, a corresponsabilidade e a participação.

Por fim, cumpre destacarmos a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico.

Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Doutor Michael César Silva

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

PRECONCEITO RACIAL E JUSTIÇA SOCIAL: UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA JURÍDICA A PARTIR DA ARTE

RACIAL PREJUDICE AND SOCIAL JUSTICE: A LEGAL EPISTEMOLOGICAL VIEW OF ART

Helton Carlos Praia de Lima ¹
Valmir César Pozzetti ²

RESUMO: O objetivo desta pesquisa foi o de analisar o preconceito racial no Brasil, no âmbito da epistemologia jurídica contemporânea brasileira, utilizando como referência a produção artística cinematográfica baseada na obra da escritora americana Harper Lee, intitulada “To Kill a mockingbird”, tradução brasileira “O sol é para todos”, vez que a arte permite explicar o objeto de pesquisa em suas diversas formas de interpretação. Para tanto, analisaram-se os conceitos interpretativos de igualdade sociojurídica e de justiça social, sem perder o foco dos fundamentos constitucionais brasileiros. A metodologia utilizada no procedimento foi o estudo de caso da obra citada e o método indutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica e documental e quanto aos fins foi uma abordagem narrativa e qualitativa. Registrou-se como resultado que a situação do racismo no cenário brasileiro ainda é bastante controversa, embora a Constituição Federal de 1988 permita compreender a nação brasileira como uma sociedade livre, justa e solidária, ainda que combatida pelos poderes constituintes.

Palavras-chave: Direito; arte; epistemologia; preconceito racial; igualdade; justiça social.

ABSTRACT: The objective of this research was to analyze racial prejudice in Brazil, within the framework of contemporary Brazilian juridical epistemology, using as a reference the cinematographic artistic production based on the work of the American writer Harper Lee, titled “To kill a mockingbird”, brazilian translation “O sol é para todos”, since art allows us to explain the object of research in its various forms of interpretation. For that, the interpretative concepts of sociojuridic equality and social justice were analyzed, without losing the focus of the Brazilian constitutional foundations. The methodology used in the procedure was the case study of the cited work and the inductive method; how many to the means the research was the bibliographical and documentary and as for the ends was a narrative and qualitative approach. As a result, the situation of racism in the Brazilian scenario is still quite controversial, although the Federal Constitution of 1988 allows the Brazilian nation to be understood as a free, fair and supportive society, albeit undermined by the constituent powers.

Keywords: Right; art; epistemology; racial prejudice; equality; social justice.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Contabilidade e Controladoria pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor do Centro Universitário (CIESA).

² Doutor em Direito Ambiental e Biodireito pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto A da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor Adjunto A da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

1 INTRODUÇÃO

Na modernidade contemporânea, o direito também pode ser concebido como fenômeno jurídico, permitindo pensamento de forma mais aberta e democrática, como se pode notar nas diversas expressões de obras culturais e artísticas, que demonstram as ideias dos pensamentos e os movimentos exercidos pelas sociedades. Várias são as circunstâncias e formas de interação com o direito e a arte é uma delas, pois proporciona uma visão jurídica pluralista para a solução dos conflitos, além de ser um importante instrumento legítimo de acessibilidade à sociedade. Pode-se, até mesmo, comparar a interpretação da norma jurídica, em casos concretos, como uma peça de arte, considerando as ponderações das diversidades dos fatos que, desta feita, é tecido e limitado pelo pincel ideológico e político da história.

As ações jurídicas afirmativas, definidas como políticas públicas destinadas a pôr em prática a igualdade entre as pessoas como garantia constitucional, assim rejeitando qualquer tipo de discriminação, têm como precedentes um saber literário, quer seja no ordenamento constitucional/legal, como também em outras formas, tais como as evidenciadas nesta pesquisa.

Numa visão jurídica formal, o conhecimento literário *latu sensu* é imprescindível ao profissional do direito, em razão da necessidade de possuir o domínio de vários aspectos no manuseio da aplicação e interpretação das normas jurídicas, como o controle da oratória, o domínio da narrativa descritiva dos fatos, o encadeamento do raciocínio postulado, o poder de argumentação e contextualização dos acontecimentos a serem analisados, dentre diversos outros atributos, inerentes ao exercício profissional do interprete do ordenamento jurídico.

São verdadeiras tessituras artísticas, como no caso do tribunal do júri, que enseja determinada ritualística e formalidades na apresentação dos discursos da defesa e acusação, a contextualização do raciocínio lógico sobre a prova do crime, o convencimento do júri popular com apelos emotivos e deliberadamente estudados, assemelhando-se a uma verdadeira construção de obra de arte.

De forma concreta, a pesquisa trata de uma análise do preconceito racial no Brasil, no âmbito da epistemologia jurídica, utilizando como fio condutor a arte, vez que permite definir o objeto em suas diversas formas de interpretação. Para tal, fez-se um balanço dos seus conceitos interpretativos de igualdade sociojurídica e de justiça social, sem perder o foco dos pressupostos contidos na Constituição brasileira de 1988.

Nesta perspectiva, procedeu-se a um mergulho reflexivo pela produção cinematográfica intitulada "To kill a mockingbird", tradução brasileira "O sol é para todos" baseada na obra da escritora americana Harper Lee. A forma de interpretação da norma jurídica pelo estudo de caso posto é uma autêntica obra de arte, pois permite uma análise emblemática e contextualizada do preconceito racial em suas expressões jurídica e consuetudinária.

A trama desenvolvida na obra empresta uma lente objetiva e crítica capaz de permitir um alongamento do olhar teórico, e assim, desvendar a maneira como o preconceito racial evidencia-se pelas formas coercitivas, alimentadas e modificadas pela lógica dos detentores do poder ao longo da história. Deste modo, com base na produção artística investigada, que mensagem pode ser apreendida numa reflexão jurídica contemporânea do direito brasileiro sobre a discriminação racial?

A pesquisa se justifica pelo fato de a Constituição Federal brasileira de 1988 garantir como direito fundamental a igualdade entre as pessoas e repudiar a distinção de qualquer natureza, dentre ela o racismo. Assim, é importante analisar as relações de convivência social dos brasileiros com objetivo de saber qual a percepção da discriminação racial pelas pessoas e se os fundamentos constitucionais estão sendo respeitados. Assim como, contribuir com reflexões para o entendimento do preconceito racial e a conseqüente busca do senso de justiça social na solução do conflito em um Estado de Direito Social e Democrático, escolhido pelos brasileiros.

Para tanto, a metodologia adotada na presente pesquisa foi o estudo de caso da produção cinematográfica baseada na obra escritora americana Harper Lee, intitulada “To kill a mockingbird”, tradução brasileira “O sol é para todos”, bem como o método indutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica e documental e quanto aos fins foi uma abordagem narrativa e qualitativa.

A estrutura da pesquisa tem em primeiro plano as considerações sobre a obra da escritora Harper Lee. Na sequência, expõe-se a síntese epistemológica jurídica na forma de pensar a igualdade e a justiça social. Em continuidade, relatam-se as conclusões e por fim as referências.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A OBRA “TO KILL A MOCKINGBIRD”: O SOL É PARA TODOS

A pesquisa tem por finalidade analisar o preconceito racial no Brasil, no âmbito da epistemologia jurídica, utilizando como fio condutor a produção cinematográfica “To kill a mockingbird”, tradução brasileira “O sol é para todos”, baseada na obra da escritora americana Harper Lee, quanto ao balanço dos seus conceitos interpretativos de igualdade sociojurídica e de justiça social, sem perder o foco dos pressupostos contidos na Constituição brasileira de 1988.

A síntese do conteúdo da obra é importante para que se compreenda o teor jurídico da mensagem transmitida. A obra cinematográfica foi dirigida por Robert Mulligan e ganhou o Oscar de melhor adaptação de roteiro em 1962. Tem por base o romance da escritora Harper Lee, publicado em 1960, que obteve o Prêmio Pulitzer de literatura em 1961, sendo traduzido para diversos idiomas e considerada importante obra literária americana do século XX.

O Termo “To kill a mockingbird”, em outras palavras, seria o equivalente a maltratar sem razão um pássaro inocente que não oferece perigo algum ao ser humano, tampouco causa dano ao meio ambiente e à sobrevivência dos moradores da região na qual se passa a estória e onde a atividade agrícola é predominante. Em vista disto, o mencionado pássaro vive livremente na natureza sem causar transtorno ao homem e ao meio ambiente.

A estória ocorre na pequena cidade de Maycomb, no Estado do Alabama, Estados Unidos da América - EUA, nos anos de 1930. Considerada um relato de memórias de Jean Louise Finch, é contada na visão de uma menina chamada “Scout” de aproximadamente seis anos, que vive com o irmão mais velho (Jem Finch) e seu pai viúvo e advogado de cor branca senhor Atticus Finch. Scout e seu irmão Jem gostavam de brincar com outros meninos da vizinhança, em especial, criavam mistério sobre o filho adulto do vizinho (Boo Radley) que suspeitava ser acometido de doença relativa a distúrbio mental, por esse motivo raramente aparecia em público, despertando curiosidade nas crianças.

A rotina da família do advogado Atticus é alterada quando resolve aceitar a defesa do caso Tom Robison, um negro acusado de estuprar uma mulher branca (Mayella), cujo pai (Senhor Ewell) transfigurava-se violento quando ingeria bebida alcoólica, o que ocorria com frequência, devido às dificuldades de seu negócio em decorrência à grande recessão econômica dos EUA à época. O pai da vítima insistiu na acusação do negro sob alegação de ser indigno de ter contato com uma mulher branca. As pessoas da cidade, que antes eram cordiais e respeitadas, agora demonstram preconceito e intolerância contra o jurista e seus familiares por discordarem da possibilidade de um advogado de cor branca dar assistência legítima ao negro.

No dia do julgamento, os jurados são formados exclusivamente por homens brancos, sem presença de mulheres e pessoas negras. Na distribuição dos lugares para o público assistir a audiência, a parte térrea é reservada aos indivíduos de cor branca, e separado, no andar superior os cidadãos de cor negra, demonstrando, ainda, a existência do *apartheid social* e, portanto, a inequívoca discriminação racial. Quanto ao termo *apartheid social*, Gomes e Pereira (2005, p. 362) registra que é a ideia onde em um país milhões de indivíduos “são mantidos fora da produção, consumo e cidadania.”.

Apesar de a defesa provar a inocência do negro, demonstrando ser o acusado portador de

paralisa parcial de um dos membros superiores, bem como a contradição aparente do depoimento da suposta vítima e a própria declaração de inocência do suspeito, nada foi suficiente, pois o júri popular o condenou. Ao final, não obstante o advogado ter explicado ao réu que havia boas chances no recurso da decisão do julgamento, o sentenciado irresignado tentou fugir, sendo morto por policiais.

Embora o resultado favorável à acusação, com a sentença que incriminou o negro inocente, o pai da vítima, inconformado com a atitude do defensor jurídico que lhe trouxe constrangimento e humilhação perante a sociedade local com a desconstituição dos argumentos da acusação, tentou vingar-se nos filhos do advogado, atacando as crianças quando passavam por um lugar ermo. Todavia, foi surpreendido pela ação do suposto deficiente mental (Boo Radley) que travou luta corporal com o agressor (senhor Ewell), onde o ofensor se feriu com a própria faca no abdome, resultando na sua morte.

Após a luta corporal, Boo Radley resolve levar o menino Jem que estava desacordado para casa do advogado. A menina Scout que se escondera em localidade próxima ao acontecimento, acompanhando o incidente à distância, resolve chamar o pai, que aciona a polícia para elucidar o caso. Scout, o pai e o delegado encontram Boo Radley (suposto deficiente mental) ainda na casa do advogado, aguardando pela melhora de Jem.

Após a constatação dos fatos, o delegado, juntamente com o advogado, analisando a situação em que se encontrava Boo Radley que defendera as crianças do agressor, resolvem encerrar o caso tratando a morte do agressor como uma fatalidade, pois presumiram que caíra sobre a própria faca e foi a óbito. O advogado ao perguntar se a filha compreendera a decisão, a menina Scout responde que sim, entendendo que prejudicar Boo Radley seria semelhante a causar dano a um pássaro indefeso que não faz mal a ninguém como o “mockingbird”.

Diante dos fatos, para o entendimento da trama narrada e da pertinente teia jurídica processual pontua-se:

I - sobre o contexto do filme: a estória dá-se numa época (ano de 1930), na qual já havia ocorrido a implantação da democracia americana racial; contudo, continuou a prevalecer a discriminação sobremodo dos Estados do sul, dos quais faz parte o Alabama, e onde o negro ainda era tratado como “raça inferior”, sendo apenas considerado como fato da natureza. Embora os Estados Unidos, no período, já tivessem se destacado pela maior tutela de direitos de primeira geração, o preconceito racial continuava a ser praticado.

II - em relação ao papel do advogado: o defensor tem seu caráter assentado no “núcleo” de uma consciência democrática, desprovida do preconceito de classe, contrariando o juízo de valor, atitudes e normas consuetudinárias dominantes que, ainda estão fortemente sedimentadas no cenário histórico da trama narrada. No papel de advogado de defesa do negro, impõe a marca de sua personalidade moral e consciente, portanto, ideologicamente inconformado com a rigidez do julgamento que se deu assentado e/ou ainda cristalizado numa valoração negativa, ou seja, no preconceito racial. Na firmeza de seu papel de defensor, assume uma postura valorativa difícil e diferenciada, confirmando o que Chauí (2016, p.257) coloca como ideologia, ou seja, “A ideologia não está fora de nós como um poder perverso que falseia nossas boas intenções: ela está dentro de nós, talvez porque tenhamos boas intenções.”.

III – quanto à sentença do júri: a deliberação da sentença condenatória revela o comportamento extremamente discriminatório presente no corpo de jurados. Portanto, constituído por representantes legítimos da classe burguesa branca, que manteve de forma predisposta, remitente, o preconceito racial manifestado pelo desprezo ao negro. A referida atitude preconceituosa é forjada no âmbito das relações cotidianas onde o “outro” ser humano, no caso o negro, não tem nenhum valor. O preconceito, historicamente, apresenta-se com um conteúdo axiológico negativo, o que fica claramente demonstrado no julgamento em pauta. A pertinência do conteúdo da obra narrada enseja a continuidade reflexiva atinente aos aspectos conceituais da epistemologia jurídica.

3 UMA SÍNTESE EPISTEMOLÓGICA JURÍDICA NA FORMA DE PENSAR A IGUALDADE E A JUSTIÇA SOCIAL

As ciências jurídicas têm por escopo disciplinar o comportamento do ser humano em convivência social, para tanto, analisa os atos praticados pela sociedade, em busca da melhor opção entre as várias existentes na realização do direito enquanto justiça social. Nesse sentido, a epistemologia jurídica interage com as diversas ciências tais como a economia, a administração, sociologia, história, arte, antropologia, cultura, e outras mais, em busca de resultado mais satisfatório e lógico às necessidades da sociedade. Em outras palavras, a análise jurídica deve ser “latu senso” e não se ater apenas às regras restritas do direito.

A propósito, Reale (2002, p.702) registra que o direito é “um bem cultural que leva em consideração o fato histórico e, dessa forma, ligado às circunstâncias da sociedade e a escolha de valores entre os diversos caminhos, para sua realização”. Constitui-se numa ferramenta de poder e garantia de uma ordem social justa, com desenvolvimento livre e ético, na construção de uma sociedade concreta. Em vista disso, a epistemologia jurídica permite o estudo das relações entre a ciência do direito e a sociologia, enquanto ciência que observa as relações sociais e instituições nos limites da determinação da juridicidade.

O ordenamento jurídico responsável pela regulação da sociedade requer constantes mutações em consequência do momento histórico da evolução da espécie humana, seus valores, pensamentos e atitudes, buscando definir a cultura, a política, o comportamento, em especial quanto às sociedades democráticas; nesse sentido, interliga a racionalidade própria da teoria jurídica com os problemas sociais que se sucedem ao longo do desenvolvimento da sociedade. No século XX, essa busca foi intensificada por diversos estudiosos ao redor do mundo. No Brasil pode-se registrar a aceitação predominante da concepção tridimensional do direito posta pelo jurista Reale (1994, p. 49) envolvendo uma composição do modelo ontológico entre “norma, valor e fato”.

Para Luhmann (1983, p.115) “o direito produz congruências seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais. (...). Nesse sentido o direito é uma das bases imprescindíveis da evolução social”. Com estas considerações, pode-se dizer que é uma espécie de estrutura do sistema social de uma nação, pois na sociologia do direito o comportamento exige a realização de graduações que possibilitem expectativas recíprocas, ou melhor, que permita uma intermediação de regras à sociedade.

Uma boa resposta para as ciências jurídicas, segundo Rocha (2013, p.146), seria “uma decisão que se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e, ao mesmo tempo, a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.”. A evolução histórica na qual se insere a democracia comporta a indeterminação e a invenção, com possibilidades de decisões diferentes, onde a sociedade está continuamente inserida no paradoxo da invenção. Assim, as várias ideias sobre o direito fazem gerar uma revolução epistemológica, que possa vislumbrar as possibilidades de reflexões jurídicas e que seja capaz de dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do direito.

Nesse sentido, a conquista dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, constantes da Constituição brasileira de 1988, representados pelo direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros, centrados no valor da figura da pessoa, guardam correlações com o princípio da dignidade da pessoa humana nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana;”, e estão ligados ao propósito de convivência social justa, livre e solidária, de redução das diferenças indesejadas e preconceitos de raça, origem e outras formas, buscando a convivência e paz do ser humano e da coletividade.

É o que aponta Delgado (2007, p. 23):

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a idéia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singularidade, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.

Assim, deve-se respeitar os direitos fundamentais constitucionais e sua aplicabilidade imediata, de acordo com o art. 5º e parágrafo 1º da Constituição de 1988, independente de norma infraconstitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) omissis
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Melhor dizendo, quem pode mais, pode menos. A propósito Comparato (1997, p.45) registra que:

Em consequência, quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais.

Para Xerez (2014, p. 117) evitar o efeito da norma fundamental “sob o pretexto de que esta não é dotada de aplicabilidade imediata configura ato de covardia sob a perspectiva da atividade científica, e ato ilícito sob a perspectiva da atividade jurisdicional.”. Direitos fundamentais devem ter garantia real, pois são normas de conduta, possuem aplicabilidade imediata, bem como eficácia horizontal (relação entre particulares) e vertical (entre o indivíduo e o Estado). O regramento e a realidade se interagem no processo de exame e execução da norma jurídica, edificando a regra/conduta do caso concreto, que do ponto de vista estético pode ser considerada verdadeira obra de arte.

A propósito, quanto ao dom artístico, Nietzsche (2004, p.19) registra que:

A evolução progressiva da arte resulta do duplo caráter do ‘espírito apolíneo’ e do ‘espírito dionisíaco’, tal como a dualidade dos sexos gera a vida no meio de lutas que são perpétuas e por aproximações que são periódicas. (...). A força dionisíaca, por sua vez, está relacionada com a criatividade e o caos. O espírito dionisíaco apresentava o desmedido excesso da natureza em prazer, sofrimento e conhecimento.

Por outro lado, na força de Apolo se tem que “a visão, o belo, a aparência, delimitam o domínio da arte apolínea: esse domínio é o mundo transfigurado dos olhos que no sonho, com as pálpebras fechadas, criam artisticamente” (NIETZSCHE, 2010, p. 20).

As duas forças mencionadas, embora contrárias, são complementares entre si, visto estas se encontram em permanente movimento de atração e repulsão. Dionísio, com seu delírio e loucura mística, é a própria violação da vida, o nascimento do mundo como tragédia. Em contraponto, a essa violência/alienação e inconsequência/insensatez, tem-se a personalidade de Apolo que comporta o sonho da qualidade da ternura, afeto, carinho, do cenário dionisíaco. Como posto por Cauquelin (2005, p. 46):

A figura de Dionísio, seu delírio, sua loucura mística, é própria irrupção da vida, o nascimento do mundo como tragédia. A essa sombria violência, a esse sol negro, cruel, a figura de Apolo traz a outra vertente mística: o sonho, que tinge de doçura a paisagem dionisíaca.

O espírito humano do artista no processo de criação não deve desprezar a influência dos poderes apolíneos ao exteriorizar a ideia da obra, consubstanciada na ordem, razão, equilíbrio, com os valores jurídicos da segurança e da igualdade em sentido formal, manifestando-se na dimensão normativa do direito, ou na intenção das condutas humanas.

Tampouco a visão dionisíaca, capaz de inovar, arriscar e incorrer em risco no desejo, com sua coragem imprevisível na criação de valor jurídico da liberdade, que se manifesta na dimensão fática do direito e na vontade de transformação da ordem posta, em busca da justiça social. Como visto por Xerez (2014, p.228):

Cortejado por Apolo e Dionísio no processo de criação, o artista não pode desprezar qualquer deles. Sem Apolo, perder-se-á em furor poeticus, incapaz de dar cabo à tarefa árdua de exteriorizar a ideia artística em obra. Sem Dionísio, produzirá apenas formas insípidas, nas quais faltará o sopro capaz de insuflar a beleza na obra. Quando ignorados, Apolo e Dionísio lançam sua maldição sobre o artista incauto, condenando-lhe à frustração, exaustão e mediocridade.

Nesse entendimento, o planejamento das ações humanas necessita da harmonia e equilíbrio dessas forças, que apenas se dá com a hermenêutica, que inspira e guia o aplicador da norma jurídica ao caso concreto. Portanto, apenas equilibrando regra e vivência, garantia e independência, dentre outras ponderações, é possível concretizar os direitos fundamentais em talento, habilidade, fato real, uniformidade e justiça social. É o que registra (XEREZ, 2014, p.270-271) ao afirmar que “somente com o equilíbrio entre norma e vida, segurança e liberdade, Apolo e Dionísio, é possível a concretização dos direitos fundamentais. Alcançado este intento, o direito torna-se arte e a justiça, realidade.”

De outro modo, reportando ao momento dos fatos narrados na obra da escritora americana Harper Lee, tem-se perceptível a figura do preconceito racial, dentre outras formas, demonstrado na prisão e condenação de um inocente apenas por ser negro, como na proibição de liberdade de escolha de lugares imposta pela divisão entre brancos e negros no espaço de tribunal do júri, do mesmo modo na discriminação da composição dos jurados sem representação feminina e de negros; também no incômodo e cerceamento de liberdade ao suposto deficiente mental provocado pelas crianças e pessoas da vizinhança, e ainda na agressão aos filhos inocentes do advogado de cor branca pela assistência jurídica proporcionada ao negro. Todos, constituíram-se em preconceitos injustos demonstrados e perpetrados pela sociedade à época que passava por uma crise econômica nos Estados Unidos da América (EUA).

Quanto ao preconceito, de um modo geral, é um conjunto de valores, condutas e atitudes que consiste em dar uma característica negativa a um membro de determinado grupo humano, simplesmente por não pertencer e não ter a característica essencial definidora da natureza do grupo e dos componentes. É o que registra Mezan (1998, p. 226) ao descreve que o preconceito:

equivale atribuir a qualquer membro de determinado grupo uma característica negativa, pelo fato de pertencer àquele grupo. (...). Quando a discriminação se refere à raça, trata-se de racismo. (...) e se presta ao uso ideológico, para diferenciar as raças humanas em escala e com graus axiológicos superiores e inferiores.

Embora haja preconceito racial em todo o mundo, o mesmo não ocorre de forma uniforme. O preconceito com os negros no Brasil se deu de maneira distinta, como registra Silva (2003):

No caso dos negros, o fomento do preconceito ocorreu de forma diferente, a partir de sua entrada em nosso país através da exploração da mão-de-obra escrava. Após sua libertação, os negros ficaram à mercê da sociedade “predominantemente” branca, em busca de uma identidade própria. O racismo traz, na sua genealogia, um processo de negação ao considerar que homens e mulheres sejam diferentes daquilo que se convencionou chamar de maioria branca, apenas pelo caráter hereditário e tom da pele.

Todavia, os movimentos negros antirracistas esforçam-se contra a alienação, em prol da cultura, costumes e valores, bem como em busca de um estado social mais justo, igual, ético e menos preconceituoso, no qual o reconhecimento seria de forma ontológica e como homens e mulheres, e não pelas características desqualificadoras da tonalidade da pele.

Os estudos sociológicos, como o de Nogueira (2007), sobre a discriminação racial no Brasil, registram que a experiência decorrente do problema da cor sofre alteração com a intensidade das marcas consuetudinárias e com outras condições e as peculiaridades, tais como: etiqueta, padrões de tratamento, relações interindividuais, educação, beleza, polidez, elegância, etc. Os resultados são insatisfatórios, quanto aos movimentos sociais e políticos de conscientização da população de cor. A consequência direta é o caráter descontínuo que assume a consciência de raça no brasileiro de cor, o que, ainda, revela um índice significativo de desigualdade de tratamento. Neste sentido, destaca Nogueira (2007, p.34):

Entre os próprios indivíduos de cor, há uma impressão generalizada de que é difícil levar a população de cor a manifestações de solidariedade ou coesão e de que, em geral, quando um preto ou mulato “sobe” socialmente, ele se desinteressa pela sorte de seus companheiros de cor, chegando, mesmo, com frequência, a negar a existência de preconceito. (...). No campo das relações inter-raciais, como já foi visto, a regra é o branco evitar a susceptibilização do homem de cor. A própria palavra “negro”, geralmente, se reserva para os momentos de conflito, preferindo-se, nas fases de acomodação, expressões como “pardo”, “mulato” e “preto”, quando não eufemismos como “moreno”, “caboclo” (em relação a indivíduos negróides) etc. Mesmo quando ocorrem situações em que a presença do indivíduo de cor seria considerada indesejável ou incômoda, o mais comum é se lhe “dar a entender” o problema que está pendendo ou que ele “está causando”, sem se chegar “ao extremo” de lhe chamar franca e abertamente a atenção.

Tanto o preconceito de qualquer ordem como a discriminação racial vão de encontro à ideia de liberdade do ser humano como um direito universal, que independe da tonalidade da pele, situação social, religião, localidade, origem, etc. Ressalte-se que tanto o preconceito como a discriminação, se não controlados, geram intolerância de toda ordem.

O preconceito ainda que de precedência histórica, como foi o negro em relação a escravidão, é um erro perigoso que nutre sentimento desvirtuado entre as pessoas ao acreditar em algo como verdadeiro. Já a discriminação de valor refere-se a uma conduta etnocêntrica, baseada no reconhecimento da diversidade, com relações hierárquicas nas quais com o seu poder superior subjuga o inferior. Nesse sentido, registra Oliveira (2004, p. 22):

Além da discriminação ser uma prática ilegal, com penalidades previstas em lei, também é sancionada negativamente no plano moral, e não é de bom tom demonstrar preconceito. Desse modo, mesmo quando não se trata de esconder intencionalmente o preconceito, ele se manifesta frequentemente de maneira irrefletida e a falta de consciência do ator sobre suas atitudes preconceituosas eventualmente esboçadas não é de todo surpreendente.

A Constituição brasileira de 1988 proíbe qualquer espécie de distinção ao colocar em um mesmo grau de hierarquia as pessoas perante o ordenamento jurídico, garantindo o direito pleno à vida, à liberdade, à igualdade, como também, estabelece ser crime o racismo, com punição severa do ato, sem direito a fiança e prescrição:

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

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (gn)

Do mesmo modo, a legislação infraconstitucional, ao harmonizar-se aos princípios constitucionais, proíbe a ofensa à honra, à dignidade da pessoa, especificando inclusive a discriminação racial, de cor, de etnia, origem, dentre outras mais, nos termos do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...). *Omissis*

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

No mesmo sentido, é a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito racial ou de cor:

art. 1º: “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Diante do ainda existente preconceito racial dentre outros, que ocorre desde a colonização do Brasil até os dias atuais, quais seriam as medidas adequadas para promover a realização do princípio da igualdade, constante da Constituição brasileira, em busca da justiça social? Ressalta-se que o princípio da igualdade jurídica, para Rocha (1996, p. 284), “não se confunde com o da vedação da desigualdade, motivado pela invalidade do comportamento preconceituoso e discriminatório, o que não é suficiente para dar plenitude à igualdade”.

A ideia de igualdade, enquanto princípio e instrumento jurídico, deu-se no final do século XVIII após as revoluções ocorridas nos EUA e França, onde a lei, de maneira abstrata e genérica, trouxe a concepção de igualdade a todos na solução dos conflitos, sem nenhuma distinção ou privilégio, consolidando-se no século XIX e permanecendo até os dias atuais com a chancela da Constituição Federal de 1988. É o que Gomes e Silva (2001, p. 56) registram:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do ancien régime e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no rang, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

O texto constitucional brasileiro não é explícito quanto aos valores da democracia e justiça social, mas os direitos foram elaborados para que sejam de fato colimados. A configuração do texto constitucional por si só não é o bastante, é necessário o poder executivo fomentar políticas públicas e educacionais constantes e permanentes de orientações, esclarecimentos e mudanças de comportamento na sociedade e trazer bem-estar e respeito ao ser humano.

Da mesma forma, é papel do legislativo a elaboração de leis de fácil compreensão e de

cumprimento por todos, em sintonia com o poder judiciário, responsável por julgar e punir, de maneira exemplar, os infratores que insistem em desobedecer às normas de convivência e de paz social, respeitado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A igualdade tem por propósito diminuir o peso da desigualdade econômica e social, possibilitando a justiça social, nos termos da Constituição brasileira de 1988:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - (...) omissis

IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* (gn)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados os seguintes princípios: (gn)

Importante destacar que o escopo dos direitos humanos no cenário mundial é estabelecer políticas de apoio e proteção a grupos sociais fragilizados. Contudo nos países signatários e garantidores, em seus textos constitucionais, como o Brasil, ainda assim perdura o preconceito racial, econômico, de cidadania, de localidade, de várias ordens, entre homens e mulheres que vivem discriminados socialmente.

Portanto, o Estado, representado pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, deve empreender esforços no sentido de tornar o mais real possível a diminuição dessas distorções, procurando cumprir a regra constitucional da igualdade e, na medida do possível, promover a justiça social aos cidadãos. A persistente discriminação racial tem contribuído para a ocorrência de outras discriminações de ordem econômica e social. Em pleno século XXI, não cabe fomentar o preconceito, seja de que ordem for, embora o fenômeno venha aumentando em todo o mundo.

Preocupada com o crescimento do preconceito desordenado, a Organização das Nações Unidas, ONU (2017)³, encarregada de monitorar as práticas contra o racismo no mundo, emitiu alerta de preocupação contra atos de racismo ocorridos em setembro de 2017 na Virgínia (EUA), pedindo que o governo rejeite as discriminações e o ódio de nacionalistas brancos, neonazistas e Ku Klux Klan. Na última década vários países foram advertidos sobre o aumento dos preconceitos, como Nigéria, Burundi, Costa do Marfim, Iraque e Quirguistão.

A propósito, o Fundo de População das Nações Unidas, UNFPA Brasil (2017)⁴ registrou que a comunidade negra brasileira não possui indicadores sociais satisfatórios. Dados oficiais do governo federal, em 2014, evidenciam que 53,6% do total da população é de negros e pardos e que “apesar de maioria, essa população enfrenta grandes desigualdades, a começar pelo quesito renda: entre os 10% da população mais pobre do país, 76% são negros. Entre o 1% mais rico, apenas 17,4% são negros”.

3 O comitê da ONU responsável pelo monitoramento do racismo no mundo emitiu alerta sobre as condições nos EUA e pediu que o governo Trump rejeite a discriminação racial em Charlottesville, Virgínia, onde a ativista dos direitos civis Heather Heyer foi morta quando um carro bateu em um grupo de pessoas protestando contra uma manifestação nacionalista nacional. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2017/aug/23/charlottesville-un-committeewarns-us-over-rise-of-racism>>. Acesso em: 25 set. 2017.

4 O Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) é agência de desenvolvimento internacional da ONU que observa de questões populacionais e fomenta políticas que possibilitem mulheres e jovens à saúde sexual e reprodutiva, inclusive planejamento familiar voluntário e maternidade segura, no âmbito mundial. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/sobre-o-unfpa/missao>>. Acesso em: 25 set. 2017.

A UNFPA Brasil (2017) registra, ainda, que “o negro tem oito vezes mais chances de ser vitimado em homicídio comparado à pessoa de cor branca”. Outros dados importantes também foram registrados, como:

O Mapa da Violência de 2016 mostra que, de 2003 a 2014, o número de homicídios de pessoas brancas por armas de fogo caiu 26,1%. Em contrapartida, o de pessoas negras aumentou 46,9%. Das 42.291 pessoas vítimas de homicídios por armas de fogo no último ano, 26.354 (62,3%) eram pardas e 3.459 (8,2%) eram pretas. Na educação, enquanto 22,2% da população branca têm 12 anos de estudos ou mais, a taxa é de 9,4% para a população negra. O índice de analfabetismo para a população negra é de 11,8% - maior que a média de toda população brasileira (8,7%). Dos jovens entre 15 e 29 anos que não estudavam nem trabalhavam, 62,9% eram negros e negras, de acordo com o IBGE. A maternidade precoce é um dos fatores que levam as meninas à essa condição: do total de meninas de 15 a 19 anos sem estudo e sem trabalho, 59,7% têm pelo menos um filho sendo que, destas, 69% são negras. A informalidade econômica também afeta mais a população negra, apesar dos avanços registrados nos últimos anos. A parcela da população negra na informalidade caiu de 62,7% em 2004 para 48,4%, em 2014. Mas, no mesmo período, os indicadores para a população branca caíram bem mais, de 47% para 35,3%.

E qual seria um conceito adequado capaz de efetivamente iluminar o entendimento do que seja justiça social nos tempos atuais para que a sociedade alcance um justo equilíbrio? Numa visão axiológica, Pires (2012, p.119) propõe uma reflexão analítica sobre os serviços públicos oferecidos e o estágio da razão humana a respeito de valores de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como o conteúdo emblemático do Estado de Direito Social e Democrático, acolhido pela Constituição brasileira de 1988:

O Estado de Direito Social e Democrático – inequivocamente acolhido em nosso país por meio da Constituição Federal de 1988 -, é então a oportunidade histórica de rever e reconquistar, de reafirmar a liberdade e a igualdade, e pela primeira vez realmente se comprometer com a fraternidade. Neste cenário, o serviço público é concebido em uma representação singular. As atividades que diretamente se relacionam à promoção (...) de uma sociedade livre, que se compromete com a igualdade, que quer ser fraterna, e deste modo assegurar a dignidade da pessoa humana, estas atividades são definidas como missões públicas, tarefas cuja titularidade é reservada ao Estado, são *serviços públicos*.

O Estado Social traz a ideia de igualdade e o serviço público deve respeitar a liberdade do cidadão objetivando reduzir a desigualdade e promover oportunidade de estreitar as diferenças sociais. Ademais, liberdade e igualdade não são suficientes à implementação da justiça social, é necessário a fraternidade. Assim, o Estado de Direito Social e Democrático brasileiro é concebido como uma sociedade livre, justa e solidária respaldada nos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, cujas políticas públicas devem ser garantidas pelos entes federados (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Neste contexto, Zavascki (1998, p. 230-231) registra:

O que vemos, hoje, são sinais marcantes de que a humanidade está modelando Estados sem fronteira e fazendo surgir um novo cidadão, um cidadão universal, um cidadão de todas as pátrias. Ganha força e valorização a idéia de que o verdadeiro Estado de Direito - de liberdade e de igualdade entre as pessoas- somente poderá ser construído com reformas não apenas das leis ou das estruturas de poder. A reforma mais urgente, mais profunda, e certamente a mais difícil, mas que precisará ser feita, é a reforma do próprio ser humano, é a renovação dos espíritos, é a mudança que se opera pela via do coração. O século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade. O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado liberal, nem apenas um Estado do social: precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens.

Nas questões postas sobre o preconceito racial, dentre outros, o direito ao princípio constitucional da igualdade, permite várias interpretações hermenêuticas sobre o conceito de “justiça social”. A concepção de justiça em determinada sociedade pode ser vista como uma expressão histórica. Para Barzotto (2003, p. 56) o gênero “justiça” se subdivide em: I- justiça comutativa, II- justiça distributiva, e III- justiça social. E estão representadas da seguinte forma:

Os vínculos fundantes das relações entre os brasileiros, nos termos da Constituição, são vínculos de justiça social, que estabelecem o que todos devem a todos como pessoas humanas com igual dignidade, e não vínculos de justiça comutativa, entre ofensores e prejudicados. O que é devido a um cidadão brasileiro, como o direito à educação, o é na sua condição de pessoa humana membro da comunidade nacional, e não de vítima que exige uma indenização.

Assim, políticas de ação afirmativa baseadas na tese da justiça comutativa e da justiça distributiva, ambas voltadas à questão da igualdade, são inconstitucionais do ponto de vista da justiça social, na medida em que, a pretexto de estabelecer a igualdade, viola a dignidade dos envolvidos, seja por reduzi-los à condição de vítima (tese da justiça comutativa) ou à condição de meio (tese da justiça distributiva).

As exigências para a concretização da justiça social estão sempre relacionadas às circunstâncias de lugar, de cultura e de tempo, e situada numa determinada comunidade. No caso do direito constitucional brasileiro, a justiça social está alicerçada na dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição brasileira de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) omissis

III - a dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade constante do texto constitucional deve garantir e reparar qualquer tentativa de preconceito e discriminação de pessoa, bem como assegurar a equivalência de oportunidade e a paridade das condições econômicas, respaldado no Estado de Direito Social e Democrático brasileiro que postula uma sociedade livre, justa e solidária o que implica em liberdade, igualdade e fraternidade, cujas políticas públicas devem ser garantidas pelos entes federados nas diversas instâncias de poder constitucional. Não se pode negar que os esforços evidenciados para a garantia da justiça social devem ser vistos de forma pluralista, levando em conta as diversas tendências teóricas de interpretação.

Vale lembrar, que o preâmbulo do texto da Constituição brasileira de 1988 se refere a um Estado democrático determinado a garantir os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento humano, a igualdade e a justiça, dentre outros, como valores soberano de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos, sustentada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das discussões sociais. A noção jurídica de direitos enseja formas de concretizá-los.

4 CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa foi o de analisar o preconceito racial no Brasil, no âmbito da epistemologia jurídica, utilizando como fio condutor a arte, vez que permite definir o objeto em suas diversas formas de interpretação. Para tal, fez-se um balanço dos seus conceitos interpretativos de igualdade sociojurídica e de justiça social, sem perder o foco dos pressupostos contidos na Constituição brasileira de 1988.

Neste sentido, procedeu-se a uma análise reflexiva pela produção cinematográfica intitulada “*To kill a mockingbird*”, que nos permitiu, por analogia, fazer uma análise contextualizada do preconceito racial no Brasil, em suas expressões jurídica e consuetudinária. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, na

medida em que se pode analisar as relações de convivência social dos brasileiros quanto às normas e a percepção da discriminação racial entre pessoas e, ainda, se os fundamentos constitucionais estão sendo respeitados. Essas reflexões contribuíram para o entendimento do preconceito racial e a consequente busca do senso de justiça social em um Estado de Direito Social e Democrático, como prevê a constituição brasileira.

Verificou-se, também, que o princípio da igualdade, constante do texto constitucional, deve garantir e reparar qualquer tentativa de preconceito e discriminação de pessoa, bem como assegurar a equivalência de oportunidade e a paridade, sejam essas condições econômicas, sociais ou de qualquer ordem.

A necessidade de buscar novos entendimentos conceituais e/ou paradigmáticos enseja o uso da epistemologia jurídica como um fio condutor, dado que o direito possui lógicas próprias enraizadas e até cristalizadas, em contextos históricos diferenciados e que os esforços evidenciados para a garantia da justiça social devem ser vistos de forma pluralista, levando em conta as diversas tendências teóricas de interpretação.

Portanto, foi possível entender que não existe um sistema mais relativo que o direito, e, assim, é possível concebê-lo como uma ferramenta jurídica “funcional” capaz de dar conta das práticas e do teor dos discursos. Neste entendimento alcança-se um maior grau de clareza no sentido de discernir o que está na “penumbra”, por trás dos conteúdos legais e/ou manifestos; permitindo, também, definir formas solidárias e democráticas no exercício concreto da busca da igualdade e da justiça social, estas como categorias e antípodas das forjadas pelas contínuas desigualdades e preconceitos raciais e sociais.

Pode-se concluir, como resultado da pesquisa, que a situação do racismo no cenário brasileiro ainda é bastante controversa, embora a Constituição Federal de 1988 determine como objetivo da nação, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social-Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista Jurídica da Presidência*, v.5, n.48, 2003. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Presidência da República. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Presidência da República. Congresso nacional, Brasília, 1989.

CAUQUELIN, Anne. *Teorias da arte*. Trad. de Rejane Janowitz. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Ideologia e educação. Educação e Pesquisa*, v.42, n.1, p.245-258, 2016. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista CEJ*, v.1, n.3, p.92-99, 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/123>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.2, p.11-40, 2007. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *Cadernos do CEJ*, v. 24, p. 86-123, 2001. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.10, n.2, p.357-363, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LEE, Harper. *To kill a mockingbird: O sol é para todos*. 7.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015. 349 p. Tradução Beatriz Horta.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito – I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Sociologia-do-direito-I.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MEZAN, R. *Tempo de muda: ensaios de psicanálise*. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A origem da tragédia*. Trad. de Joaquim José de Faria. 5.ed. São Paulo: Centauro, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A visão dionisíaca do mundo*. Trad. de Marcos Sinésio Pereira Fernandes e Maria Cristina dos Santos de Sousa. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. *Tempo social*, v.19, n.1, p.287-308, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12545>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

OLIVEIRA, Luís R. Racismo, direitos e cidadania. *Estudos avançados*, v. 18, n. 50, p. 81-93, 2004. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

ONU. *Organização das Nações Unidas*. Charlottesville: Nações Unidas adverte EUA sobre o racismo “alarmante”. Edição Internacional, 12 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2017/aug/23/charlottesville-un-committee-warns-us-over-rise-of-racism>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. *O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*. 2. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva 1994.

REALE. *Filosofia do direito*. 19. ed. 3ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 131, p.283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 5, n.2, p.141-149, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito no Brasil contemporâneo: as pequenas diferenças na constituição das subjetividades. *Psicologia: ciência e profissão*, v.23, n.2, p.2-5, 2003. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

UNFPA Brasil. *Fundo de População das Nações Unidas. População negra tem os piores indicadores sociais*, alerta UNFPA no Dia pela Eliminação da Discriminação Racial. Edição Nacional, 21 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/noticias/ultimas/1501-populacao-negra-tem-os-piores-indicadores-sociais-alerta-unfpa-no-dia-pela-eliminacao-da-discriminacao-racial>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/15282>>. Acesso em: 18 set. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos fundamentais de terceira geração. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.15, n.15, 1998. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Recebido em: 01/04/2018

Aprovado em: 18/05/2018

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Helton Carlos Praia de; POZZETTI, Valmir César. Preconceito racial e justiça social: uma visão epistemológica jurídica a partir da arte. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.13-27, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

DIGNIDADE HUMANA: GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

HUMAN DIGNITY: GUARANTEE OF MINIMUM EXISTENTIAL X POSSIBLE RESERVE IN THE BRAZILIAN CARCERARY SYSTEM

Alessandra Franke Steffens ¹

Cristhian Magnus de Marco ²

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés dedutivo, dedicando-se aos problemas analítico-conceituais da dignidade humana, da garantia do mínimo existencial e da proteção deste direito fundamental no sistema carcerário brasileiro. Inicialmente, serão analisadas as dimensões e o conceito da dignidade humana, seu valor como núcleo fundamental dos direitos humanos, diferenciando estes dos direitos fundamentais, finalizando com as acepções das dimensões dos destes direitos, destacando os direitos prestacionais sociais. Posteriormente, será analisada a garantia do mínimo existencial e da reserva do possível como sua limitação. Por fim, será verificado o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, partindo-se da premissa da dignidade como princípio unificador do sistema, da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, finalizando com a análise da possibilidade da aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

Palavras-chave: Dignidade humana; mínimo existencial; reserva do possível; sistema penitenciário.

ABSTRACT: This article aims to analyze the fundamental precept of human dignity in the Brazilian Federal Constitution, establishing the criteria for recognizing the guarantee of the existential minimum in the treatment of prisoners, as well as the possibility of claiming the principle of reserving the possible in this case. For this purpose, descriptive-explanatory research of the documentary-bibliographic type, with deductive bias, will be used, dedicating itself to the analytical-conceptual problems of human dignity, guaranteeing the existential minimum and protecting this fundamental right in the Brazilian prison system. Initially, the dimensions and the concept of human dignity will be analyzed, their value as the fundamental nucleus of human rights, differentiating them from fundamental rights, ending with the meanings of these rights, highlighting the direct social benefits. Subsequently, the guarantee of the existential minimum and the reserve of the possible as its limitation will be analyzed. Finally, it will be verified the noncompliance with the fundamental precept of human dignity in the Brazilian penitentiary system, starting from the premise of dignity as a unifying principle of the system, of guaranteeing the existential minimum in the treatment of prisoners, ending with the analysis of the possibility of the applicability of reserve for the allocation of these social benefit entitlements.

Keywords: Human dignity; minimum existential; reservation of the possible; penitentiary system.

¹ Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC. Professora de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: alessandra.steffens@unoesc.edu.br

² Doutor em Direito pela PUC/RS. Professor e pesquisador do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC. E-mail: cristhian.demarco@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

O tema justifica-se pelo fato do sistema penitenciário brasileiro não efetivar as condições existenciais mínimas aos sujeitos encarcerados, violando claramente o princípio unificador do sistema, qual seja, a dignidade humana. Além disso, o Estado invoca a reserva do possível, argumentando que a efetivação dos direitos prestacionais dos presos não ocorre devido à necessidade de dispêndio financeiro e da suposta falta de recursos para tanto, justificando a afetação da concretização destes direitos, suscitando se tal argumentação é possível.

Para tanto, inicialmente, serão analisadas as dimensões e do conceito da dignidade humana, seu valor como núcleo fundamental dos direitos humanos, diferenciando estes dos direitos fundamentais. Posteriormente, serão verificadas as acepções sobre os direitos fundamentais e suas dimensões/gerações, destacando os direitos prestacionais sociais, ou seja, os direitos fundamentais de segunda geração, essenciais para estabelecer os critérios da garantia do mínimo existencial.

Será aferida, então, a garantia do mínimo existencial, seus critérios e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como a alegação da reserva do possível como limitador deste direito prestacional.

Por fim, será verificado o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana como princípio unificador do sistema e os limites que traçam a garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, finalizando com a análise da possibilidade da aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

2 DAS DIMENSÕES DA DIGNIDADE HUMANA

A existência de um conjunto de direitos que permitam às pessoas gozarem de uma vida digna é um dos valores nucleares dos direitos humanos. Assim, estabelecer as dimensões da dignidade humana é uma forma de estabelecer uma compreensão suficientemente abrangente e operacional desta para a ordem jurídica (SARLET, 2005, p. 18).

No intuito de esclarecer as premissas iniciais, é importante salientar que Sarlet (2005, p.18) considera dimensões da dignidade da pessoa humana a complexidade da própria pessoa e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Em outras palavras, em vista da heterogeneidade e da riqueza da vida, pode-se chegar a um núcleo de direitos essenciais, os quais compõem a dignidade da pessoa humana.

Para lograr êxito na elaboração de uma compreensão abrangente e operacional de dignidade humana, Sarlet (2005, p.18) propõe a divisão das dimensões da dignidade em ontológica, comunicativa e cultural.

Inicia com a dimensão ontológica, segundo a qual a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável e qualifica o ser; pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não pode ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada indivíduo como algo que lhe é inerente. Todos são iguais em dignidade (porque dotados de razão e consciência), ainda que não se portem de forma igualmente digna. Por todo exposto, entende-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana é a autonomia e a autodeterminação (SARLET, 2005, p.19).

Em seguida, passa-se para a dimensão comunicativa e relacional, na qual se estuda a situação do ser humano com os demais, traçando uma visão instrumental fundada na ideia de igual dignidade para todas as pessoas, o que implica numa obrigação geral de respeito pela pessoa, por intermédio de deveres e direitos correlativos (SARLET, 2005, p.23).

Sarlet (2005, p. 27) prossegue afirmando que a dignidade está em processo de construção, pois reclama constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Percebe também a existência de uma dimensão cultural da dignidade. Diante das premissas, chega-se à conclusão que dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Segundo Sarlet (2005, p.32),

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

A partir do exposto, sustenta o autor que a dignidade possui uma dimensão dúplex que se manifesta na autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção (comunidade e Estado), inclusive que a dimensão assistencial pode prevalecer como no caso de faltar condições para decisões responsáveis por parte do sujeito (SARLET, 2005, p. 30).

Verifica-se assim que dignidade humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2005, p. 37).

Partindo-se do acima explicitado, a dignidade humana pode ser concebida como o núcleo dos direitos humanos, decorrente da razão, inerente aos seres humanos e que os qualifica como tal. Dessa maneira, a dignidade humana deve ser concebida em duas dimensões: uma básica, na qual os valores mínimos e fundamentais para a existência humana estão inseridos, portanto, universais; uma cultural que é formada por influências históricas que se ampliam com o objetivo de concretizar condições que possam facilitar o completo exercício da dignidade da pessoa humana em dado momento histórico (BAEZ, 2010, p. 26).

Assim, direitos humanos são um conjunto de valores éticos que tem por objetivo a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja,

Os direitos humanos que têm por base a dignidade humana na sua dimensão básica são universais, nesse nível de atuação, pois constituem um conjunto de normas que impedem a redução do indivíduo à condição de objeto ou, ainda, a diminuição do seu status como sujeito de direitos. Nesse patamar de atuação tem-se, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, pois materializam formas de preservação do ser humanos como fim em si mesmo. Por outro lado, ou direitos humanos vêm sendo reconhecidos e implementados lentamente, ao longo da história, como forma de realização da dignidade humana, na sua dimensão cultural, são aplicados e desenvolvido de forma assimétrica de acordo com as peculiaridades culturais de cada grupo, considerando os valores morais por eles elegidos para reger sua convivência social (BAEZ, 2010, p. 28-29).

Contudo, foi na Declaração Universal que a concepção atual de direitos humanos e, pela primeira vez, acolheu a dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos (PIOVESAN, 2003, p. 216) e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores.

Verifica-se assim, da análise das premissas acima apresentado, que a tarefa dos direitos

fundamentais, como agentes de realização dos direitos humanos, é de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional dos países que os recepcionam, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade humana em todas as suas dimensões (BAEZ, 2010, p. 29).

Segundo Sarlet (2015, p. 29):

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação soa documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Direitos fundamentais, então, podem ser conceituados como

[...] o corolário dos direitos humanos, já que incorporam os valores éticos destes últimos, aos ordenamentos jurídicos dos Estados, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia de concretização de uma vida digna aos indivíduos que estão sob a égide deste ente público (BAEZ, 2010, p. 22).

No que tange a perspectiva histórica dos direitos fundamentais ocorre uma fusão desta com o surgimento do Estado constitucional, “[...] cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 36). Assim, a limitação do poder do Estado se dá diante da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente das revoluções burguesas que transpuseram o Estado Absolutista.

Assim, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no que diz respeito ao seu conteúdo, sua titularidade, eficácia e efetivação, surgindo assim as denominadas gerações ou dimensões desses direitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos negativos, ou seja, aqueles que negam ao Estado a interferência nos direitos individuais. Caracterizam-se, dessa forma, pela submissão do Estado a uma Constituição e pelas funções estatais não concentradas, pela separação dos Poderes. São direitos de primeira geração o direito à vida, liberdade, propriedade e a igualdade formal.

Sarlet (2015, p. 46) aponta que são direitos de cunho individualista, são direitos do indivíduo frente ao Estado, ou seja, direitos de defesa que demarcam a intervenção do Estado na autonomia individual, apresentando-se como direitos de cunho negativo.

Os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos sociais ou positivos, surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos, pois o Estado passa a assegurar/fornecer direitos básicos mínimos como educação, saúde e direitos fundamentais trabalhistas.

Dessa forma, tratam-se dos direitos de participar do bem-estar social, não se trata de liberdade do indivíduo perante o Estado, mas sim de liberdade por meio do Estado, das denominadas liberdades materiais concretas. (SARLET, 2015, p. 48).

A terceira geração de direitos fundamentais, por sua vez, nasce da constatação de que a tecnologia poderia extinguir o planeta necessitando-se, assim, de direitos coletivos para a proteção dos povos, daí a sua denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade. São direitos humanos universais positivos, universais, pois se destina a todos e positivos, porque representam que a mera

proclamação dos direitos está superada, sendo que estes devem ser efetivamente protegidos, garantidos contra qualquer agressor, mesmo que o agressor seja o Estado. São também transindividuais na medida que protegem grupos de seres humanos (família, povo e nação). Os direitos de solidariedade são, então, o direito ao ambiente e à qualidade de vida, bem como os direitos de informática, de intimidade e de privacidade.

Sobre esta geração de direitos, Sarlet (2015, p. 49), destaca que trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências.

Os direitos de quarta geração referem-se ao direito contra a manipulação genética, direito de morrer com dignidade e direito à mudança de sexo, todos pensados para o solucionar de conflitos jurídicos inéditos, novos, frutos da sociedade contemporânea (SARLET, 2015, p. 51). Contudo, Bonavides (2010, p. 571), entende que a quarta geração de direitos identificar-se-ia com a universalização de direitos fundamentais já existentes, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, ou seja, institucionalização do Estado Social.

Por fim, os direitos fundamentais de quinta geração são o direito à paz, como condição indispensável ao progresso das nações, do reconhecimento universal da paz como pressuposto qualitativo da convivência humana e como elemento de conservação da espécie (BONAVIDES, 2010, p. 580).

Verifica-se assim, que as dimensões acima marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, revelando que estes representam uma categoria materialmente aberta e mutável, pois em que pese a uniformidade e permanência de direitos tradicionais, estes estão sendo revitalizados em virtude das novas formas de agressão aos valores tradicionais como liberdade, igualdade e dignidade humana (SARLET, 2015, p.53).

Nesse contexto, esses direitos, quando constitucionalizados, passam a representar valores morais do estado no qual estão inseridos, sem, contudo, perderem seu caráter universal, como valores éticos que buscam efetivar a dignidade humana em suas dimensões.

Dessa maneira, o elemento nuclear dos direitos constitucionais positivados é a realização da dignidade humana, não a sua concessão. O que eles fazem é apenas o reconhecimento da dignidade como dado essencial da construção do universo jurídico. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, porém seu significado é muito mais amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba (SARLET, 2007, p. 98).

3 DA DIGNIDADE HUMANA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal vigente trilhou caminhos similares a outras ordens constitucionais ao outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que integram aquilo que se denomina de núcleo essencial da Constituição.

Assim, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, não foi incluída no rol de direitos e garantias fundamentais, pois foi elevada à condição de princípio e valor

fundamental, ou seja, encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para as normas definidoras de direitos e garantias, bem como de deveres fundamentais. Segundo Sarlet (2015, p. 99):

Com o reconhecimento expresso, no título de princípios fundamentais, da dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Segundo Barroso (2010, p. 11), a dignidade humana é um valor fundamental que se converteu em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Assim, a identificação da dignidade humana como um princípio fundamental produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional, de modo que estabelecer o que é um princípio, diferenciando-o das regras é indispensável para estruturar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

A distinção, assim, se baseia na aplicabilidade, no grau de generalidade e na diferença qualitativa destas normas. Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados ao máximo dentro das possibilidades que o caso concreto e o conteúdo normativo permitir. Este tipo de norma possui um grau de generalidade maior, por ser usado como ponto cardeal a ser seguido com o cumprimento das regras. A característica principal das regras é que elas possuem determinações. Este tipo de norma deve ser aplicada ao seu esgotamento, sem flexibilização ou ponderação. São menos genéricas que os princípios, justamente por serem oriundas destes (ALEXY, 2011, p. 90).

Assim, para Alexy (2011, p.90-91), princípios são mandamentos de otimização decorrentes do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.

Sendo assim, para Sarlet (2007, p. 74),

[...] a dignidade humana atua, portanto como mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existente, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.

A sistematização da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, se estabelece em três planos: direta, interpretativa e negativa. Pela eficácia direta, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. A eficácia interpretativa significa que os valores e fins abrigados pelo princípio condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação, como na precedência do mínimo existencial *prima facie* diante de outros. A eficácia negativa, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio da dignidade humana, podendo resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental (BARROSO, 2010, p. 13).

Impõe-se assim reconhecer a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade humana, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não só dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico (SARLET, 2007, p. 95).

Sarlet (2007, p. 87), conclui que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Nesta ótica, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial e a sua violação, aviltando a dignidade humana.

4 DA DIMENSÃO EFICACIAL DA DIGNIDADE HUMANA

No que tange a eficácia do princípio da dignidade humana, resta evidente que ele impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos.

Segundo Sarlet (2007, p. 113-114),

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio.

Barroso (2017, p.9), por sua vez, sustenta que

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

A dimensão eficaz da dignidade humana consiste numa tarefa imposta ao Estado de respeito e proteção, da obrigação de promover as condições das pessoas viverem com dignidade.

4.1 Da garantia do mínimo existencial

Partindo-se da premissa de que é dever do Estado a concretização do princípio da dignidade humana, a ideia do mínimo existencial, segundo Torres (2009, p. 70) representa “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Destaca-se que a prestação estatal positiva são direitos sociais prestacionais que têm por objetivo a conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Reclamam, assim, uma posição ativa do Estado na esfera econômica e social, com o objetivo de efetivar a igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2015, p. 291).

Segundo Sarmiento (2000, p. 71),

o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Sarlet (2015, p. 293) afirma que:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.

Em outra palavra, para a efetivação desses direitos é necessário a alocação de recursos materiais e humanos, importando em custo para o Estado, que muitas vezes, não estão disponíveis para a garantia do mínimo existencial, devendo ser requeridos pela via judicial.

Neste sentido, Torres (2009, p.70) argumenta que

sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

O mínimo existencial representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, como os direitos à alimentação, saúde e educação, que adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Contudo, a garantia do mínimo existencial é bem mais ampla do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser reduzida à noção de um mínimo vital suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento (TORRES, 2009, p. 70).

Sarlet (2015, p. 331), afirma que:

[...] o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nessa perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia de sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações.

Segundo Torres (2009, p.32-33), o mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade

erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco das garantias fundamentais prevista no artigo 5º, da Constituição Federal, nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto histórico e social.

Como condição da liberdade, o mínimo existencial cria a necessidade do Estado, muitas vezes, por determinação judicial diante das ações comissivas e omissivas de seus entes, ter que cumprir e executar as determinadas prestações positivas de natureza assistencial. Essas prestações, todavia, têm caráter nitidamente subsidiário, eis que o Estado só estará obrigado a entregá-las quando o sistema público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo não possuir os meios indispensáveis à sobrevivência.

Assim, a proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contra prestacionais. O status *positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que, muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento (TORRES, 2009, p.41).

Por fim, sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Sendo assim, a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo existencial, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Contudo, a efetivação da garantia do mínimo existencial pode depender de uma “reserva do possível”, dependendo de recursos econômicos para a efetivação das prestações assistenciais.

4.2 Da reserva do possível como limitador da garantia do mínimo existencial

Na busca da efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal justificar não ser possível face às limitações de ordem econômica, surgindo a teoria da reserva do possível. Essa teoria foi concebida com o objetivo de legitimar a ausência do Estado na concretização de direitos assegurados constitucionalmente, devido ao fato de a inexistência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas. Para Sarlet (2015, p. 293), reserva do possível pode ser compreendida como a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma dos recursos.

Assim, diante da necessidade de o Estado garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento se seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto, face ao alto custo para concretização dos direitos fundamentais.

Primeiramente, cabe analisar, a respeito da reserva do possível, a dimensão do seu custo, na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos. Esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido, de forma que a escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais (OLSEN, 2008).

Olsen (2008) defende que os bens são escassos, não permitindo que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, efetivar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não. Sendo assim, verifica-se a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a

prevalência, na medida em não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos, fazendo com que a escassez de recursos deixa de ser um elemento externo ao Direito, podendo comprometer sua eficácia.

A reserva do possível, então, se refere à apreciação da escassez de recursos como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida (OLSEN, 2008).

Contudo, a prestação exigida deve ser razoável, de modo que se o indivíduo dispor de recursos, não necessita da prestação estatal. Para Sarlet (2015, p. 296) a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange a efetiva disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos por meio de receitas tributárias e orçamentárias; e a proporcionalidade da prestação social no tocante a sua exigibilidade.

Verifica-se assim que a reserva do possível não é elemento dos direitos fundamentais, constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia desses direitos, observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial (SARLET, 2015, p.296).

Trata-se de uma excludente de responsabilidade estatal, que é arguida pelos entes públicos quando são requeridas a implementação de direitos sociais e políticas públicas, com vistas a justificar, portanto, a omissão estatal por limitação orçamentária ou por contenção de gastos. Contudo, o Estado não pode alegar a reserva do possível de forma indiscriminada, para dar legitimidade a sua omissão na efetivação de direitos fundamentais prestacionais.

Isso significa que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Dessa forma, a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização das ações comissivas e omissivas do Estado, inclusive estabelecendo medidas para saná-las.

Neste sentido, Barcellos (2002, p.245-246) afirma que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa forma, os condicionamentos impostos pela reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos fundamentais de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de

outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Por fim, se os entes estatais agirem de modo comissivo ou omissivo neutralizando ou comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível das condições mínimas necessárias a uma existência digna justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para viabilizar o acesso aos direitos recusados pelo Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado entendimento de que o respeito a dimensão positiva do direito ao mínimo existencial incumbe ao Estado, que tem o dever de assegurar as prestações indispensáveis a efetividade de uma vida digna, de modo que se deve reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, de satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, à dignidade humana. Exemplo disso é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que reconheceu que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação das políticas devia obedecer a limites, sendo o limite principal a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano que não podia ser sonogado pela ação estatal (mínimo existencial) (SARLET, 2015, p.335).

5 DO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O presente tópico tem como objetivo analisar se o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível neste caso. Contudo, primeiramente, se faz necessário destacar o papel unificar da dignidade humana no sistema penitenciário.

5.1 Da dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário

A batalha pela tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais encontra campo fértil quando abordada dentro da execução penal. Primeiramente, numa visão punitivista, a imposição da pena é uma consequência jurídica do delito. Numa visão garantista, contudo, o ilícito é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente, para a aplicação da pena, já que pode exigir condições ulteriores de punibilidade e procedibilidade, coadunadas com garantias penais e processuais penais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito (FERRAJOLI, 2014, p.364).

Assim, a imposição da pena pelo Estado só se legitima quando o condenado é tratado como fim ou pessoa, quando seus direitos e garantias fundamentais são respeitados, ou seja, “[...] acima de qualquer valor utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação a qualidade e a quantidade da pena” (FERRAJOLI, 2014, p. 364). Portanto, o Estado que não tutela os direitos fundamentais do preso, que impõe penas qualitativas e quantitativas supérfluas, perde a legitimidade do direito de punir e conseqüentemente, lesa a dignidade humana (FERRAJOLI, 2014, p. 364).

Ferrajoli (2014, p. 365), então, elege o princípio da necessidade e da dignidade humana como os que sustentam a finalidade da pena. Estes valores vinculam a qualidade da pena a três traços: o da igualdade, o da legalidade e do caráter apenas privativo da pena. Dessa forma, qualquer forma de

diferenciação na execução penal fere a igualdade; a flexibilização ou a incerteza na duração da pena fere a legalidade e por fim, qualquer tratamento atentatório as liberdades interiores e a dignidade humana do preso, com objetivo de emenda ou disciplinatórios, fere o caráter de privação de liberdade.

Para Ferrajoli (2014, p. 365):

É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e se desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia dos direitos fundamentais da pessoa.

Contudo, tal perspectiva para o autor não é suficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere, pois em posição ao modelo traçado, a prisão representa para o condenado muito mais do que a privação de um tempo de liberdade estabelecido em sentença condenatória, representa aflição física e psicológica, subtraindo dela seu caráter de igualdade, legalidade e juridicionalidade. A prisão, lesa a dignidade humana. (FERRAJOLI, 2014, p.365).

Verifica-se assim, que a dignidade humana é o princípio unificador do sistema penitenciário, tal princípio fica explícito na Regra 1 das Regras de Mandela (CNJ, 2016), que determina:

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.

Desta premissa maior decorrem as demais Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos, regra estas recepcionadas pelo Estado Brasileiro. Tais regras são usadas como guia para estruturar a Justiça e sistemas penais nos Estados. Ocorre que essas regras foram revisadas em 2015 e as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela (CNJ, 2016).

Salienta-se que as Regras Mínimas têm por escopo fornecer aos Estados orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade, para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam que seja respeitada a proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações (CNJ, 2016).

Assim, os direitos fundamentais dos presos como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, incluindo-se nestas o direito a espaço mínimo determinado, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos (JAPPUR, 2011, p. 126).

Por fim, cabe analisar a posição de garante do Estado em relação aos presos, que significa que se o Estado priva alguém de sua liberdade, por meio da imposição de uma pena, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 15).

5.2 Da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos

Sistema penitenciário envolve a administração dos estabelecimentos penais e tem por objetivo propiciar a execução da pena. Integra a segurança pública por meio da prestação do serviço, constituindo-se, assim, num serviço público propriamente dito. (JAPPUR, 2011, p.122).

Como serviço público deve ser norteado pelo Princípio da Eficiência que determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população, sendo que as políticas públicas garantidoras de direitos sociais têm que ser eficientes para realmente concretizar a finalidade da lei e da Constituição Federal. Assim, não pode o Poder Público permanecer inerte e omissos na defesa e preservação da dignidade das pessoas que se encontram encarceradas. (JAPPUR, 2011, p.128).

O princípio da dignidade da pessoa humana do preso, implica na observância de seus direitos fundamentais como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais (JAPPUR, 2011, p.126).

Integram, assim, o mínimo existencial das pessoas presas aspectos como celas não superlotadas com condições adequadas de higiene, segurança e salubridade, o acesso à água potável, à alimentação decente, ao atendimento de saúde, à assistência jurídica etc. A denegação destes bens e serviços essenciais afronta ao mínimo existencial (VIEIRA JUNIOR, 2015, p.19).

Partindo-se dessa premissa, os direitos acima elencados impõem o dever de não serem reduzidos pelo Estado, pois essas posições jurídicas, consubstanciadas nos direitos fundamentais, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana do preso, e apontam, por um lado, a direção das prestações normativas e, por outro, a direção de prestações efetivas (JAPPUR, 2011, p.126).

Assim, o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo existencial no tratamento do preso, por meio do cumprimento de seus direitos fundamentais. Trata-se de presunção absoluta, de modo a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais. Consta-se que não há discricionariedade deferida aos entes públicos, administradores do sistema penitenciário, para os quais não há outra opção válida, senão de cumprir a lei.

5.3 Mínimo existencial x reserva do possível no sistema penitenciário

Estabelecida a dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário e a obrigação do Estado na efetivação e garantia dos direitos prestacionais dos presos, este derradeiro item tem como objetivo verificar se é possível a alegação de ausência de recursos ou falta de previsão orçamentária para obstar a concessão do mínimo existencial ao preso.

Inicialmente, cabe salientar que as garantias legais previstas durante a execução da pena se baseiam na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o respeito aos direitos fundamentais do preso e qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana a estes preceitos.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), determina no seu artigo 3º, que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória. Assim, o exame de seu texto revela a preocupação do Estado para com o preso, instituindo-lhe e assegurando-lhe direitos à: alimentação, vestuário, instalações higiênicas, à saúde, à educação, com ensino fundamental obrigatório, à assistência jurídica e religiosa, ao trabalho, à assistência ao egresso e a à sua família, durante o confinamento, ao chamamento nominal, à previdência, à proteção contra o sensacionalismo, à visita íntima, ao contato com o mundo exterior por meio da correspondência ou qualquer outro meio

de informação, à remuneração pelo trabalho, etc. (BRASIL, 2017)

Tais garantias consistem em direitos fundamentais prestacionais, ou seja, direitos fundamentais sociais assegurados ao apenado como garantia do mínimo existencial no tratamento durante a execução da pena privativa de liberdade, não importando o regime de cumprimento da pena estabelecido na sentença.

No entanto, ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. Dessa maneira, a partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007, p.75).

Segundo Antão (2017),

No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), de conteúdo garantista, é a responsável pela consagração de um extenso rol de direitos e consoantes com as principais recomendações internacionais na área. Dispondo sobre os direitos como saúde, educação, assistência social, exercício do trabalho e de atividades intelectuais, ela trata também da obrigação do Estado em oferecer condições materiais à execução desses direitos. Ocorre que analisando o sistema prisional brasileiro, nos deparamos com um histórico de omissões estatais no que diz respeito à implantação de políticas públicas relacionadas aos presos e suas peculiaridades.

Desta forma, ao apenado que se encontram privados de seu bem maior que é a liberdade, acabam sofrendo diversas outras privações de direitos fundamentais, privações estas que não são, nem devem ser concernentes à finalidade da pena, até porque, nossa Constituição veda penais cruéis (ANTÃO, 2017).

Salienta-se que a não efetivação no mínimo existencial no tratamento dos presos é justificada, pelo Poder Executivo, responsável pela prestação destes direitos, pela escassez de verba orçamentária e aumento de gastos públicos no sistema carcerário. Invoca, assim, a reserva do possível, argumentando que em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado para a efetivação dos direitos prestacionais dos presos e da suposta falta de recursos para tanto, a concretização destes direitos fica afetada.

Contudo, a garantia do mínimo existencial aos apenados se reveste de natureza absoluta, por este motivo o Estado não pode condicionar a sua efetivação à chamada reserva do possível. Além disso, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para deslegitimar a invocação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões. Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (BRASIL, 2015).

Assim, a escassez de recursos não pode ser invocada como justificativa legítima para a denegação dos direitos mais básicos dos presos, por duas razões: tais direitos se enquadram no mínimo existencial, que não se sujeita à limitação pela reserva do possível; e a posição de garante do Estado em relação aos presos retira a legitimidade deste argumento (BRASIL, 2015).

Por fim, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, sendo a omissão do Poder Executivo, alegando o princípio da reserva do possível, violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, pois afeta a garantia do mínimo existencial no seu tratamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

Para tanto, iniciou-se com o conceito da dignidade humana e sua dimensão eficaz, restando evidente que ela impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e a realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos, e neste caso do condenado que cumpre pena privativa de liberdade.

Os direitos fundamentais, norteados pela efetivação da dignidade humana, têm a tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional brasileira, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade em todas as suas dimensões. Destacam-se, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, os denominados direitos sociais ou prestacionais, que surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos pois o Estado passa a assegurar direitos básicos mínimos.

Verificou-se, assim, que a efetivação destes direitos é aferida pela garantia do mínimo existencial, compreendido como as condições mínimas de dignidade humana que não podem deixar de ser efetivadas pelo Estado e que ainda exigem prestações estatais positivas.

No que tange a garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos restou evidente o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, que não efetiva as condições existenciais mínimas aos sujeitos encarcerados, violando claramente o princípio unificador do sistema.

Não bastasse a violação de direitos fundamentais, o Estado invoca a reserva do possível, argumentando que a efetivação dos direitos prestacionais dos presos não ocorre devido à necessidade de dispêndio financeiro e da suposta falta de recursos para tanto, justificando a afetação da concretização destes direitos.

Por fim, restou evidente que a alegação da reserva do possível na afetação dos direitos prestacionais sociais dos presos viola a dignidade humana, sendo a omissão do Poder Executivo uma afronta a garantia do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. *A efetividade do Direito à educação em situações de privação de liberdade: uma análise da educação nas prisões do estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10665-A-efetividade-do-Direito-a-educacao-em-situacoes-de-privacao-de-liberdade-Uma-analise-da-educacao-nas-prisoos-do-estado-de-Sao-Paulo>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

ASSIS, Rafael Damasceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides (org.). *Dimensões eficazes dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010. p. 15-32.

- BARCELLOS, Anna Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 35 p. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347>>. Acesso em: 4 ago. 2017.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Execução Penal. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n.70, p.99-143, set./dez. 2011.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

Recebido em: 01/04/2018

Aprovado em: 18/05/2018

Como citar este artigo (ABNT):

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.28-44, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

POTÊNCIAS CLIMÁTICAS E O ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: O CASO DOS BIOCOMBUSTÍVEIS

CLIMATE POTENCY AND THE WTO DISPUTE SETTLEMENT BODY: THE CASE OF BIOFUELS

Alice Rocha da Silva ¹
Natalia Camba Martins ²

RESUMO: A partir da classificação de países em potências climáticas, com diferentes graus de compromisso com a proteção do clima, o presente ensaio pretende analisar a posição de tais potências e do órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio nos casos contenciosos relativos a biocombustíveis.

Palavras-Chave: Potências climáticas; compromisso climático; organização mundial de comércio; solução de controvérsias; biocombustíveis.

ABSTRACT: From the classification of countries in climatic potency, with different degrees of commitment to climate protection, this essay intends to analyze the position of such powers and of the dispute settlement body of the World Trade Organization in contentious cases concerning biofuels.

Keywords: Climate potency; climate compromise; world trade organization; dispute settlement; biofuels.

¹ Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III/França. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Email: rochaalice@yahoo.com.br

² Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito das Relações Internacionais, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola do Ministério Público do Estado de São Paulo. Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela Escola Superior do Ministério Público da União em convênio com a Universidade de Bochum/Alemanha. Advogada da União. Email: natycmartins@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A hipótese de que nos últimos anos as mudanças climáticas passaram a ser um dos vetores civilizatórios principais, com enorme potencial para alterar os “rumos da globalização e a estrutura e funcionamento do sistema internacional”, inaugurada por Viola, Frachini e Ribeiro (2013, p.38) merece aplicação ao comportamento dos Estados-Parte no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial de Comércio (OMC), já que, no âmbito desta organização internacional, o alcance de soluções que privilegiam a proteção do clima ainda parece muito tímido e em velocidade bastante reduzida em relação à importância e urgência do tema.

O objetivo principal do presente ensaio é fomentar os debates sobre o tratamento que os biocombustíveis vêm recebendo no OSC, buscando-se concluir se as “potências climáticas” (termo com conceituação específica apresentado pelos autores supracitados) estão - ou não - logrando defender suas políticas de proteção climática. Busca-se a interação – que se considera possível e salutar – entre conceitos e institutos dos ramos das Relações Internacionais e do Direito, ampliando o espectro das discussões que, em geral, acabam por ficar restritas e um ou a outro campo do conhecimento.

A OMC é instituição multilateral que inaugura suas atividades em 1995, a partir dos trabalhos que, desde a década de 40, vinham ocorrendo por intermédio do GATT (Acordo Geral de Comércio e Tarifas), acordo internacional (provisório) que funcionou como uma organização “de fato”. O impacto da regulamentação ambiental no comércio passou a ser objeto de discussões no final dos anos 60, quando aumentou o receio quanto aos limites do crescimento e do rápido esgotamento dos recursos naturais globais. Criado, em 1971, um Grupo de Trabalho sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional, este grupo foi transformado no Comitê de Comércio e Meio Ambiente (CCMA) em 1995. Entretanto, considera-se que o CCMA não teria avançado com a velocidade esperada e nem de forma conclusiva quanto às questões de proteção ao meio ambiente, mesmo após 20 anos de sua criação.

A OMC viria operando, entende-se, dentro da sistemática de que as políticas de comércio e meio ambiente seriam complementares, na medida em que “a proteção ambiental leva ao crescimento econômico necessário à adequada proteção ambiental” e que a cooperação multilateral por intermédio da negociação de tratados multilaterais ambientais (MEAs, em sua sigla em inglês) seria a melhor abordagem para a solução de problemas ambientais transfronteiriços (regionais e globais) (WTO, 2013, p.44-45). Entende-se, salvo melhor juízo, que essa posição, que à primeira vista parece apontar para um adequado respeito às demais instâncias multilaterais envolvidas na proteção do meio ambiente, na verdade demonstraria a intenção de afastar este órgão multilateral de comércio do protagonismo nos processos de alcance de soluções para tais problemas.

O compromisso dos Estados-parte da OMC com o meio ambiente é encontrado, em seu campo normativo, nos acordos que acompanharam seu ato constitutivo, o Tratado de Marraquesh - que teria criado, segundo a visão da própria organização, “o adequado equilíbrio entre o direito dos Membros de adotar medidas regulatórias, incluindo restrições ao comércio, para alcançar objetivos políticos legítimos e o direito dos outros Membros relativos às disciplinas de comércio” (WTO, 2013, p. 32).

2 POTÊNCIAS E COMPROMISSO CLIMÁTICOS

Compartilhando da percepção de que “a crise climática altera profundamente a configuração e a dinâmica das relações internacionais”, apontada por Viola, Frachini e Ribeiro (2013, p. 25), parece interessante buscar aplicar tal ideia – nela incluída o conceito de “potências climáticas” - às dinâmicas atuais da OMC e, em especial, seu órgão de solução de controvérsias, quanto aos casos dos biocombustíveis. Antes, entretanto, cabe apresentarmos alguns aspectos da teoria de tais autores.

Defende-se, por primeiro, que o clima, entendido como categoria social, encontra-se em pé de

igualdade com a globalização e a democracia como vetores civilizatórios principais – sendo que “da evolução dessas três tendências – profundamente imbricadas – depende a sorte futura e o progresso da humanidade” (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 37).

Passando à noção de governança global, que conta com amplitude suficiente para englobar “uma enorme variedade de atores – estatais e não estatais – localizados em vários níveis – nacionais, subnacionais, internacionais, transnacionais, que interagem em diferentes âmbitos”, que incluem as esferas formais (como as organizações internacionais) e informais, “e que são portadores de uma ampla série de interesses e motivações” (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 27), passa a ser introduzido o conceito de potência.

Seriam potências, segundo tal linha teórica, “aqueles atores estatais que possuem certo nível de agência na construção da governança do sistema internacional, derivada da disposição de uma série variada de recursos de poder, materiais e imateriais” (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 27). Tal denominação permitiria, dentre outros aspectos, ultrapassar a tradicional divisão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento – ainda presente nos textos normativos e na prática da OMC, em seus diferentes foros de negociação e órgão de solução de controvérsias.

Foram identificadas pelos autores, então, 34 potências internacionalmente relevantes para a definição dos rumos da governança global, divididas em três grupos: 3 superpotências (Estados Unidos, China e União Europeia), 5 grandes potências (Brasil, Rússia, Índia, Japão e Coreia do Sul) e 26 potências médias³.

O terceiro conceito central para esses autores é o de compromisso climático, entendido como “o grau de assimilação que uma determinada sociedade tem das mudanças climáticas como vetor civilizatório principal” apresentando, portanto, 2 dimensões que contem 3 categorias de dados: a) situação climática, relacionada ao “estado de uma sociedade determinada em relação ao fenômeno climático”; e b) situação política do clima: ligada à forma como a sociedade e lideranças políticas assimilam o problema (climático), nos âmbitos de política doméstica e internacional (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p.28). Uma sociedade com alto compromisso climático deseja – e implementa – a redução de suas emissões, sendo que a liderança política compreende a posição da sociedade que representa, criando políticas públicas compatíveis com o alcance de tal objetivo.

Assim os autores classificam as potências como reformistas (que adotam medidas coerentes com a descarbonização da economia global) e as potências conservadoras (resistentes às mudanças consideradas necessárias (ou, ao menos, adequadas), para estabilização do sistema climático. Entre estes extremos se localizam as potências conservadoras moderadas. Em suas pesquisas os autores concluíram, e com sucesso, entende-se, que o sistema internacional teria as características de uma hegemonia conservadora, na medida em que prevaleceriam as forças conservadores sobre as reformistas.

Passa a importar, sob tal perspectiva, como as sociedades conseguem concretizar suas preocupações com o clima apesar dos obstáculos como a incerteza científica e a falta de empenho das lideranças globais. A OMC, conforme visto, parece ter buscado distanciar-se do papel de protagonista na solução dos problemas comerciais que tangenciam o meio ambiente – neles incluída a questão climática ligada aos biocombustíveis.

A divisão das potências internacionalmente relevantes (super, grandes e médias), adotando o compromisso climático como variável da democracia – embora a relação entre compromisso climático

3 Arábia Saudita, Irã, Vietnã, Emirados Árabes Unidos, Bangladesh, Egito, Paquistão, Nigéria, Venezuela, Tailândia, Malásia, África do Sul, Turquia, Filipinas, México, Argentina, Indonésia, Colômbia, Ucrânia, Cingapura, Austrália, Canadá, Israel, Noruega, Suíça e Taiwan.

não seja linear ⁴, geraria a seguinte classificação:

i) “democracias de alta qualidade”: União Europeia (27 países), Japão, Coreia do Sul, Noruega, Suíça e Taiwan, onde a qualidade do papel do Estado é elemento que as inclinam na direção do compromisso climático (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 56-57);

(ii) “democracias de baixa qualidade”, que apresentariam características ligadas à “baixa transparência e ‘accountability’”; os partidos políticos não são agregadores racionais de preferências e existe alta corrupção”, levando o compromisso climático a acompanhar essa dinâmica, mostrando-se inexistente ou baixo. Índia, África do Sul, Turquia, Filipinas, México, Argentina, Indonésia, Colômbia, Ucrânia e Cingapura comporiam este grupo; e,

(iii) combinando-se diferentes fatores, como o regime político e o grau de compromisso climático, chegam-se às “democracias de média qualidade”: Estados Unidos, Brasil, Austrália, Canadá e Israel;

(iv) nas semidemocracias estão Rússia, Bangladesh, Egito, Paquistão, Nigéria, Venezuela, Tailândia e Malásia ⁵, onde se observam “limitações à competitividade democrática, à proteção do indivíduo frente ao Estado, alta instabilidade política e baixo compromisso climático” (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 56-57).

(v) regimes políticos autoritários, em que os autores propõem uma divisão entre aqueles onde se encontra certo grau de compromisso climático, como a China, daqueles em que tal compromisso é inexistente, como Irã, Arábia Saudita, Vietnã e Emirados Árabes.

Comparando-se os graus de compromisso climático com tais regimes políticos os autores chegam ao seguinte esquema visual:

<i>Reformistas</i>		Cingapura		Japão, Coreia do Sul, Taiwan	União Europeia (27 Estados), Noruega e Suíça
<i>Conservador Moderado</i>	China	Bangladesh	Brasil, África do Sul, Colômbia, Filipinas, México e Turquia	EUA, Israel	Austrália e Canadá
<i>Conservador</i>	Arábia Saudita, Irã, Vietnã, Emirados Árabes Unidos	Rússia, Egito, Malásia, Nigéria, Paquistão, Tailândia, Venezuela	Índia, Argentina, Indonésia, Ucrânia		
	<i>Regime Autoritário</i>	<i>Semidemocracia</i>	<i>Democracia de baixa qualidade</i>	<i>Democracia de Média Qualidade</i>	<i>Democracia de Alta qualidade</i>

(VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 54)

4 “É possível pensar em sociedades que estão incrementando seu compromisso climático e que não são democracias, como a China, e sociedades democráticas que apresentam dificuldade para desenvolver o compromisso climático, como Estados Unidos e Canadá. (...) não há democracia de alta qualidade que não seja responsável climaticamente”. Assim, embora Cingapura, pelos critérios tradicionais seja uma semidemocracia, “o fato de ser uma potência reformista na arena do clima permite colocá-la como democracia de baixa qualidade” (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p.56-57).

5 País em que se observa alto nível de compromisso climático.

Apesar de ainda existirem alguns teóricos céticos em relação ao fenômeno de mudanças climáticas e seus impactos, a maior parte das análises apontam não somente para sua efetiva ocorrência, mas também para o aumento da velocidade de seus impactos (indesejados). Uma vez que a matriz energética mundial ainda encontra-se fundamentalmente baseada nos combustíveis fósseis (que, dentre outros efeitos negativos, contribui para o aquecimento global), o setor energético resta com responsável por cerca de 2/3 das emissões globais de gases de efeito estufa (GEE)⁶, restando aos biocombustíveis e resíduos, energia nuclear e hidráulica apenas 18,5% de tais emissões (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 67). O biodiesel⁷ mostra-se, portanto, como estratégia de mitigação das mudanças climáticas.

Não há dúvidas que a atuação humana impacta o ambiente natural. A questão da sustentabilidade, tão festejada pelo preâmbulo do Acordo de Marraquesh - não pode mais ser vista de forma “isolada e localizada”, sem levar-se em consideração as fronteiras planetárias (aquelas “dentro das quais a humanidade poderia operar de forma segura em referência ao funcionamento do sistema terrestre”), passando a cooperação em nível internacional a ser a única resposta aos prováveis problemas resultantes das mudanças climáticas (VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO, 2013, p. 60;76 e ss).

3 O ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS (OSC) DA OMC E OS BICOMBUSTÍVEIS

Desde sua criação o OSC/OMC (e seu antecessor no GATT 1947) já discutiu vários casos envolvendo temas ambientais (quando relacionados a questões comerciais), como a proteção de espécies animais como golfinhos e tartarugas, passando pela preocupação com a poluição atmosférica, até alcançar os casos considerados de “nova geração”, neles incluídos biocombustíveis – que, além de apresentarem dinâmica muito diferente em relação aos conflitos “antigos”, representam o rápido crescimento de “políticas industriais verdes”, com a aplicação de instrumentos tradicionais para alavancar o desenvolvimento de indústrias de energias renováveis e “environmentally friendly”.

Nota-se aumento de complexidade das dinâmicas geopolíticas de comércio e meio ambiente – a tradicional distinção entre países em desenvolvimento e desenvolvidos deixa de ser relevante para o grau de compromisso climático⁸, como visto – e os países vem adotando políticas verdes que por vezes contrariam frontalmente as regras de comércio e que reconfiguram as economias nacionais relacionadas a comércio e meio ambiente; o escopo da legislação aplicável é estendido, assim como amplia-se, ao menos em tese, o “fórum shopping” (o leque de opções “jurisdicionais” internacionais e nacionais disponíveis – OMC, Corte Internacional de Justiça, Tribunal do Mar, cortes e autoridades administrativas domésticas, por exemplo) (WU; SALZMAN, 2012, p. 404).

Passa-se, então, a apresentar os casos que lidaram com o tema dos biocombustíveis, relevante das discussões sobre mudanças climáticas, no âmbito do OSC/OMC:

6 Efeito estufa seria fenômeno natural que mantém o planeta aquecido. No entanto, o aumento no lançamento de GEEs torna o globo quente em demasia – o que reflete na mudança do clima da Terra que, cada vez mais, vem sendo vítima de eventos climáticos extremos, como a alteração nos regimes de chuvas e a elevação do nível dos oceanos. Entre os gases de efeito estufa mais importantes estão o dióxido de carbono e o metano, cujo aumento de emissões ligam-se especialmente à intensificação de atividades antrópicas.

7 Biodiesel é, em breves linhas, um combustível biodegradável e obtido de fontes renováveis, podendo ser extraído por diferentes processos químicos, sendo a transesterificação o método mais utilizado (reação química, estimulada por catalisador, de óleos vegetais ou gorduras animais com o álcool comum – etanol - ou metanol).

8 Nesses novos conflitos o estereótipo “clássico” de que o país desenvolvido é quem protege mais o meio ambiente do que o país em desenvolvimento teria sido abandonado. Também neles inexistiria uma aliança estável entre distintos grupos de interesse, pressionando os governos dos países desenvolvidos para adotar medidas com maior grau protetivo ao meio ambiente que contrariem regras comerciais. Os próprios grupos de interesse estariam divididos. (WU; SALZMAN, 2012, p.443;450)

- a) “DS443 – European Union and a Member State [Espanha] – Certain Measures Concerning the Importation of Biodiesels”, demandante: Argentina – 2012 (DS443)⁹;
- b) “DS459 – European Union [e Bélgica, Itália, França, e Polônia] – Certain Measures on the Importation and Marketing of Biodiesel and Measures Supporting the Biodiesel Industry, demandante: Argentina – 2013 (DS459)¹⁰;
- c) “DS473 – European Union – Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina”, demandante: Argentina – 2013 (DS473)¹¹;
- d) “DS480 – European Union – Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Indonesia”, demandante: Indonésia – 2014 (DS480).¹²

Por primeiro, importante notar que a União Europeia (UE) e alguns de seus Estados-Membros foram as únicas partes demandadas em todos os casos perante o órgão de solução de controvérsias da OMC envolvendo biodiesel até o momento, enquanto a Argentina figurou como demandante em 3 dos 4 deles. No entanto, enquanto casos indicados nos itens “a” e “b” a Argentina estaria impugnando as políticas da UE relacionadas à redução da emissão de carbono e requisitos para a produção de biodiesel – diretamente ligadas à legítima (ao menos em tese) proteção do clima, nos casos mencionados nos itens “c” e “d” a UE teria adotado postura, em alguma medida, “contrária” à proteção climática, aplicando direitos antidumping às exportações de biodiesel da Indonésia e Argentina – sob a alegação de que empresas dos Estados importadores estariam vendendo biodiesel abaixo do custo de produção.

Além disso, também parece relevante o fato de que nenhuma dessas disputas recebeu, até o momento, solução pelo órgão de solução de controvérsias (e em apenas 1 delas o caso já chegou aos painelistas do OSC/OMC). No caso DS443, apesar de iniciado em agosto de 2012, as partes ainda não alcançaram acordo quanto à composição do painel (órgão de especialistas “ad hoc” que faz a 1ª análise jurídica do caso, após esgotadas, segundo as partes, as tentativas de alcance de solução amigável para a questão), nem tampouco solicitaram ao Diretor-Geral da OMC, nos termos do Entendimento de Solução de Controvérsias deste órgão (Entendimento) que fossem indicados os especialistas para análise do feito.

No caso DS459, o pedido de consultas apresentado pela Argentina à UE (e alguns de seus Estados-Membros), em maio de 2013 ainda segue em fase de consultas, não tendo a Argentina apresentado requerimento de composição de painel até o momento – apesar de esgotado o prazo de 60 dias, previsto no Entendimento, que a habilitaria fazê-lo. Nota-se, claramente e em ambos os casos, que os Estados-Parte envolvidos na controvérsia estão manejando, a partir de permissões contidas no do próprio Entendimento, o “tempo” da demanda, logrando evitar que o OSC analise o caso¹³.

Nas disputas em que Argentina e Indonésia desejam seja condenada a imposição de direitos antidumping pela UE sobre o biodiesel importado pelos primeiros à segunda, temos que, enquanto no DS473, as consultas foram iniciadas em 2013, ocorrendo, apenas em 2015, a designação de membros para compor o painel (que já indicou que apresentaria manifestação até o final de 2015), no DS480, iniciado em junho de 2014, até o momento as partes seguem em consultas, novamente evitando manifestação do OSC da OMC.

9 Informações disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds443_e.htm>. Acessado em: 15 jun. 2015.

10 Informações disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds459_e.htm>. Acessado em: 15 jun. 2015.

11 Informações disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds473_e.htm>. Acessado em: 16 jun. 2015.

12 Informações disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds480_e.htm>. Acessado em: 16 jun. 2015.

13 A conveniência da existência de “amplos” poderes das partes envolvidas em controvérsias no OSC/OMC relativas ao andamento das demandas contenciosas, em relação à importância do alcance de solução para certos temas, como a proteção ao meio ambiente, é tema muito interessante que, por força dos limites do presente ensaio, deixará de ser analisado.

Conforme apontado, a situação dos biocombustíveis – especialmente do biodiesel – parece - confirmando suspeita apresentada no início deste ensaio - que não vem recebendo, dos Estados-Membros da OMC – aí incluídas algumas das mais importantes potências climáticas – atenção suficiente sequer para que o tema receba manifestação conclusiva do OSC/OMC. Para confirmar essa hipótese, então, parece importante discutir-se, a partir dos documentos disponibilizados pelas partes envolvidas nos casos e publicados no sítio eletrônico da OMC as medidas especificamente veiculadas em cada um deles para, ao final, tentar-se concluir pela confirmação ou não do grau de compromisso climático das potências envolvidas.

No DS443 a Argentina apresentou pedido de consultas à UE e Espanha por força de medidas adotadas por estas últimas que estariam afetando a importação de biodiesel da Argentina. O objeto principal da questão é a Decisão Ministerial (DM) espanhola (IET/822/2012¹⁴) que regula a alocação de volumes de produção de biodiesel no âmbito do cumprimento dos objetivos obrigatórios de biocombustíveis – para um período de 2 anos, podendo ser prorrogada por igual período. Tal medida foi adotada pela Espanha para implementar a regulamentação emitida pela União Europeia (Diretiva 2009/28/CE, do Parlamento e Conselho Europeu¹⁵), relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis, que estabeleceu que cada Estado-Membro (da UE) deverá velar para que a cota de energia procedente de fontes renováveis em todos os tipos de transporte em 2020 tenha como mínimo o equivalente a 10% de seu consumo total.

Ocorre que a norma espanhola (apontada como ilegal pela Argentina) determinaria que apenas seriam computados para o alcance dos níveis obrigatórios de biocombustíveis para o setor de transportes o biodiesel produzido inteiramente por plantas localizadas em território espanhol ou de outro Estado-Membro da UE, com quantidades previamente determinadas, segundo os procedimentos estabelecidos pela mesma DM.

A Argentina afirma então que seria o produtos e exportador mais eficiente de produto, tendo a UE como principal mercado importador e a Espanha o principal comprador. Entende, assim que a aplicação da DM espanhola criaria discriminação entre o produto de origem europeu e o produto estrangeiro, o que seria claramente vedado pelas normas da GATT 1994¹⁶, além de dispositivos do Acordo de Medidas Comerciais Relativas à Investimentos (Acordo TRIMS)¹⁷ e o Acordo Constitutivo da OMC¹⁸.

Logo após a apresentação do pedido de consultas pela Argentina, Austrália e Indonésia solicitaram sua admissão ao processo como “terceira parte”, figura processual disponibilizada pelo Entendimento que permite a participação de outros países nos procedimentos contenciosos, com algumas limitações em relações às atividades das partes¹⁹. Frustradas as negociações para alcance de solução amigável, a Argentina requereu o estabelecimento de um painel em dezembro de 2012. Entretanto, até o momento o painel não foi estabelecido – por vontade das partes que, conforme mencionado, acabam por serem dotadas de poderes muito amplos em relação a várias fases do procedimento contencioso – incluído, dentre estes o momento de início da fase contenciosa propriamente dita do processo, acabando por lograr “arrastar” as negociações – em geral sigilosas – por muito tempo,

14 Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-5339>. Acessada em: 15 jun. 2015.

15 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:140:0016:0062:pt:PDF>>. Acessada em: 15 jun. 2015.

16 Princípio do tratamento nacional e vedação às restrições quantitativas.

17 Artigos 2.2 e 2.2.

18 Artigo XVI:4.

19 Neste ponto, chama a atenção o fato de o Brasil, que participado de várias disputas perante o OSC/OMC como terceira parte, afirmando em muitas destas seu “interesse sistêmico”, não tenha manifestado seu interesse de ingresso no DS443 (ou em qualquer dos outros casos envolvendo biocombustíveis na OMC). No entanto, o aprofundamento das pesquisas relativas a tal questão não será aqui aprofundado, dadas as limitações do presente ensaio.

evitando seja exarado o posicionamento do painel e do órgão de apelação (órgão revisor da manifestação do painel) do OSC/OMC.

Após o início das consultas, entretanto, a Espanha, em outubro de 2012, publicou nova legislação (IET/2199/2012²⁰), emendando parcialmente a DM anterior para cancelar a obrigatoriedade de os operadores econômicos enviarem requerimentos para a alocação de cotas de biocombustível dentro de um prazo específico. Essa situação demonstraria, ao menos em tese, que o procedimento de consultas perante o OSC/OMC pode levar o Estado demandado a alterar a medida inicialmente impugnada – o que, por si, já indicaria que a fase consultas exerceria, em algum grau, “pressão” sobre o Estado demandado.

Neste ponto, importante analisar a Diretiva 2009/28/CE do Parlamento e do Conselho Europeu – que também tem reflexos no DS459, como será visto. Dentre seus 97 “considerandos”, a norma indica que:

o controle do consumo de energia na Europa e a utilização crescente de energia proveniente de fontes renováveis, junto com a economia de energia e o aumento da eficiência energética, constituem partes importantes do conjunto de medidas necessárias para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e cumprir o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, bem como outros compromissos, assumidos a nível comunitário e internacional, de redução das emissões de gases com efeito estufa para além de 2012 (...)

Entretanto, a mesma norma, logo após parecer apresentar preocupação com a redução de emissões, parece “alternar seu foco” para o protecionismo comercial, ao considerar que os incentivos à utilização e expansão dos transportes públicos e a utilização, por estes, de energia provenientes de fontes renováveis são alguns dos instrumentos mais eficientes a serem manejados pela Comunidade Europeia, “para reduzir sua dependência da importação do petróleo para o setor dos transportes – alegação voltada à chamada “segurança energética”²¹ – e influenciar o mercado dos combustíveis para os transportes”.

Ou seja, já nos “considerandos” da diretiva nota-se que a mesma parece oscilar entre preocupações ambientais e econômicas, mostrando-se difícil a apreensão do real intuito da norma: a preocupação climática é real ou apenas um argumento utilizado para tentar “legitimar” as medidas de proteção à indústria doméstica de biocombustíveis?²²

Conforme exposto, embora possa-se defender que a finalidade da Diretiva ora analisada é efetivamente a preocupação com as mudanças climáticas (e não a proteção da indústria doméstica), o fato é que as alegações da Argentina – ou ao menos, algumas delas – poderão ser acolhidas pelo órgão de solução de controvérsias da OMC, na medida em que o argumento de tratamento discriminatório – entre biodiesel comunitário e estrangeiro – teria grande chances de sucesso, entende-se.

No DS459 também foi apresentado pedido de consultas pela Argentina à UE e alguns dos seus Estados-Parte (Bélgica, França, Itália e Polônia) a respeito das Diretivas 2009/28/EC e 2009/30/EC (que, reformando diretiva anterior e, em relação ao petróleo e das normas domésticas Estados-Parte teria criado: a) subsídios para o setor de biodiesel europeu, e b) medidas para promover o uso de energia originada de fontes renováveis, introduzindo mecanismo para controlar e reduzir as emissões de gases de efeito estufa em conjunto com medidas para sua implementação no nível doméstico.

Em atenção ao item “a”, a Argentina considerou que tais diretivas e as normas editadas nos âmbitos dos países estabelecem critérios de sustentabilidade que os biocombustíveis devem cumprir

20 Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-12913>. Acessado em: 15 jun. 2015.

21 Voltada à redução da dependência de fontes estrangeiras de energia (WU; SALZMAN, 2014, p.417).

22 O aprofundamento desta discussão, entretanto, foge ao escopo do presente artigo.

para serem considerados na medição de cumprimento dos objetivos dos Estados-Parte no campo de energia renovável, bem como que tais produtos podem ser beneficiar de incentivos por seu uso. Para serem considerados sustentáveis, tais produtos devem, entre outros critérios, resultar na diminuição de pelo menos 35% das emissões de gases de efeito estufa – em relação aos combustíveis fósseis. Neste ponto, a Argentina aponta, expressamente, que ela não se opõe ao uso do critério de sustentabilidade ou a uma metodologia que permita o cálculo de redução das emissões de gases de efeito estufa – consideração que apresenta um grau positivo de conscientização da Argentina quanto à relevância da proteção do clima, o que se mostra positivo na discussão seu grau de compromisso climático.

Entretanto, e apesar de considerar que sua produção doméstica já resulta em importantes reduções na emissão de gases de efeito estufa, a Argentina defende que o patamar de 35% fixado pela União Europeia seria arbitrário, sem justificação científica nem tampouco fixado por um reconhecimento organismo internacional ou em um “standard” internacional (requisitos que dizem respeito, especialmente ao Acordo TBT). Teria sido designado por estas medidas ao biodiesel de soja o valor padrão de 31%, impedindo que fosse considerado sustentável para os compradores europeus. Assim, os exportadores argentinos teriam, alternativamente, que: i) calcular a economia de emissão em cada remessa do produto (requerimento adicional, com aumento de custos); ou ii) demonstrar o cumprimento do patamar de 35% (critério de sustentabilidade) por intermédio de um mecanismo voluntário que a Comissão Europeia poderá decidir reconhecer para tal finalidade (a Câmara Argentina de Biocombustíveis teria apresentado um mecanismo voluntário à Comissão, para seu reconhecimento, em 2010 que, até o momento do início das consultas, não teria sido aprovado). Foram repetidos, no DS 459, praticamente os mesmos dispositivos dos acordos da OMC como tendo sido violados pela UE (e os outros Estados-Membros) no DS 443.

Em relação às medidas adotadas domesticamente por alguns dos Estados-Membros da União Europeia, em cumprimento às diretivas acima mencionadas e da Diretiva do Conselho 2003/96/EC (que reestrutura o regime da Comunidade Europeia para taxação de produtos elétricos e eletricidade), a Argentina apontou a regulamentação adotada pela Bélgica teria determinado que qualquer companhia que produza combustíveis e/ou produtos de diesel para o consumo também deverá produzir certas quantidades de biocombustíveis sustentáveis, sendo que apenas os biocombustíveis produzidos na UE seriam considerados “sustentáveis”. Excluído o biodiesel produzido na Argentina – por não poder ser considerado sustentável – este não poderia ser incluído nas obrigações de incorporação trazidas pelas medidas europeias, nem também poderia beneficiar-se da redução de impostos concedidas apenas àqueles considerados sustentáveis.

As medidas impugnadas também preveriam a aplicação de tarifas menores ao diesel que contenha certo percentual de ester metílico de ácido graxo, produzido em unidades produtivas aprovadas pela administração local – sendo que somente unidades localizadas no território de um Estado Membro da UE poderiam receber tal aprovação. Além de infringirem o GATT 1994, a Argentina entende que tais medidas também constituiriam subsídio proibido, vez que concedido apenas ao combustível produzido na UE. Caso não seja considerado proibido, tais medidas seriam, ao menos, subsídios com efeitos adversos (que também seriam ilícitos nos termos do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias – Acordo SCM).

Em relação às medidas adotadas pela França, o problema residiria na redução de tarifas/impostos a alguns tipos de biocombustíveis, incluindo o biodiesel, dentro de limites fixados em licença e sujeitos a certas condições. Segundo a Argentina, tal redução de impostos configuraria um subsídio proibido, uma vez que contingente ao uso de biodiesel produzido na UE – ou, ao menos, subsídios acionáveis, por gerar efeitos adversos.

As várias medidas italianas contestadas pela Argentina estabelecem obrigação de incorporação de uma cota mínima de biocombustíveis aos combustíveis fósseis utilizados para transporte terrestre, sendo que o percentual de biocombustíveis seria calculado anualmente com base no valor

total calórico dos combustíveis destinados ao consumo no ano anterior. Apenas os biocombustíveis que cumprirem com os requisitos de sustentabilidade previstos nas normas italianas poderiam ser levados em consideração nesse cálculo – e o cumprimento da obrigação de incorporação seria monitorado por intermédio de certificados de disponibilização do produto no mercado, concedidos por Ministério italiano, sendo que cada certificado corresponderia à liberação para o consumo de 10 giga calorias. A obrigação de incorporação seria cumprida por aqueles que possuem número suficiente de certificados. Entretanto, os biocombustíveis produzidos na UE e obtidos a partir de matéria prima cultivada no território da UE ou por resíduos ou subprodutos nela produzidos recebem um incremento (fictício) de 20% em sua contribuição energética – o que lhes garante um benefício em relação ao produto estrangeiro.

Por fim, os biocombustíveis importados, de acordo com a legislação italiana precisam receber licença de importação para cada embarque – providência que aumenta os custos de importação. Além de infrações ao GATT 1994, as medidas italianas também infringiriam, de acordo com a argumentação argentina, o Acordo TRIMS²³, uma vez que configurariam medidas de investimentos relacionadas ao comércio de bens inconsistente com o princípio do tratamento nacional.

Segundo as normas polonesas, as empresas e indivíduos que comercializam combustíveis para o transporte terrestre devem incorporar um percentual mínimo de biocombustíveis, no patamar de 7,1%, calculado com base no valor calórico dos combustíveis. Entretanto esse percentual é reduzido, em 15%, quando existe comprovação do uso de pelo menos 70% de biodiesel obtido por intermédio de matérias primas cultivadas no território da Polônia, de outro Estado-Membro da UE ou de membro da Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA, em sua sigla em inglês). Do mesmo modo que as medidas italianas, a Argentina considera que as regras implementadas pela Polônia também infringem o GATT 1994 e o Acordo TRIMS.

Para além as considerações acima apresentadas que apontam que, em nesses 2 casos, até o momento, não foi sequer iniciado o procedimento contencioso propriamente dito, com o requerimento de instalação de painel, aponta-se que se supõe difícil defender que a UE e Estados-Membros teriam sucesso na defesa das medidas criadas, ainda que voltadas à proteção do clima. Isso porque, na esteira do “Caso FIT”²⁴, a inclusão de condições às medidas – como diminuição de impostos ou ganhos fictícios de produtividade ou ligadas a utilização de “conteúdo local” (por exemplo, a utilização de matéria prima produzida domesticamente) – que parecem presentes nos casos ora analisados, ao menos em parte – seriam empecilho ao reconhecimento da validade de tais políticas (alegadamente de natureza ambiental) em confronto com as regras da OMC. Além disso, a insistência da inclusão de tais condições criaria a desconfiança de que sua real intenção não é a proteção do meio ambiente (sendo esta preocupação indireta ou, até mesmo, mera justificativa apresentada como “oficial”), mas o incentivo aos produtores nacionais – menos eficientes – o que feriria frontalmente, entende-se os objetivos principais da Organização Mundial de Comércio (e também, em certa medida, ao próprio objetivo de proteção às mudanças climáticas).

23 Artigo 2.1 e 2.2.

24 “Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program” movidos pela UE (DS426) e Japão (DS412), decididos conjuntamente pelo OSC/OMC em 2013, nos quais, em suma, as medidas canadenses voltadas ao incentivo da produção local de energia solar foram condenadas pelo órgão de solução de controvérsias, por força do requisito de “conteúdo local” (aquisição de um percentual de insumos, como placas solares, de produtores canadenses, para participação no programa de incentivo à produção de energia renovável). Este caso tem tido ampla repercussão, tanto no âmbito da OMC quanto entre ambientalistas, sendo provável a utilização de seus fundamentos como base para os demais casos envolvendo energia renovável que pendem de análise pelo OSC/OMC.

Diferentemente dos anteriores, os casos DS473 e DS480 envolvem a aplicação de direito antidumping, pela UE, a importações de biodiesel originadas da Argentina e da Indonésia. Enquanto no DS480, iniciado em junho de 2014 as partes seguem em consultas – serem terem, até o momento remetido o caso à apreciação de um painel – no DS473, iniciado em janeiro de 2014 o painel foi estabelecido definitivamente em fevereiro de 2015 não tendo, até o momento apresentado suas conclusões (o prazo de 6 meses para apresentação de seu relatório pode ser estendido para 9 meses, segundo o Entendimento).

Conforme mencionado anteriormente, nestes 2 casos a UE também é considerada, por Argentina e Indonésia, como infratora das regras da OMC – agora não pela implementação de medidas supostamente voltadas à proteção do meio ambiente, mas pela imposição de medidas de defesa comercial que penalizam o ingresso de biodiesel produzido em outros países que, no entender da UE, estaria gerando competição predatória em relação à produção europeia.

No DS473 a Argentina alega, inicialmente, que as a investigação e as medidas antidumping provisórias e definitivas aplicadas pela UE às importações de biodiesel originária da Argentina seriam inconsistentes com o Acordo Antidumping e com o GATT 1994, especialmente porque os cálculos de preço de produção do produto, de construção do “valor normal”, nível de lucro e dano não teriam sido adequadamente determinados pela UE, nem tampouco objetivamente avaliados (no alcance da relação causal entre as importações com “dumping” e o dano à indústria doméstica), além de o preço de exportação e o “valor normal” não terem sido comparados de maneira justa, desconsiderando-se fatores que afetam a comparação de preços, como diferenças na taxação; a UE também teria deixado de oportunizar às partes interessadas – importadores – a possibilidade de apresentação de informações relevantes para as investigações.

Neste caso, Rússia e Indonésia requereram seu ingresso como terceira parte, o que foi admitido pelas partes principais. Uma vez que estas não alcançaram acordo para solução da questão, a Argentina requereu, em março de 2014, o estabelecimento de um painel –definitivamente estabelecido apenas em fevereiro de 2015, cuja composição foi definida pelo Diretor-Geral da OMC (já que as partes também não teriam alcançado avença neste ponto)²⁵.

O DS480 que, desde junho de 2014 encontra-se em fase de consultas entre Indonésia e União Europeia, para além de apresentar argumentos em muito semelhantes àqueles ventilados pela Argentina no DS473, incluiu, dentre outros, o suposto descumprimento da obrigação que a União Europeia teria de explorar possibilidades de aplicação de remédios construtivos antes de aplicar a medida antidumping, deixando de aceitar as condições apresentadas pelos produtores indonésios e ainda, desconsiderando a posição da Indonésia como país em desenvolvimento.

Resta claro da apresentação destes últimos 2 casos que, até o momento, a questão ambiental não foi objeto de qualquer discussão – e provavelmente sequer o será, uma vez que o Acordo Anti-dumping, ao contrário de outros textos normativos no âmbito da OMC, não possui nenhuma “exceção ambiental” – normas que permitiram a aplicação de direitos antidumping quando configuradas determinadas situações consideradas benéficas à proteção do meio ambiente.

As partes reclamantes travaram, exclusivamente, discussões de natureza comercial, buscando afastar a imposição da medida de defesa comercial aplicada pela UE ao biodiesel exportado por Argentina e Indonésia. Nestes 2 casos, portanto, a UE parece afastar-se de sua posição como superpotência climática reformista, na medida em que estaria adotando medidas que restringem o ingresso de biocombustíveis em seu território, buscando a proteção da produção doméstica do

²⁵ Estabelecido em dezembro de 2015, o painel precisou ser rearranjado, por força do pedido de desligamento de um dos painelistas. Apenas em fevereiro de 2015 o painel foi definitivamente composto.

produto – que seria, segundo Argentina e Indonésia, menos eficiente (ou, ao menos, com menor preço) do que a produção destes últimos.

Como o órgão de solução de controvérsias se manifestaria diante de alegações voltadas à proteção do clima no âmbito de discussão inicialmente limitada à aplicação de medidas comerciais (direitos antidumping)? Seria possível aos reclamantes incluir em suas manifestações discussões a respeito da importância dos biocombustíveis na redução das emissões gases de efeito estufa? Infelizmente, nos parece que alegações nesse sentido, em especial no âmbito do Acordo Antidumping, teriam poucas chances de sucesso e talvez não tivessem sequer repercussão na manifestação do painel. A solução para tais questões virá, um dia, com a manifestação do OSC/OMC.

4 CONCLUSÕES

Embora o órgão de solução de controvérsias ainda não tenha tido oportunidade de manifestar-se sobre a questão dos biocombustíveis no âmbito da OMC, concluímos que, nos casos até o momento enviados ao OSC/OMC, ainda parece existirem dificuldades – da organização e de seus Estados-Membros, de lidar com o tema das mudanças climáticas. Percebe-se a princípio que os valores defendidos pelo regime comercial tais como a não-discriminação e a liberalização comercial prevalecem sobre o valor da proteção ambiental.

A UE, em 2 dos casos analisados estaria tentando manter seu alto grau de compromisso climático, buscando medidas voltadas à redução de emissões de gases de efeito estufa. Entretanto, a própria arquitetura das medidas – que incluem elementos voltados ao “conteúdo local” e vantagens concedidas a produtos produzidos pela indústria doméstica – acaba enfraquecida diante dos cânones da OMC, que é a não discriminação (nela incluída o princípio da nação mais favorecida e do tratamento nacional). Mais que isso, a presença de tais elementos, conforme mencionado, acaba por gerar desconfiância sobre seu real escopo: se a proteção ao meio ambiente é a função última da medida, por que gerar benefícios a produtores nacionais (menos eficientes, ao menos em termos de custos de produção, do que o produtor estrangeiro)?

Eliminados o elemento de conteúdo local e os benefícios à produção doméstica, entende-se que o posicionamento da EU (perante o OSC/OMC) estaria absolutamente alinhado a sua posição de superpotência reformista, buscando diminuir a quantidade de combustíveis fósseis utilizados em seu setor de transporte, medida que poderia ser legitimada pelo OSC/OMC, por preservar os benefícios ao meio ambiente de uma política enquanto elimina os efeitos protecionistas. Argentina e Indonésia, consideradas pela teoria analisada como potências médias conservadoras, parecem manter esse posicionamento nestes 2 casos, na medida em que defendem a proteção ao livre comércio internacional – com baixo compromisso climático.

Já nos casos de aplicação de medidas antidumping a situação parece inverter-se: a UE passa a defender a proteção do comércio livre – onde não se admitem práticas consideradas predatórias pelo país importador, como aquelas ligadas a produtos exportados abaixo de seu preço de custo. A discussão nesses casos, conforme visto, girou em torno especialmente da metodologia aplicada pela UE para aplicar as medidas antidumping. Ou seja, é possível que os importadores realmente produzam biodiesel de forma mais eficiente (utilizando menos recursos naturais e econômicos) e que a UE, ainda assim, prefira privilegiar sua produção doméstica. Ao contrário, os exportadores podem mesmo estar aplicando valor irreal ao produto (abaixo do “valor normal”), buscando “quebrar” a indústria europeia. Diante do contexto - em que não houve, até o momento, manifestação do OSC/OMC, não nos parece possível avançar na investigação de tal hipótese.

Pode dizer-se, ao menos, que os 2 últimos casos analisados confirmam a tendência

crescente, nos últimos anos, de os Estados passarem a manejar, cada vez mais, mecanismos unilaterais (como as medidas de defesa comercial, nelas incluído o “antidumping”). Aponta-se, inclusive, que as consequências ambientais negativas desses novos conflitos, que vão além dos casos envolvendo biocombustíveis, poderão ser maiores nos casos de defesa comercial do que nos demais casos levados ao OSC/OMC, razão pela qual, para “reduzir a ameaçada de uma guerra de comércio verde” pode ser sugerido uma reforma das regras nacionais de medidas comerciais.

Entende-se que todas as considerações – e até mesmo as dúvidas - apresentadas neste ensaio deverão informar e ecoar na Organização Mundial de Comércio, tanto em suas instâncias de negociação quanto nas decisões de seu órgão de solução de controvérsias, nos próximos anos. Deve-se buscar a cooperação dos Estados para o alcance de soluções céleres e eficazes para as mudanças climáticas, assim como permitir a participação de outros atores – para além dos Estados-Membros (organizações não governamentais, outras organizações internacionais, iniciativa privada, academia, etc.) - nas discussões (e disputas) que ocorrem em seu âmbito.

Não somente a OMC, mas todo o sistema multilateral – que estaria se tornando inábil para resolver as questões que passaram a assolar o globo²⁶ - precisará adaptar-se às novas necessidades, buscando alterações em sua própria estrutura, refletindo um arranjo mais flexível, menos focado na soberania dos Estados e, até mesmo, menos “apegado” aos tradicionais cânones contidos no princípio da não discriminação. O órgão de solução de controvérsias tem muito a contribuir neste campo, na medida em que poderá completar os conteúdos dos textos dos tratados desta organização de modo a conferir “interpretação conforme” às novas necessidades²⁷ - como, por exemplo, na discussão sobre “like products”, no que diz respeito à comparação entre a produção de energia renovável e não renovável.

A OMC também poderá contribuir, especialmente em por intermédio de seus foros de negociação, para a consolidação da percepção dos riscos e para o estabelecimento de um mecanismo de avaliação da definição dos objetivos de políticas para as questões climáticas, elementos essenciais para que se alcance um “ponto ótimo coletivo” (BADIE; SMOUTS, 1999, citado por VIOLA; FRANCHINI; RIBEIRO 2013, p.81). O comportamento das sociedades precisará ser alterado, para equilibrar preocupações com o meio ambiente e as forças de mercado.

Diante da inegável importância do comércio internacional em um mundo globalizado, onde a interação entre seus atores é cada vez mais intensa (por intermédio, dentre outros, das cadeias globais de valor), entende-se que a OMC, organismo multilateral que ainda possui reconhecimento, em alguma medida, tanto por seus membros quanto pelos demais atores da arena internacional, como o mais importante fórum de discussões sobre temas de comércio internacional, não poderá furtar-se às discussões sobre a questão climática, ao menos quando estas tiverem repercussões de natureza comercial. Ao contrário das mensagens diretas e indiretas que a OMC (formado por seus Estados-Parte) vem buscando difundir sobre sua atuação, vistas acima, as mudanças climáticas também são de responsabilidade da OMC.

26 O esgotamento do multilateralismo para reger as relações globais é assunto muito relevante que, por força dos limites do presente ensaio, deixará de ser aprofundado.

27 O OSC/OMC, assim como todas as instituições internacionais, devem preocupar-se, cada vez mais, em evitar a perda de coerência em suas manifestações, sob pena de criar-se um sistema de solução de controvérsias dotado de insegurança (jurídica) suficiente para fazer com que seus usuários (os Estados, em regra) deixem de manejá-lo. Pode-se perquirir, inclusive, se a situação dos casos de biocombustível analisados já não seria reflexo desta “fuga” dos países dos órgãos de solução de controvérsias que eles mesmos criaram. A resposta a esta dúvida, entretanto, extrapola os limites do presente trabalho. Sobre o tema do declínio de coerência nos regimes internacionais (KEOHANE, 2012).

REFERÊNCIAS

HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*. 3a ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KEOHANE, Robert O. 'Twenty Years of Institutional Liberalism'. In: *International Relations*, vol. 26, n. 2, Junho 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, *WTO E-Learning: Trade and Environment*, 2013. Disponível em: https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_513/CourseContents/TE-R3-E-Print.pdf. Acessado em: 10 jun. 2015.

TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia. *The Regulation of International Trade*. Londres: Routledge, 2013.

VIEIRA, Andréia Costa. 'A OMC e o Policy Space dos Estados: Questões de Flexibilidade, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas no GATT e no GATS'. In: AMARAL JR., Alberto do; CELLI JR., Umberto (orgs.) *A OMC – Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

VIOLA, Eduardo; FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thaís Lemos. *Sistema Internacional de Hegemonia Conversadora – Governança Global e Democracia na Era da Crise Climática*. São Paulo: Annablume, 2013.

WU, Mark; SALZMAN, James. 'The next generation of trade and environment conflicts: the rise of green industrial policy'. In: *Northwestern Law Review*, n. 108, 2014. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=nulr>. Acessado em: 25 jun. 2015.

Recebido em: 19/03/2018

Aprovado em: 22/06/2018

Como citar este artigo (ABNT):

SILVA, Alice Rocha da; MARTINS, Natalia Camba. Potências climáticas e o órgão de solução de controvérsias da OMC: o caso dos biocombustíveis. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.45-58 jan./abr. 2018. Disponível em: <http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>. Acesso em: dia mês. ano.

NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: PARÂMETROS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS COM ENFOQUE NA CALENDARIZAÇÃO SUSTENTÁVEL¹

PROCEDURAL TRADING: LEGAL AND DOCTRINE PARAMETERS WITH A FOCUS ON SUSTAINABLE SCHEDULE

Magno Federici Gomes²

Camilla Botrel Calixto³

Vinicius Moreira Diniz⁴

RESUMO: O artigo analisa os parâmetros legais e doutrinários da negociação processual, incorporada com maior extensão ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), compreendendo sua união junto às formas jurisdicionais tradicionais de solução de conflitos. O foco, entretanto, direciona-se aos negócios regulamentados como calendarização sustentável, espécie que possibilita a criação de uma agenda com definição de datas para a prática de determinados atos processuais, garantindo, assim, a aplicação da dimensão jurídico-política da sustentabilidade. Portanto, utilizando o método teórico-documental e a técnica dedutiva, conclui-se que os acordos permitem maior participação às partes, eficiência e celeridade nos procedimentos perante o Poder Judiciário.

Palavras-chave: CPC/2015; acordo processual; negociação processual; calendarização sustentável.

ABSTRACT: This study analyses the legal and doctrinal parameters of procedural trading, which was brought up into the Brazilian legal system by Civil Procedure Code 2015, understanding its incorporation to the traditional jurisdictional modalities of conflict resolution. The focus, however, will be directed to the trading regulated as sustainable schedule, institute that enables you to create a calendar, which contains the dates to perform certain procedural acts, which ensures the application of sustainability legal and political dimension. Therefore, through *theoretical*-documentary method and deductive technique, one may conclude that the trading allows a greater participation of the parties, efficiency and swiftness in the procedural lawsuit.

Keywords: New CPC; plea bargain; procedural trading; sustainable schedule.

1 Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA, NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

2 Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa/Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto/Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA.

3 Pós-graduada em Direito de Empresa e graduada em Direito e em Relações Internacionais pela PUC Minas. Advogada.

4 Graduado em Direito pela PUC Minas. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A negociação processual, instituto introduzido de forma mais abrangente no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), tem como essência o diálogo entre as partes e litisconsortes, a fim de lhes permitir a avença de um acordo sobre o procedimento a ser seguido em uma ação futura ou em curso.

O objetivo deste trabalho, portanto, é compreender como ocorrerão os acordos procedimentais no âmbito judicial, de maneira focada na calendarização processual, destacando, ainda, suas principais características, finalidades, bem como sua relação direta com o princípio da sustentabilidade.

Por sua vez, o problema que se pretende responder é qual ou quais são as vantagens que a negociação processual apresentará às partes.

Por isso, necessário se faz, em primeiro lugar, tecer algumas considerações a respeito do acréscimo da autonomia privada dos sujeitos processuais por meio da união da natureza contratual com a processual, ou seja, das técnicas alternativas de resolução de conflitos em conjunto àquelas tradicionalmente utilizadas no Poder Judiciário.

Posteriormente, percebendo que os negócios processuais pertencem a categoria de fato jurídico, impera-se considerar alguns limites à sua realização, os quais se consolidam por meio dos pressupostos de existência, de validade e de eficácia.

Mostra-se, ainda, indispensável para a compreensão do tema, a conceituação e diferenciação entre negociação processual típica e atípica, analisando de maneira ímpar as normas relativas à calendarização, espécie de acordo processual por meio da qual será possível a delimitação de um calendário com datas em que deverão ser praticados determinados atos.

Por fim, utilizando-se do método teórico-documental e da técnica dedutiva, em conjunto a realização de uma pesquisa bibliográfica e por meio de uma análise qualitativa dos dados, tratar-se-á acerca da adequação do princípio da sustentabilidade, sob a ótica de sua dimensão jurídico-política, no âmbito processual, por intermédio da calendarização.

Tem-se nesses modelos de contratos em geral uma importante inovação, além de grande relevância prática e teórica do tema no cenário processual atual, em virtude da constante busca pelo aprimoramento dos meios de solução do litígio.

2 A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

O capítulo, inicialmente, aborda a relação do regramento instrumental brasileiro vigente com aquele que foi revogado, enquanto foca no tema da negociação processual, demonstrando a influência da autonomia das partes em sua concretização.

Adiante, delimita-se o fundamento e os limites de uma avença processual, bem como diferencia-se aquelas que são típicas das não delimitadas em lei.

A Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015), é a primeira regra processual na história do Direito brasileiro a ser promulgada de forma totalmente democrática, possuindo em seu bojo características inerentes a esse regime de governo (SIQUEIRA, 2014, internet).

E em razão da própria essência democrática, o CPC/2015 segue o modelo multiportas, o qual se mostra adepto a união de soluções jurisdicionais tradicionais aos meios alternativos de resolução dos litígios, alinhando-se a uma tendência inovadora que privilegia mecanismos variados de resolução de demandas (THEODORO JUNIOR *et al*, 2015, p. 241).

Assim, percebe-se nos arts. 165, 167, 319, inciso VII⁵, entre tantos outros, do CPC/2015, uma primazia pela autocomposição, seja a conciliação, mediação e/ou arbitragem.

Nesse sentido, comparando o CPC/1973 com o atual, percebe-se que o legislador infraconstitucional decidiu abdicar do caráter confrontador entre as partes e trouxe princípios e procedimentos com o intuito de consolidar uma comparticipação⁶ entre os sujeitos processuais, privilegiando a cooperação em busca de um provimento final.

Dessa forma, com forte influência na autonomia privada, tem-se que as partes devem conjuntamente, mas de maneira individualizada, buscar meios ou formas que lhes auxiliem na resolução de suas disputas.

Nos dizeres de Theodoro Júnior e outros (2015, p. 260): “[...] há de se admitir a cooperação das pessoas interessadas que as atribua uma função de ativa no processo com as respectivas faculdades e esferas de livre disposição, inclusive com impactos para o juiz”.

Com esse fundamento, a recente regulamentação processual beneficia as partes com uma nova modalidade de flexibilização do procedimento – não tão inédita no ordenamento jurídico brasileiro⁷ –, o que as permite promover um acordo processual em conformidade com as normas dispostas nos arts. 190 e 191, do CPC/2015 (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 257).

Com a normatização do “contrato processual”⁸, o CPC/2015 une duas formas, aparentemente, dicotômicas e inconciliáveis, “a de contrato (que parte do acordo) e a de processo (que parte do desacordo), ou, como preferimos, de comportamentos não cooperativos” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 259-260).

No mesmo sentido, vide comentários de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.524-525):

Na base dessa ideia está a conclusão de que o fato de o processo ter natureza muito distante da contratual e de a atividade jurisdicional assentar raízes em pressupostos muito diversos da convenção das partes não implica supor que sejam inadmissíveis acordos em relação a certos atos processuais (MARINONI;ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 524-525).

À vista disso, necessário destacar que, mesmo falsamente discordante, a união das naturezas contratuais e processuais, consolidando a negociação processual, não impede que essa seja efetivamente realizada, desde que em relação a determinados atos.

5 Art. 165 do CPC/2015. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...] Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. [...] Art. 319 do CPC/2015. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (BRASIL, 2015).

6 Art. 6o do CPC/2015. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

7 Sem dúvida já havia institutos no CPC/1973 que permitiam eventuais tratativas para o desenvolvimento processual, sejam: acordo de eleição de foro (art. 111); convenção sobre prazos dilatatórios (art. 181); convenção para suspensão do processo (art. 265, II e 792); convenção sobre a distribuição do ônus da prova (333, parágrafo único); acordo em audiência (arts. 447 a 449) e, entre tantos outros, acordo de partilha (art. 1031). Para mais esclarecimentos, ver: CUNHA (2014, internet).

8 “Deve-se entender por esta expressão todos os acordos realizados na pendência de um processo judicial que disciplinam o modo como o magistrado deverá conduzir a tramitação da causa, visando sempre a prestação da tutela jurisdicional (MARINONI;ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 524).

Assim, verifica-se que, apesar das mesmas bases teóricas utilizadas para a criação dos meios alternativos de solução dos litígios⁹, “o acordo processual não visa solucionar o conflito, mas regulamentar nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução, isto é, o exercício da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 261).

Portanto, cabe aos sujeitos processuais, com base na autonomia privada, convencionar entre si, com fundamento na teoria da comparticipação processual, como se dará o exercício da jurisdição, isto é, escolher a forma em que acreditem ser melhor para a solução de suas demandas, sem a necessidade de homologação judicial¹⁰. Leia-se:

Não se trata de negócio jurídico sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que derogam normas processuais (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 381).

Tendo em vista a importância da temática, necessário se faz esclarecer os requisitos para a sua efetivação, isto é, apontar os pressupostos de existência, de validade e de eficácia dos contratos processuais, eis que, apesar do considerável aumento da autonomia das partes no âmbito processual, não há permissão absoluta à elas para dispor sobre as regras a serem adotadas ao longo do processo.

2.1 Os pressupostos e limites do acordo processual

O acordo processual está sujeito à teoria do fato jurídico, até por se tratar de uma espécie de *negócio jurídico*, e, por isso, deve-se atentar a três planos que irão influenciá-lo: o da existência¹¹, o da validade¹² e o da eficácia¹³.

Conforme Redondo (2013, p. 24), o plano da existência atua como um pressuposto basilar e fundamental para os demais¹⁴, isto é, *existindo* um negócio jurídico, particularmente um negócio jurídico processual, ele mesmo “pode ser válido e eficaz, válido e ineficaz e inválido e eficaz” (NOGUEIRA, 2011, p. 160), cabendo diversas variações destes moldes.

Dessa maneira, para existir um acordo haverá a necessidade: da figura do agente; da vontade manifesta; do autorregramento desta¹⁵; do objeto; e da forma prescrita em lei.

Configurados estes elementos, o negócio processual deverá seguir os requisitos da validade, dispostos na norma do art. 104 do Código Civil brasileiro (CC/2002)¹⁶, sendo eles: a capacidade do agente; o objeto lícito, possível e determinável; e a forma não defesa em lei.

9 A influência da autonomia privada, gerando a comparticipação entre as partes.

10 Art. 200 do CPC/2015. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (BRASIL, 2015).

11 Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos (MELLO, 2013, p. 96).

12 Se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não têm qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante (MELLO, 2013, p. 97).

13 O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos, deveres, obrigações, ações e exceções ou os extinguindo (MELLO, 2013, p. 98).

14 Não há como falar em validade e eficácia sem que a existência tenha se consubstanciado.

15 No processo o autorregramento da vontade é bem mais restritivo do que nas relações de direito privado. Em muitos negócios processuais, inclusive, os efeitos já estão todos pré-estabelecidos na norma processual (NOGUEIRA, 2011, p. 163).

16 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

Em relação à capacidade do agente, alerta Didier Júnior (2015, p. 385):

[...] é a capacidade processual o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015 [...]. A observação é importante pois [...] o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 385).

Portanto, deve-se observar tanto a capacidade civil quanto a capacidade postulatória, assim, mesmo o civilmente capaz, mas juridicamente vulnerável, presumir-se-á incapaz, tais como as posições jurídicas do consumidor e do trabalhador, costumeiramente apontadas como vulneráveis frente às empresas e empregadores, respectivamente (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.386).

São também considerados nesse mesmo padrão aqueles que não estejam representados juridicamente¹⁷.

Na mesma perspectiva, afirma Didier Júnior, ratificado pelo enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualista Civis¹⁸, que a Fazenda Pública também pode celebrar acordo procedimental, não havendo qualquer invalidade, já que, caso esta nulidade ocorresse, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade postulante.

Além disso, necessário observar que poderá o Ministério Público celebrar negócios processuais desde que atue na qualidade de parte, em conformidade com o enunciado nº 253, também do Fórum Permanente de Processualista Civis¹⁹, e com a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁰.

Em relação ao objeto, é neste que se encontra a maior dificuldade na dogmática processual em delimitar concepções sólidas para a sua análise. Neste sentido, vide alerta de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 529):

[...] é preciso observar que o processo possui objetivos próprios, perseguidos com base em direitos fundamentais, de modo que permitir acordos processuais indistintamente pode paradoxalmente implicar perda de liberdade para as próprias partes nele envolvidas. Isso quer dizer que o acordo sobre posições processuais não pode ser realizado à custa de renúncia a direitos fundamentais processuais em atenção apenas à vontade das partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 529).

Ora, verifica-se uma limitação ao objeto processual, qual seja, a impossibilidade de renúncia aos direitos fundamentais processuais e constitucionais, por exemplo, não são admissíveis o acordo para modificação de competência absoluta, o acordo para supressão da primeira instância²¹ e nem aqueles firmados com afronta ao direito do contraditório ou da isonomia (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 529).

Da mesma forma, apesar de não haver consenso doutrinário, há que se indagar se possível

17 Enunciado nº 18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual) (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2013, p. 435-437).

18 Enunciado nº 256. (art. 191) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

19 Enunciado nº 253 – (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. (Grupo: Negócios Processuais) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

20 Art. 8º - A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988). (BRASIL, 2014).

21 Enunciado nº 20 – (art. 190): Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância. (Grupo: Negócio Processual) (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2013, p. 435-437).

praticar um acordo procedimental, somente, nas ações em que o direito material é passível de auto-composição ou se é viável a sua aplicação em matérias que não admitam transação.

Inicialmente, necessário ressaltar que se entende, nesse estudo, que a tratativa não está ligada estruturalmente ao objeto litigioso do processo²², já que, apesar de reconhecer que dada convenção acabe afetando o mérito da causa, haverá hipóteses em que mesmo o direito em litígio sendo indisponível, poderá admitir solução por autocomposição. Nesse sentido:

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.

Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos. Assim, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual” (Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em “direito que admita autocomposição” e não “direito indisponível” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 387).

Obviamente que matérias de rol taxativo ou de reserva legal não podem ser objeto do contrato processual. Dessa maneira, não se pode convencionar recurso por negócio processual, muito menos aqueles que tratam sobre o afastamento de regras processuais que visem a proteção de direito indisponível, ou seja, ilícito seria um acordo que vise privar a intimação obrigatória do Ministério Público em uma ação que envolva pessoa incapaz.

No que tange a forma, está claro que se não especificada em lei estará livre para ser estipulada a bel prazer das partes, conquanto, existem casos que há necessidade de forma escrita (foro de eleição e convenção de arbitragem) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 388-389).

Finalmente, deve-se citar que o último plano constitutivo do negócio jurídico, a eficácia, tem como elementos a condição (estado de dependência a um acontecimento futuro); o termo (prazo); o encargo (modo) e as consequências do inadimplemento (juros, multas, perdas e danos), que as partes poderão estabelecer entre si (THEODORO JUNIOR *et al*, 2015, p. 285)²³.

Elucidado o tripé básico para efetiva consolidação de um fato jurídico processual, imperioso notar que o art. 166²⁴, do CC/2002 irá incidir como limitador do acordo em casos de eventuais

22 Entende-se como objeto litigioso do processo – não desconsiderando as diversas posições doutrinárias – o pedido identificado com a causa de pedir, levando em consideração sua abrangência por reconvenção ou pedido contraposto ajuizado pelo réu (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 434-438).

23 Não se desconhece a doutrina de Barbosa Moreira que defende a impossibilidade de aplicação da condição e do termo nos negócios processuais, sob pena de atentar contra a certeza e segurança jurídica no curso do procedimento. Contudo, prefere-se a utilização dos preceitos teóricos apresentados por Greco (2011), já que se considera, apesar do valor cogente da norma processual, nada impedir as partes de ajustarem a suspensão do processo de execução pelo tempo necessário ao pagamento do crédito em prestações mensais ou periódicas (art. 921, inciso V c/c o art. 916, do CPC/2015) ou mesmo a suspensão do processo de conhecimento por, no máximo, 01 ano (art. 313, inciso II, c/c § 4º, do CPC/2015) (GRECO, 2011, p. 727).

24 Art. 166 do CC/2002. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (BRASIL, 2002).

nulidades, bem como será este anulado nas hipóteses de ocorrências de vícios do consentimento, como por exemplo, um negócio processual celebrado em erro ou após coação.

2.2 Negociação processual típica e atípica

Conforme supra mencionado, o CPC/2015 traz a possibilidade de serem realizados negócios processuais, sendo eles classificados em típicos, isto é, aqueles trazidos como hipóteses regulamentadas ao longo do próprio texto legal, e atípicos, cuja possibilidade pode ser vislumbrada através da cláusula geral de negociação processual disposta no art. 190²⁵ do CPC/2015 (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 377).

Segundo Didier Júnior (2015, p. 380), o referido dispositivo é uma cláusula genérica que evidencia a existência do subprincípio da atipicidade da negociação processual, o qual serve como base para a materialização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade²⁶ no processo civil.

Assim, tem-se a possibilidade de criação de diversos tipos de acordos processuais não previstos expressamente, os quais podem ter como objeto o ônus processual, as faculdades, deveres e poderes, bem como os seguintes exemplos:

[...] acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas [...] (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 381).

Portanto, percebe-se, a capacidade de serem realizados acordos procedimentais durante todo o processo, e até mesmo em uma fase pré-processual, conforme determinação expressa do art. 190 do CPC/2015²⁷.

Já em relação à negociação processual típica, o CPC/2015, ampliou as hipóteses destas convenções, dentre as quais se encontram os acordos de saneamento (art. 357, §2º e §3º), a redução consensual dos prazos (art. 222, § 1º), os de escolha convencional do perito e a calendarização dos atos processuais, cujo tema será abordado mais afundo no presente artigo.

3 A CALENDARIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O acordo de calendarização, previsto no art. 191²⁸, do CPC/2015, se difere daquele estipulado

25 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

26 No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente seus interesses, de poder definir o que reputa melhor e mais adequado para sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 132).

27 Imperioso notar que mesmo eventuais alegações de que a falta de previsão legal das convenções procedimentais atípicas viabilize, na concepção estatalista, a atuação do magistrado em homologá-las, esbarra-se aqui na regra geral do art. 200 em que prescreve a falta de necessidade deste ato para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 291-923).

28 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (BRASIL, 2015).

no art. 190²⁹, na medida em que o primeiro dispõe efetivamente sobre a criação de uma agenda, um “acordo de calendarização”, enquanto o segundo faculta a escolha de quais atos procedimentais serão realizados, mas não necessariamente com previsão de datas. Assim, apesar de semelhantes, os institutos tipificados são extremamente distintos.

Dessa maneira, considerando-se tal diferença, é possível realizar uma calendarização, sem acordo de procedimento, ou o inverso, ou seja, a efetivação do calendário com a convenção destes atos, como explica Theodoro Júnior e outros (2015, p. 295).

De acordo com Almeida (2014, p. 214), o negócio calendarizacional deverá ser pautado no diálogo e no consenso, o que levará a uma diminuição das controvérsias processuais e, consequentemente, a uma maior legitimação procedimental, tudo em virtude do aumento da autonomia e participação dos sujeitos processuais na construção do procedimento.

Entretanto, o mesmo autor alerta que o calendário inserido por convenção processual

pode enfrentar o obstáculo cultural da sociedade brasileira e, principalmente da comunidade jurídica, de pouco ativismo por parte dos jurisdicionados e menor propensão à resolução do conflito por decisões consensuais dos litigantes. (ALMEIDA, 2014, p. 214)

A formação do calendário judicial no início do processo possibilita uma maior celeridade ao trâmite da ação, com o estabelecimento de datas para determinados atos e a consequente liberação da intimação para sua prática.

Nesse sentido, interessante o assentamento de Nery Junior e Nery:

é importante ressaltar que, de modo a assegurar a adequada condução do processo, o ideal seria que na ausência de manifestação das partes a respeito na fase de estabilização da lide, o juiz inquirisse as partes a respeito do interesse na negociação do calendário e do procedimento (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 702, grifo dos autores).

Apesar da colocação dos renomados autores (2015), merece consideração o fato de que se o magistrado questionar as partes acerca de um possível negócio processual e a resposta for negativa, a preclusão do instituto irá depender da espécie de negociação. Isto é, caso as partes, posteriormente, apresentem em juízo somente um acordo de procedimentos – conforme a generalização do art. 190 do CPC/2015 – não há que se falar em preclusão, já que é expresso o comando legal de que se pode formular antes ou durante o processo a referida medida, a única limitação plausível é o impacto da mudança nos serviços da secretaria – porém o benefício temporal é tão grandioso que não há como empregar essa escusa.

Entretanto, se os sujeitos processuais, apresentarem apenas a modificação calendarizacional, sem mudanças no procedimento, pode-se falar em preclusão da medida, já que chamadas a se manifestar, as partes recusaram.

Contudo, sabendo-se de eventual preclusão da medida, a solicitação do magistrado para que os sujeitos se manifestem, pode gerar vício da vontade na celebração do acordo, causando sua nulidade, isto é, a parte pode se sentir obrigada a praticar um negócio processual com o medo de perder sua faculdade.

Por isso, é melhor que o juiz, em nenhum momento, inquiras as partes acerca da celebração de

29 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

um negócio processual, mas nada o impede de, na qualidade de conciliador, sugerir uma espécie de acordo procedimental.

Mesmo nas conjecturas apresentadas, inegável é que a calendarização se configura como um meio de redução do tempo em que os autos processuais permaneceriam na secretaria, além de conceder às partes a previsibilidade de sua duração.

Por outro lado, permite-se uma individualização do procedimento, levando em conta as especificidades de cada caso e permitindo adaptações conforme a necessidade. Diante disso, sabe-se que:

o estabelecimento de calendário no início do processo é, pois, eficiente maneira (i) de adequação do rito às idiossincrasias do conflito, em especial ao tempo necessário para a produção de provas; (ii) de enfrentamento da morosidade do processo civil, com a eliminação de tempos mortos, que consomem em alguns casos até 95% do tempo de tramitação total; e (iii) de propiciar maior segurança jurídica, decorrente da elevada previsibilidade da duração do processo neste modelo (ALMEIDA, 2014, p. 209).

Pontua-se que é possível, em eventual fase pré-processual, uma pactuação acerca dos atos procedimentais que, conforme ensinam Theodoro Júnior e outros (2015, p. 299), possibilitará uma inclusão em um instrumento contratual de normas que previamente delimitem questões e circunstâncias relevantes quanto ao desenvolvimento do procedimento³⁰.

Com isso, mesmo na fase pré-processual ou no curso dela, a calendarização não poderá ser imposta às partes, mas sim, deverá ser o resultado do exercício da autonomia privada em conjunto com o controle judicial³¹, isto é, apesar de se levar em consideração a vontade individual, em caso de dano ao processo ou à sua finalidade, ou ao equilíbrio entre os litigantes, é dever do juiz rejeitá-lo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 528).

Ressalta-se que o juiz não poderá rejeitar o acordo em caso de transação dos prazos peremptórios, já que poderão ser negociados em consonância com o art. 222, § 1º, do CPC/2015, desde que eles não sejam majorados. Vide dispositivo legal: “Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes” (BRASIL, 2015).

Celebrado o negócio, este será posto sobre a apreciação jurisdicional do magistrado, lembrando que não cabe a ele homologá-lo, mas checá-lo em virtude das delimitações que possam ocorrer.

Ora, por se tratar de um negócio jurídico entre os sujeitos e que poderá gerar impacto no funcionamento do juízo – pela regra do *pacta sunt servanda*, o calendário do processo deverá ser rigorosamente cumprido, sob as penas nele estipuladas, ou o juiz deverá, no mínimo, avaliar a própria calendarização, já que esta pode gerar um embaraço no funcionamento administrativo do órgão (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 297).

Sem dúvidas, verifica-se que o legislador infraconstitucional sabendo das funções mais amplas da jurisdição, ao permitir uma autonomia privada em questões procedimentais, joga por terra todos os mais elevados fins daquela, menosprezando todos os valores que conformam o Estado e o *iuris dictio*.

Contudo, ressalva-se que o magistrado está amparado (ou limitado) pelos arts. 139, inciso VI; 190, parágrafo único, e 489, §1º, todos do CPC/2015, para controlar a validade das convenções procedimentais por uma decisão fundamentada.

30 Permite, por exemplo, a abertura para os sujeitos fixarem no contrato, em caso de futuro litígio, que a citação ocorra de maneira desformalizada através do e-mail; limitação ao número de testemunhas de cada parte; renúncia da modalidade de execução provisória (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 299).

31 Enunciado nº 299 – (arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento) (DIDIER JÚNIOR, 2014, internet).

Por fim, tem-se que o instituto da negociação processual, tentando auxiliar a resolução de conflitos através da possibilidade de mudança da forma de exercício da justiça, consolida maior atuação dos sujeitos processuais, ao contrário do protagonismo judicial antes recorrente no CPC/1973, visando aumentar a eficiência judicial e a velocidade do trâmite das ações.

4 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A CALENDARIZAÇÃO

A Conferência sobre o ambiente humano realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972, foi a responsável por “inaugurar” a ideia de sustentabilidade³². Naquela época, contudo, era atrelada à noção de desenvolvimento humano, não estando, conseqüentemente, associada a um valor autônomo.

A reunião foi um marco mundial e como resultado gerou uma Declaração final contendo 19 (dezenove) princípios norteadores de um manifesto ambiental, bem como conscientizou os membros da Assembleia Geral a criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

Além disso, quinze anos após o encontro naquele país escandinavo, em 1987, foram publicadas as conclusões da Comissão Brundtland³³ por meio do relatório “Nosso Futuro Comum” que demonstrou, pela primeira vez, o conceito de desenvolvimento sustentável. Assim:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades. [...]

Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas (Relatório Brundtland, Nosso Futuro Comum, 1987) (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

O conceito de sustentabilidade somente foi desvinculado do foco desenvolvimentista em 2002³⁴, ganhando assim autonomia. Nesse sentido, explica Bodnar (2011, p. 329) que o:

conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Jonesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla (BODNAR, 2011, p. 329).

Dessa maneira, entende-se possível a menção de sustentabilidade como um conceito multidisciplinar, complexo, aberto, relacional e não meramente caracterizador de uma forma de progresso estatal, a partir do ano supracitado. Na mesma linha de raciocínio, continua:

32 O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972, p. 01, grifo próprio).

33 Assim nomeada em homenagem a presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Gro Harlem Brundtland (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

34 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: Bizawu; Gomes, 2016, p. 18-21. E ainda para estudar a teoria do decrescimento para “retorno ao equilíbrio ambiental”, ver: Battezzini; Reginato (2017, p. 62-64).

Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão 'sustentabilidade', ao invés de *desenvolvimento com o qualificativo 'sustentável'*. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor (BODNAR, 2011, p. 329-330, grifo próprio).

Ora, em razão da importância do conceito, a sustentabilidade adquire uma força jurídica em que deve ser considerada como valor fundamental dos estados constitucionais contemporâneos.

É assim que Canotilho (2010), citando Peter Häberle, afirma ser "tempo de considerar a sustentabilidade como *elemento estrutural típico* do Estado que hoje designamos Estado Constitucional" (HÄBERLE *apud* CANOTILHO, 2010, p. 08, grifo do autor).

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que os vestígios constitucionais da sustentabilidade se encontram, principalmente, nos artigos dispostos em três títulos da Constituição da República de 1988 (CR/1988), quais sejam, Título I – Dos Princípios Fundamentais (art. 3º, inciso IV), Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, inciso VI) e Título VIII – Da Ordem Social (art. 225). Veja-se:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...] IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*
[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
[...] VI - *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*
[...] Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (BRASIL, 1988, grifos próprios).

Dessa forma e tendo em vista estes preceitos normativos constitucionais, Freitas conceitua o princípio da sustentabilidade como:

o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a *responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar* (FREITAS, 2012, p. 41, grifo próprio).

A calendarização processual, como espécie de negócio jurídico típico, possui uma correlação grandiosa com o princípio da sustentabilidade, isto é, o próprio instituto procedimental reforça a ideia de um desenvolvimento sustentável, consolidando a releitura dos ramos jurídicos segundo aquele princípio.

Nesse sentido, ao instituir a responsabilização do Estado e da sociedade pela efetivação do desenvolvimento material, tem-se que o instituto da calendarização se conforma com o cânone da sustentabilidade, especificadamente com a dimensão jurídico-política deste princípio³⁵, sendo ela a que:

35 A sustentabilidade possui um conceito pluridimensional, não se vinculando apenas à preceitos ecológicos-ambientais, mas pertence, também, há dimensões econômicas, éticas, sociais e jurídico-políticas (FREITAS, 2012, p. 55-75). Para aprofundamentos nas dimensões do desenvolvimento sustentável, ver: Gomes; Santos (2016, p. 834-838).

[...] *reflete a disposição para que a sustentabilidade determine, com eficácia direta e imediata, independente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, e assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão [...] no processo de estipulação [...] do conteúdo intertemporal dos direitos de deveres fundamentais das gerações presentes e futuras* (FREITAS, 2012, p. 67, grifo do autor).

Isto é facilmente percebido por meio da eficácia do negócio processual, ou seja, ao celebrar o acordo de calendarização os sujeitos processuais, em conjunto com o Poder Público (partes e juízes) estipulam benefícios que atingem, não apenas a eles, mas as gerações futuras.

Ora, tem-se como proveito da celebração contratual a celeridade do procedimento da tutela jurisdicional, permitindo melhor gestão processual pelos magistrados e secretarias; a redução de gasto processual com folhas e diligências, já que não haverá intimações; a efetivação do princípio da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC/2015), já que se confia que os sujeitos processuais agirão conforme o estipulado; aumenta-se a credibilidade do Poder Judiciário em razão da celeridade com que os procedimentos tramitarão; garante-se a autonomia das partes como um instituto maior do que o protagonismo judicial, conformando com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

É por meio do benefício à população e, principalmente, ao Poder Judiciário que ele deve se engajar na utilização tanto da celebração contratual – seja uma avença calendarizacional ou mesmo de outras espécies – quanto da concretização de medidas sustentáveis.

Afinal, “é o Poder Judiciário que pode dar vida e significado concreto aos mandamentos normativos constitucionais e internacionais que tutelam o ambiente” (BODNAR, 2009, p. 109), já que meras proposições legislativas pontuais pouco ajudaram na efetivação do princípio, em que pese a sustentabilidade apontar para políticas públicas – o que parece inconsistente – ou para reforma hermenêutica dos ramos jurídicos – o que somente pode ser feito por aquele poder que detém a jurisdição.

Assim, dispõe Canotilho (2010) que o:

princípio da sustentabilidade aponta para a necessidade de novos esquemas de direcção propiciadores de um verdadeiro *Estado de direito ambiental*. Isto implica que, ao lado dos tradicionais esquemas de ordem, permissão e proibição vasados em actos de poder público, se assista ao recurso a diversas formas de “estímulo” destinadas a promover programas de sustentabilidade (CANOTILHO, 2010, p. 10).

Portanto, tem-se que além de inovadora e benéfica para a sociedade, a calendarização se conforma com os mais novos princípios estruturantes do Direito e de um Estado Constitucional Contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho buscou-se trazer aspectos no que tange ao instituto da negociação, como um meio alternativo de solução de conflitos aplicado ao processo judicial, a fim de compreender como serão efetivamente materializados os acordos de procedimentos, priorizando a análise da calendarização, contemplada a partir de uma correlação com o princípio da sustentabilidade.

Diante disso, tem-se, inicialmente, que a negociação processual busca uma união das características do contrato e do processo, vistas, aparentemente, como dicotômicas, mas que ao serem analisadas neste contexto, podem trazer aos sujeitos processuais benefícios de flexibilização do procedimento.

O aumento da autonomia das partes é um dos benefícios, cujo alcance ainda sofre indispensáveis restrições pelos pressupostos e limites impostos a tais acordos. Assim, necessário se faz o preenchimento dos requisitos nos planos de existência, da validade e da eficácia.

Nesse sentido cabe, ainda, destacar a discussão apresentada no plano da validade no que diz respeito à possibilidade ou não de se realizar um acordo procedimental em litígios que admitem

solução por autocomposição, diferenciando-se, contudo, daqueles cujos direitos são indisponíveis.

Portanto, pensa-se ser a opção mais aceitável no campo doutrinário o entendimento segundo o qual mesmo em determinada demanda que envolva a discussão de direito material indisponível será admitida a negociação processual, caso seja ela passível de solução por autocomposição.

Ultrapassada esta discussão, é imprescindível a distinção entre negociação típica e atípica. Desta maneira, caracteriza-se como acordo processual típico aqueles trazidos como hipóteses regulamentadas ao longo do texto legal, enquanto os atípicos compreendem a possibilidade de criação de acordos além daqueles dispostos de forma expressa pelo CPC/2015, conforme previsão da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015).

No que tange ao acordo de calendarização, forma mais específica da negociação típica, envolve a criação de uma agenda, com previsão de datas para a prática de determinados atos processuais e permite uma maior celeridade e individualização do procedimento.

O instituto, portanto, aliado ao princípio da sustentabilidade, busca dar maior eficácia ao processo por meio do incremento na autonomia das partes, substituindo, parcialmente, o eminente protagonismo judicial que outrora existia.

Percebe-se, portanto, que o princípio da sustentabilidade conforma-se com o instituto da negociação processual, cujos objetivos induzem o próprio Poder Judiciário a adquirir uma postura mais sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 238 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292>. Acesso em: 15 set. 2016.

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine. Caminhos alternativos para a sustentabilidade: a contribuição da teoria do decrescimento. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 31, p. 56-65, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=3045>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 11, nº 01, p. 325-343, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 06, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19/134>>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º dez. 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 27 jan. 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, 11 jan. 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 jan. 2002. Código Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 08, n. 13, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 15 set. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos-processuais no processo civil brasileiro*. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%ADcios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 13 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Carta de Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. *II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)*. Carta de Salvador. 2013. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/static/emagis2/arquivos/downloads/carta-de-salvador-congresso-dos-jovens-processualistas-em-salvador-2013-2513519.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2646>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

GRECO, Leandro. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*, v. 04, n. 01, p. 720-746, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206/7984>>. Acesso em: 13 set. 2016.

MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o Meio Ambiente*. Brasília: ONUBR, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 16 set. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência da ONU no Meio Ambiente*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 set. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro*. 2013. 226 f. Tese (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SIQUEIRA, Carol. Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>>. Acesso em: 05 set. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Qui-
naud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 2015.

Recebido em: 26/07/2017

Aprovado em: 19/10/2017

Como citar este artigo (ABNT):

GOMES, Magno Federici; CALIXTO, Camilla Botrel; DINIZ, Vinicius Moreira. Negociação processual: parâmetros legais e doutrinários com enfoque na calendarização sustentável. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.59-73, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A PONDERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE BALANCING IN THE BRAZILIAN 2015 CIVIL PROCESS CODE

Anizio Pires Gavião Filho ¹
Gabriela Cristina Back ²

RESUMO: O novo Código de Processo Civil determina no seu art. 489, § 2º, que o juiz realize a justificação da “ponderação” realizada no caso de “colisão entre normas”. O objetivo principal do trabalho é demonstrar as diferentes possibilidades de interpretação do citado dispositivo. Para tanto, imprescindível analisar as possíveis teorias que inspiraram a redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil, bem como as consequências e implicações da adoção dos termos presentes na norma. Nesse sentido, destaca-se a obra de Robert Alexy. O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, no qual será realizada revisão bibliográfica específica e atualizada sobre os temas em análise, com aplicação técnica de pesquisa bibliográfica e documental-legal. Ao final, três diferentes possibilidades de interpretação são apresentadas.

Palavras-chave: Ponderação; normas; interpretação; Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The new Brazilian Code of Civil Procedure determines in its art. 489, § 2, that the judge makes the justification of the “balancing” carried out in the case of “collision between norms”. The main objective of this paper is to demonstrate the different possibilities of interpretation of that rule. For that, it is essential to analyze possible theories that inspired the writing of art. 489, § 2 of the Code of Civil Procedure, as well as consequences and implications of adopting the terms in the named rule. Therefore, the work by Robert Alexy stands out. The paper will be developed using the deductive method, in which a specific and updated bibliographic review will be carried out on the subjects under analysis, with technical application of bibliographical and documentary-legal research. In the end, three different possibilities of interpretation are presented.

Keywords: Balancing; norms; interpretation; Code of Civil Procedure.

1 Doutor em Direito pela UFRGS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP). Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Procurador de Justiça/RS.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (PPGD/FMP).

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem o propósito de discutir a ponderação no Novo Código de Processo Civil.

O Brasil teve três Códigos de Processo Civil. O primeiro de 1939, criado após a Constituição Federal de 1934, fixa a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, revogando os então existentes Códigos estaduais e demais normas. Após, em 1973, foi promulgada a Lei 5.869, a qual criou o novo regulamento do processo civil nacional, conhecido como o Código de Processo Civil de Buzaid. Essa legislação, entretanto, com o passar do tempo, tornou-se insuficiente para tratar dos conflitos envolvendo as relações intersubjetivas, como as que ocorrem na atualidade. Assim, iniciaram-se os estudos que culminaram na edição da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, inaugurando novo marco no estudo do direito processual no Brasil.

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou diversas modificações significativas, uma vez comparado com o de 1973. Dentre elas, destacam-se os princípios da não surpresa e do contraditório dinâmico, modificação do sistema de tutelas provisórias, sistema de precedentes vinculantes, maior exigência de argumentação nas decisões, alterações nos poderes do relator, bem como a modificação do catálogo de recursos.

Dentre as previsões do novo Código, destaca-se a inserida no art. 489, § 2º, que determina justificação da “ponderação” realizada no caso de “colisão entre normas”. Essa redação parece ter desagradado. O objetivo principal desta investigação é demonstrar as diferentes possibilidades de interpretação dessa disposição jurídica. Para tanto, imprescindível analisar os possíveis fundamentos teóricos que inspiraram a redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil, bem como as consequências e implicações da adoção dessas formulações.

Dada a importância da obra de Robert Alexy e seus comentários acerca da ponderação, sua obra será analisada para fins de elucidação da temática e também com objetivo de comparação com estudos de outros juristas, incluindo estudiosos do sistema jurídico brasileiro. O trabalho será desenvolvido utilizando-se o método dedutivo, no qual será realizada revisão bibliográfica específica e atualizada sobre os temas em análise, com aplicação técnica de pesquisa bibliográfica e documental-legal, além da leitura de textos e a análise de documentos normativos.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para uma melhor reflexão sobre tema. Não há pretensão de finalizar o debate, propondo uma única forma de interpretação do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil. O que se pretende, na verdade, é a esquematização de um estudo que busque e sistematize as possíveis interpretações da disposição jurídica, com suas fontes e consequências. Assim, será possível fomentar a discussão acerca do significado da ponderação de normas no Código de Processo Civil.

2 OS FUNDAMENTOS DA PONDERAÇÃO

A ponderação é uma temática complexa e, por isso mesmo, objeto de intensas controvérsias. A disposição do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil, ao falar em “ponderação” e “colisão de normas” não fez outra coisa que não incrementar essa discussão.

A ponderação se insere no contexto da teoria e filosofia do Direito de Robert Alexy desenvolvida nos últimos 40 anos. O que segue tem a pretensão de examinar e lançar as traves elementares da ponderação no âmbito das formulações de Robert Alexy, bem como avaliar como a dogmática jurídica brasileira entendeu a ponderação e se isso faz sentido a partir da disposição jurídica sobre a ponderação disposta no Código de Processo Civil de 2015.

Então, nos pontos seguintes, será feita uma breve explanação acerca das formulações de Robert Alexy sobre a ponderação, bem como a comparação e os comentários de autores brasileiros

sobre o tema. Ressalta-se que o trabalho não tem pretensão de esgotar a discussão ou exaurir o exame da obra de Robert Alexy, mas apenas trabalhar os tópicos necessários para o estudo do problema proposto. Ao final, espera-se apresentar fundamentos suficientes para a ponderação como pretendido no Código de Processo Civil de 2015.

2.1 Direitos fundamentais, princípios e regras

Dentre os juristas que estudaram a ponderação, destaca-se com grandeza o alemão Robert Alexy. Na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, datada de 1985, o jurista examina as implicações decorrentes da redação de um catálogo de direitos fundamentais, especialmente no âmbito constitucional. Analisando a importância da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre direitos fundamentais, Robert Alexy busca “respostas racionalmente fundamentadas às questões relativas a esses direitos”. Importante destacar que Robert Alexy mostra preocupação com a aplicação do direito, não apenas com a sua teorização. Assim, demonstra interesse em desenvolver sua tese da forma mais completa e útil possível, esperando que ela possa auxiliar a resolução de outros problemas (ALEXY, 2011, p. 25-29).

Um dos pontos essenciais da teoria de Alexy diz respeito à análise do sistema jurídico enquanto um composto de normas jurídicas. Dessa forma, construindo uma teoria dos princípios, o autor defende a ideia de que os sistemas jurídicos são constituídos por dois tipos de normas: regras e princípios. Portanto, regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Se válidas, essas determinações devem ser aplicadas na sua totalidade. Por outro lado, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em grau tanto quanto possível. Para o autor, as normas de direitos fundamentais são princípios (ALEXY, 2011, p. 85-91).

A diferença entre regras e princípios evidencia-se com maior clareza nos casos de embates entre normas. Quer dizer, caso as normas fossem aplicadas isoladamente em sua totalidade, ocasionariam resultados inconciliáveis entre si. Portanto, o autor propõe uma forma de solução desses conflitos, a qual dependerá da natureza da norma (ALEXY, 2011, p. 92).

Dessa forma, os conflitos de regras seriam resolvidos caso se inserisse uma cláusula de exceção que extinga o conflito ou caso uma das regras seja declarada inválida. Neste último caso, as clássicas regras de validade entram em jogo, ou seja, a norma posterior revoga a anterior, lei especial derroga a lei geral (ALEXY, 2011, p. 92-93).

Já no caso de colisão de princípios, a solução não está na declaração de nulidade de um deles. Alexy diz que um princípio terá precedência sobre outro, dependendo do caso concreto. Assim, seria possível dizer que os princípios apresentam pesos e que terá precedência aquele que tiver maior peso no caso concreto, o que será avaliado após a ponderação. Isso quer dizer, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” (ALEXY, 2011, p. 93-96).

Assim, nasce a fórmula $(P_1PP_2)C$ que pode ser lida da seguinte forma: um princípio (P_1) terá precedência (P) sobre outro princípio (P_2) a depender das circunstâncias do caso concreto (C). O resultado dessa relação condicionada resultará em uma regra que prescreverá a consequência jurídica a ser realizada. Esse raciocínio permite concluir que não existe um princípio com precedência absoluta sobre qualquer outro, bem como demonstrar a importância do caso concreto para a determinação do resultado da colisão (ALEXY, 2011, p. 97-99).

Como se vê, a temática dos princípios é assunto recorrente e fundamental na teoria de Robert Alexy. A sua conexão com a proporcionalidade, segundo o autor, “não poderia ser mais estreita”, uma vez que uma implica a outra. Isso quer dizer, da natureza dos princípios decorre logicamente a

proporcionalidade em suas três máximas (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja, sendo os princípios “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” tem-se que a proporcionalidade em sentido estrito, ou como também é chamada, ponderação, permitirá a relativização jurídica do princípio (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Portanto, para melhor compreender o tema da ponderação, necessário fazer algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade.

2.2 O princípio da proporcionalidade

Para Robert Alexy (2011, p. 117-118), para se chegar a uma decisão de precedência de um princípio sobre outro no caso concreto, necessário fazer a ponderação desses princípios. A ponderação por sua vez, é entendida como a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a terceira análise decorrente do princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, de forma bastante simplificada, pode-se dizer que a proporcionalidade é dividida em três regras: a necessidade, a adequação e a ponderação. A regra da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as regras da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 118).

A análise da necessidade significa dizer que dentre duas medidas que permitem a realização de um princípio, deverá ser escolhida aquela que afeta menos intensamente a promoção do princípio. Ou seja, o objetivo do princípio não pode ser realizado por outra medida menos gravosa, pelo que se pode dizer que a medida selecionada é, então, necessária. A adequação, por sua vez procura avaliar se a medida selecionada como a que menos afeta a realização do princípio de fato realiza o seu objetivo. Caso a resposta seja afirmativa, então a medida é adequada (ALEXY, 2011, p. 119-120).

A ponderação, por sua vez, diferentemente das duas máximas anteriores, decorre da análise das possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização em colisão. Dessa forma, a ponderação pode ser formulada pelo seguinte enunciado, nomeado pelo autor como a regra da ponderação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 163-169).

Assim, a ponderação pressupõe a análise mais estrita da colisão de princípios. É ela quem coloca-os lado a lado, considerando e comparando a importância de realização de um e o grau de afetação no outro. A argumentação utilizada para realizar essa análise é que irá justificar a relação de preferência entre os princípios.

Portanto, percebe-se que a ponderação está inserida no princípio da proporcionalidade, e procura justificar a regra de precedência condicionada, a qual, por sua vez, explica a preferência de um princípio em detrimento de outro.

Em linhas gerais, essa é a uma descrição sintética das formulações de Robert Alexy, nas quais está inserido o contexto da ponderação. Cabível, neste momento, verificar como a doutrina brasileira interpretou e importou as formulações de Robert Alexy sobre a proporcionalidade e a ponderação para o sistema jurídico nacional.

2.3 Críticas à ponderação

Como se vê, a teoria proposta por Alexy é bastante complexa, não cabendo o seu estudo em exaustão no presente trabalho. Cabe ressaltar, contudo, que tal teoria foi desenvolvida pelo jurista alemão pensando na realidade – e especialmente nas particularidades constitucionais – da Alemanha.

Dessa forma, quando analisada pela doutrina brasileira, a ponderação é tratada de forma

significativamente diferente daquela proposta por Alexy, havendo, inclusive, expressivas divergências de conceituação. Para fins de melhor compreensão do tema, que ao final buscará melhor interpretar a norma contida no art. 489 do Código de Processo Civil, importante fazer algumas observações sobre os diferentes conceitos e classificações da ponderação para a ciência nacional.

A primeira acepção do termo ponderação que merece destaque no presente estudo é aquela proposta por Humberto Ávila (2009, p. 143), que entende que esta seria um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.

Para o autor, “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa”. O importante neste conceito é avaliação de que existe um limite à ponderação, ou seja, um mínimo, “uma coroa interna” intransponível ainda que após o resultado da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 149). Por outro lado, Lenio Streck (2014, p. 292) acredita que “a ponderação é um procedimento e, como tal, pretende ser uma técnica de legitimação da decisão que será proferida no caso concreto”.

Já para Luis Roberto Barroso (2006, p. 55-57), a ponderação é uma técnica de decisão própria dos casos difíceis, onde o tradicional raciocínio de subsunção de normas não é suficiente ou adequado para a solução do caso concreto. O autor ainda diz que a ponderação esteve por muito tempo vinculada à teoria dos princípios, nos termos da doutrina de Alexy, mas que hoje já pode ser vista como técnica de decisão autônoma e aplicada a outros ambientes diversos das colisões de princípios. O autor conclui:

Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais. O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes (BARROSO, 2006, p. 57).

De forma similar, Ana Paula de Barcelos (2005, p. 23-24) também entende a ponderação como uma técnica jurídica, sendo utilizada com objetivo de solucionar conflitos normativos em que diferentes valores ou opções políticas estejam em tensão, e a solução seja inatingível pelas tradicionais formas hermenêuticas. No entanto, reconhece que na doutrina e na prática jurídica brasileiras são possíveis identificar diversos conceitos e formas de interpretar a ponderação, podendo ela ser tratada como forma de aplicação de princípios, ou “sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de selecionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios”, ou até mesmo como – segundo creem diferentes autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação, em sentido mais amplo – “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”.

Como se vê, a ponderação é ora tratada como um método, ora com uma forma de aplicação de princípios, mas também é vista como uma técnica para casos difíceis e até mesmo como elemento indispensável ao discurso.

Apesar de ser bastante difundida na comunidade acadêmica, percebe-se – ao menos no Brasil – certa dificuldade em conceituar e definir os limites do tema. Por estas e outras razões, a ponderação sofre inúmeras críticas, tanto na Alemanha como em outros países.

Dentre seus críticos, destaca-se Jürgen Habermas (1997) que, em sua obra *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, diz que a teoria de Alexy não apresenta critérios racionais para ponderar, que é arbitrária e não coexiste com as exigências de justificação nas decisões judiciais. Esses argumentos também são utilizados por Lenio Streck (2015), que constantemente discute a eficiência da ponderação.

No entanto, importante destacar que muitos são os defensores da ponderação. O argumento que melhor resume a defesa da ponderação no Brasil é de Anizio Pires Gavião Filho (2011), que diz:

A ponderação não é irracional porque é uma fórmula vazia de conteúdo ou um recurso retórico sem referencial jurídico, que opera com variáveis incomensuráveis e que se importa exclusivamente com a justiça do caso concreto. O problema não está na ponderação em si mesma, mas como ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais.

Assim, possível dizer que existe uma distância significativa entre a teoria da ponderação de Robert Alexy e o que é entendido por ponderação na doutrina nacional. Essa diferença é ainda maior quando se analisa a – incorreta? – aplicação da ponderação na prática judicial.

Não se pretende aqui esgotar o debate acerca da ponderação ou da aplicação da teoria de Robert Alexy no Brasil. No entanto, os pontos ora analisados são suficientes para que se continue o debate e se faça uma análise preliminar, buscando compreender art. 489 do Código de Processo Civil.

3 A DISPOSIÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 trata dos elementos e efeitos da sentença. No seu *caput* cuida especialmente dos requisitos da sentença e no seu § 1º da necessária fundamentação da sentença. A redação do § 2º diz: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2017). Além de não apresentar correspondente quando comparado ao Código de Processo Civil de 1973, o § 2º apresenta a única previsão no texto legal onde se vê o termo “ponderação”.

Essa previsão normativa gerou desconfiança e as tentativas de interpretar corretamente o dispositivo – ou ao menos de dar-lhe uma interpretação uniforme – ainda são escassas.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado 562, relacionando o art. 489, § 2º, com o disposto no art. 1.022, também do Código de Processo Civil, que trata dos embargos de declaração. O enunciado diz que “considera-se omissa a decisão que não justifica o objeto e os critérios de ponderação do conflito entre normas”. Como se vê, também não houve por parte dos processualistas o interesse ou o consenso necessário para desenvolver a discussão acerca da ponderação no Código de Processo Civil.

Portanto, para fins de fomento da discussão, pode-se dizer que existem algumas possíveis interpretações da ponderação segundo tratado pelo Código de Processo Civil. A seguir, algumas serão examinadas.

3.1 A ponderação com sinônimo de reflexão

A ponderação pode ser entendida como “reflexão”, “raciocínio”, “pensamento”. Lenio Luiz Streck (2015) diz que em decorrência da linguagem específica do direito, não se deve admitir essa forma de interpretação do artigo, e que o Código de Processo Civil, assim, fez referência direta a recepção da teoria de Robert Alexy da ponderação e da argumentação. Acrescenta, ainda, que a importância errônea dessa teoria trouxe consequências gravíssimas para o sistema jurídico nacional, e que a incorporação do termo no texto de uma norma de tamanha relevância para o país como o Código de Processo Civil não poderia ser mantida, pelo que defende a ideia de revogação do dispositivo.

Outro problema, segundo Streck (2015), é que o dispositivo trata da ponderação de *normas* e a teoria de Alexy é baseada em argumentos que defendem a ideia de ponderação de *princípios*, pelo

que o Código de Processo Civil apresentaria ainda uma inconsistência.

Embora parte da crítica de Streck seja pertinente, a mera afirmação de que a interpretação de ponderação como sinônimo de “esforço e justificação de pensamento” não parece correta. No exercício que ora se faz, ou seja, buscar as diversas interpretações possíveis para o art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, mostra-se justificado interpretar que a lei quer exigir do juiz *que justifique os argumentos e critérios do seu raciocínio*. Ainda, esse entendimento não encontraria problemas com a redação “ponderação de normas”, visto que poderia facilmente ser lida ou reescrita como uma exigência para que o juiz justifique e demonstre o seu raciocínio sobre a ponderação das normas invocadas no conflito.

3.2. A ponderação como incorporação da teoria Alexyana

A segunda interpretação do dispositivo do art. 489, §2º do Código de Processo Civil, assim como contestado por Streck, importaria no reconhecimento de que houve de fato uma incorporação da teoria de Robert Alexy no Direito positivo.

Isso implica dizer que o juiz deve, em cada caso pendente de julgamento, identificado o conflito de normas, realizar a ponderação conforme exigido pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, analisar a necessidade e adequação, bem como, no plano das possibilidades jurídicas, o grau de intervenção de uma norma e a importância de realização de outra, para então se chegar à regra de preferência.

Para Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2017, p. 454), no Estado Democrático de Direito, o processo civil deve ser visto sob o olhar de concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na própria Constituição. Sob esse olhar, a segunda interpretação da ponderação do Código de Processo Civil poderia apresentar dificuldades práticas de aplicação. Isso porque a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da duração razoável do processo, o que também foi incorporado na redação do novo código processual civil brasileiro. No entanto, a ponderação, se realizada da maneira como leciona Alexy, poderia comprometer o julgamento em tempo adequado, haja vista as conhecidas dificuldades do sistema judiciário brasileiro, bem como a situação de asoberbamento do Poder Judiciário.

No entanto, quanto a sua adequação com a técnica processual civil, essa interpretação é acertada para responder aos anseios do Código de Processo Civil de orientação baseada na Constituição Federal e pelo seu “dever de dar tutela aos direitos de maneira geral (formando precedentes) e de maneira particular (decidindo de forma justa as controvérsias e dando adequada efetivação às suas decisões)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.455).

Por outro lado, essa interpretação provoca uma importante consequência: nova discussão sobre a possibilidade de ponderação de *normas*. Esse debate decorre do fato de que, pela teoria de Robert Alexy, a ponderação é cabível no caso de colisão entre *princípios*. No caso de conflito de regras, como já explicado no primeiro tópico, a resolução do embate se dá pela subsunção: ou se inclui uma cláusula de exceção, ou uma regra deverá ser declarada inválida, visto que num sistema jurídico coeso não podem existir normas contraditórias.

No entanto, como também decorre do que foi desenvolvido no primeiro tópico, alguns doutrinadores nacionais, adaptando a teoria obviamente inspirada em Alexy, ajustaram a teoria para a realidade brasileira, chegando inclusive a permitir a ponderação de regras.

É o caso de Luís Roberto Barroso (2006, p. 67-111), que mesmo antes da redação do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil, já falava de ponderação de regras. Para o autor, ainda que a ponderação de regras enfraqueça o Estado Democrático de Direito, uma vez que viola a separação dos poderes, é preciso reconhecer a existência de casos excepcionais, os quais poderiam inclusive ser vistos como “situações de ruptura”, em que a aplicação de uma regra poderia criar uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional.

Assim, sendo admitida essa forma de interpretação da ponderação pelo Código de Processo Civil, abre-se uma nova discussão que importa em identificar se houve erro pelo legislador ao redigir “ponderação de normas”, quando na verdade, pela teoria de Robert Alexy, deveria estar escrito “ponderação no caso de colisão de princípios”, ou se o legislador optou por incorporar no texto legal a ponderação de forma abstrata, como entendida não apenas pelo jurista alemão, mas também como a estudada pela doutrina nacional.

3.3 A ponderação como opção teórica do Código de Processo Civil

A terceira interpretação possível da norma processual em análise diz que a ponderação de que trata o Código de Processo Civil é inspirada na obra de Robert Alexy, mas adaptada pela lei para a realidade nacional.

Em outras palavras, o regulamento processual civil brasileiro, inspirado no objetivo de Alexy de solucionar os casos de conflitos normativos, e buscando, de forma sistêmica, garantir a segurança jurídica, criou uma nova modalidade de ponderação.

Em alguma medida, o Código de Processo Civil realizou o mesmo exercício que muitos doutrinadores nacionais, ou seja, basearam-se no estudo do jurista alemão e o adaptaram a realidade brasileira.

Assim, o Código autoriza o juiz, havendo colisão de normas, a ponderar sobre o referido conflito e afastar de forma racional a interferência de uma norma no caso concreto, devendo, para tanto, justificar o objeto e os critérios do seu raciocínio.

Nesse sentido, a ponderação poderia ser entendida como o exercício intelectual realizado pelo juiz para fundamentar racionalmente a opção pela aplicação no caso concreto de uma norma (princípio) invocada pelas partes e frustrar a aplicação de outra.

Optando-se por esta interpretação, não haveria problemas com a utilização da expressão “ponderação de normas” na redação do art. 489, § 2º do Código de Processo Civil. Isso porque, sendo uma teoria jurídica nova criada pelo Código, não há vinculação ou erro de aplicação da teoria alexyana de resolução de conflitos principiológicos por meio da ponderação.

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2016) julgando positiva a inclusão da ponderação no texto do Código de Processo Civil como importante mecanismo para a solução de problemas jurídicos, entende que a sistematização da ideia remonta aos estudos de Robert Alexy. Mas a lei processual brasileira incluiu a ponderação na sua forma mais ampla, conduzindo a uma espécie de “ponderação à brasileira”. O autor diz ainda:

a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional. Sem essa fundamentação, a ponderação não pode ser utilizada, como consta expressamente do Novo CPC (TARTUCE, 2016).

Assim, a ponderação do Código de Processo Civil deveria ser lida como um “artifício civil-constitucional” que deve ser aprimorado no Brasil para permitir a resolução de situações e hipóteses fáticas complicadas. Diante da complexidade contemporânea, a subsunção de normas e as tradicionais técnicas de interpretação se mostraram insuficientes, pelo que a técnica da ponderação como tratada no CPC se mostra uma ferramenta adequada (TARTUCE, 2016).

Ademais, sendo entendida como meio para se obter racionalmente a justificativa de aplicação de uma norma sobre outra, igualmente não haveria objeção ao uso da ponderação para tratar da colisão de princípios e regras.

Por fim, pode-se ainda analisar a sintonia dessa forma de interpretação com a coerência sistêmica

do Código de Processo Civil. Isso porque uma das grandes modificações trazidas pelo Código foi uma maior exigência de fundamentação por parte dos juízes e tribunais. Além disso, princípios do Código de Processo Civil da cooperação e da motivação das decisões. Com relação a este último princípio, merece destaque o comentário de Daniel Amorim Neves (2015, p. 27-30), para quem o art. 489 do Código possui notória relevância no tocante à motivação e fundamentação das decisões. Assim, no novo sistema processual brasileiro, a técnica da fundamentação suficiente³ foi superada, dando lugar a exigência de fundamentação exauriente. Ademais, com o aumento do papel dos precedentes, a fundamentação adequadamente ponderada e justificada seria essencial para a validade e qualidade da jurisprudência.

3.4 Considerações finais

Como se vê, existem atualmente diferentes formas de interpretação do dispositivo do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil. Algumas foram trabalhadas nesse texto, sem que houvesse a pretensão de esgotar o debate.

A princípio, parece que a interpretação da ponderação no Código de Processo Civil como opção teórica do legislador pode ser melhor justificada e se adequa melhor ao sistema processual vigente. No entanto, ainda é possível incrementar o debate.

O que se espera é que essas considerações fomentem a discussão sobre o tema, de forma que, com o olhar e estudo de demais pesquisadores, seja possível identificar a melhor interpretação da norma, de maneira a manter a unidade do sistema jurídico nacional sem que haja comprometimento com a técnica jurídica adequada.

5 CONCLUSÃO

Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* procura responder de forma racional às questões relativas a direitos fundamentais, analisando as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. A análise é baseada na realidade jurídica daquele país, e o autor preocupa-se tanto com a teorização quanto com a aplicação da sua tese.

Um dos principais pontos da teoria alexyana refere-se a análise do sistema jurídico como um composto de normas, ou seja, a coexistência de regras e princípios. Enquanto regras são normas devem ser satisfeitas – ou ter discutida a sua validade – os princípios são mandamentos de otimização, o que significa que se tratam de normas que exigem a realização de determinada disposição na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Essas duas espécies de normas distinguem-se com mais evidência no caso de conflitos de regras e colisão de princípios. Assim, regras devem ser necessariamente satisfeitas – ou ter incluída uma cláusula de exceção –, caso contrário uma das regras em conflito será declarada inválida. Os princípios, por outro lado, deverão ser relativizados juridicamente para permitir que ambos possam coexistir harmonicamente no sistema. Para realizar essa relativização deve-se realizar um exame da proporcionalidade das medidas: a necessidade e adequação analisa as possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito,

3 Sobre as técnicas de fundamentação diz Daniel Neves (2015, p. 28): “Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa”.

ou seja, a ponderação, examina as possibilidades jurídicas dos mandamentos de otimização colidentes.

Dessa forma, a ponderação pode ser sintetizada na lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167). Isso quer dizer que a ponderação realiza uma análise estrita da colisão dos princípios, comparando o grau de realização de um e o grau de afetação no outro, justificando racionalmente a relação de precedência condicionada.

No Brasil, a teoria de Robert Alexy foi bastante difundida e estudada por diferentes juristas. No entanto, é possível perceber um afastamento da teoria brasileira com a teoria alemã, sendo que a ponderação da doutrina brasileira é tratada como método, como forma de aplicação de princípios, como técnica e outros. Além disso, apesar de diversos Tribunais fundamentarem suas decisões baseados – supostamente – na teoria alexyana, não é fácil encontrar um único julgado no país onde houve a correta aplicação da ponderação.

Apesar dessas significativas diferenças, o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado com uma referência à ponderação em seu texto. Trata-se do art. 489, § 2º, o qual diz que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL, 2017). Essa disposição autoriza, no mínimo, três interpretações.

A primeira diz que ponderação é um sinônimo da palavra reflexão. Foi apenas uma palavra escolhida dentre as possibilidades permitidas pela língua portuguesa.

A segunda interpretação possível do art. 489, §2º do Código de Processo Civil pressupõe a incorporação da teoria alexyana no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, quando a lei exige que o juiz justifique a ponderação efetuada, espera-se que esta seja realizada da maneira justificada e ensinada por Alexy.

A terceira interpretação sugere a existência de uma teoria da ponderação criada pelo Código de Processo Civil. Ainda que inspirada nos ensinamentos do jurista alemão, essa ponderação é independente e adaptada para a realidade jurídica do Brasil.

No momento, essa última interpretação parece ser atraente, contudo carece de fundamentação. Ainda não ficou claro qual seria a diferença entre a ponderação conforme concebida e desenvolvida por Robert Alexy nos 40 anos de sua obra e a sugerida ponderação à brasileira. De qualquer modo, deve-se reconhecer que a ponderação no sentido formulado por Robert Alexy, em alguma medida, parece ter inspirado o legislador do Código de Processo Civil de 2015. Então, cabe aqueles a quem compete o dever de interpretar e aplicar o Direito positivo para resolver casos concretos, empregá-la corretamente, exatamente conforme os critérios e exigências concebidas e desenvolvidas por Robert Alexy.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros Editora. 2011. 669 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23/07/2017

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*. Editora Tempo Brasileiro. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3. ed. rev. atual. E-book. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, Alterações, Supressões Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!*. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 20/07/2017.

TARTUCE, Flávio. *Técnica da Ponderação no Novo CPC: posição favorável*. Artigo Jornal Carta Forense. Capa Fevereiro 2016. Publicada 02/02/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel/16216>>. Acesso em: 23/07/2017.

Recebido em: 19/10/2017

Aprovado em: 15/06/2018

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Helton Carlos Praia de; POZZETTI, Valmir César. Preconceito racial e justiça social: uma visão epistemológica jurídica a partir da arte. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.74-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

PATENTES BIOTECNOLÓGICAS: A PROPRIEDADE DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO SOB A PERSPECTIVA DO BIODIREITO

BIOTECHNOLOGICAL PATENTS: THE PROPERTY OF HUMAN GENETIC MATERIAL UNDER BIODIVERSITY'S PERSPECTIVE

Andy Portella Battezzini ¹
Karla Cristine Reginato ²
Rafaela Reginato ³

RESUMO: O artigo acadêmico expõe a problemática relativa à propriedade intelectual de material genético humano, contemplada esta, sob a perspectiva do denominado Biodireito. Objetivou-se identificar, em termos gerais, qual o papel desempenhado pelo Biodireito na regulamentação das relações entre ciência e ética no complexo processo de concessão de patentes de material genético humano. Os objetivos específicos fixam-se no conhecimento da Biotecnologia, bem como do Biodireito, seus conceitos e características próprias, para, ao fim, analisar como esse novo ramo da ciência jurídica atua em face das intrincadas relações travadas entre avanços científico-tecnológicos e a ética. Procedeu-se, de modo a responder, se, efetivamente, o Biodireito se mostra apto a humanizar esse hermético processo de concessão de patentes de genes humanos, – conferindo-se à hipótese ventilada – resposta positiva. Na realização deste estudo utilizou-se o método indutivo pela investigação de diferentes posicionamentos doutrinários, cujo referencial teórico de maior destaque se encontra nos ensinamentos de Habermas, Kant, Jonas e Dallari. Como possível solução à problemática proposta a pesquisa conclui pela aptidão do Biodireito na mediação sobre questões que envolvam o patenteamento de material genético humano, conferindo-se a esse processo maior humanidade. Menzionados contornos culminam na concepção que prima pela não possibilidade de patenteamento de material genético humano.

Palavras-Chave: Biodireito; biotecnologia; propriedade de material genético humano.

ABSTRACT: The academic article exposes the problematic related to the intellectual property of human genetic material, contemplated this, from the perspective of the so-called Biodireito. It aims to identify, in general terms, the role played by bi-law in regulating the relationship between science and ethics in the complex process of granting patents for human genetic material. The specific objectives are based on the knowledge of Biotechnology, as well as Biology, its own concepts and characteristics, in order to analyze how this new branch of legal science acts in the face of the intricate relationships between scientific-technological advances and ethics. It will be done, in order to answer, if, in fact, the Bi-Rule shows itself apt to humanize this hermetic process of granting patents of human genes, - given the ventilated hypothesis - positive answer. In this study, the inductive method will be used for the investigation of different doctrinal positions, whose most relevant theoretical reference is found in the teachings of Habermas, Kant, Jonas and Dallari. As a possible solution to the proposed problem, the research concludes Biodireito's ability to mediate on issues involving the patenting of human genetic material, giving this process a greater humanity. Mentioned outlines culminate in the conception that presses for the non-patentability of human genetic material.

Keywords: Biodiversity; Biotechnology; Property of human genetic material.

¹ Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Pós-Graduada em Direito Tributário pela LFG-Anhanguera. Pós-Graduada em Gestão de Pessoas pela UNIDERP-Anhanguera. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos (IMED/RS).

² Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogada.

³ Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

As transformações da contemporaneidade relativas ao campo de atuação das ciências biotecnológicas têm revelado à humanidade diferentes cenários, cujas nuances são motivadoras de ferrenhas discussões acerca de seu caráter benigno ou não para o bem-estar humano.

Inegáveis são as contribuições do avanço tecnológico-científico, mormente quando se discute a manipulação de fármacos, e a elaboração de técnicas para o tratamento de doenças. Contudo, não obstante a legitimidade que se confere aos mencionados aportes oriundos da pesquisa técnico-científica, imperioso se mostra delimitar os contornos dessa nova realidade, sobretudo no que toca à pesquisa relativa à manipulação de material genético humano.

Os avançados estudos no âmbito da Biotecnologia permitem, hoje, que se manipule e, até mesmo, sejam criadas vidas em laboratório. E esta não é uma realidade, deveras, recente. O cenário descrito já se mostra factível há alguns anos. As mais coevas inovações dizem respeito ao mapeamento do código genético humano, no intuito claro de desvendar todos os segredos que envolvem a própria criação da vida humana.

O cenário que se descortina é causador de grandes incertezas que se revelam, mormente, em detrimento da observância da dignidade da pessoa humana. Conferir a livre concessão de patentes em matéria de Biotecnologia é, no mínimo, preocupante, considerando-se a concepção que se forma no âmbito da comunidade científica de que ao progresso das ciências biotecnológicas nada pode constituir-se óbice.

Em contraposição ao absolutismo da técnica, a ética e a moral questionam e distinguem os excessos desse avanço sem precedentes e, ainda obscuro para a humanidade. É nesse contexto que desponta o Biodireito, novel ramo da ciência jurídica, cujos princípios encontram amparo nos ditames da denominada Bioética. É nesse enredo, também, que se insere o problema de pesquisa: considerando-se o crescente e constante avanço tecnológico e a grande divergência acerca da possibilidade de patenteamento de seres vivos, mormente no que toca ao material genético humano, qual o papel desempenhado pelo Biodireito nesse intrincado processo de conhecimento e apropriação da vida?

Em resposta ao problema de pesquisa, ora mencionado, hipoteticamente, a pesquisa perquire acerca do Biodireito como instrumento hábil a atuar na mediação sobre questões que envolvam o patenteamento de material genético. Guardando suas premissas em conformidade com a ética e a moral e, tendo como orientador o princípio da dignidade da pessoa humana, o estudo empreende investigar a atuação do Biodireito como apto a constatar as problemáticas apontadas pela Bioética e, então discipliná-las juridicamente.

Nesse passo, pretende-se, em um primeiro momento, conhecer a temática relativa à Biotecnologia e a possibilidade de patenteamento de material genético humano. O segundo tópico da pesquisa se ocupa da análise do Biodireito, no intuito de evidenciar seu conceito e suas características. O terceiro capítulo, por sua vez, traz consigo a real problemática do estudo, cujos contornos delineiam a temática da propriedade intelectual vista sob a perspectiva do Biodireito.

A legitimidade do Biodireito, nesse sentido, se mostra como produto da própria Constituição Federal quando disciplinada a garantia de uma vida digna. A conformidade com a ética e a moral, de cujos preceitos se vale a disciplina acerca do Biodireito, são corolários do respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa medida, nos limites deste estudo, e, valendo-se do método indutivo de abordagem e da investigação bibliográfica como instrumento procedimental, se concebe o papel do Biodireito como verdadeiro norteador das relações entre ciência e propriedade intelectual, ao passo que orientado pelo princípio da dignidade humana é instrumento apto a conferir maior humanidade a esse complicado processo de conhecimento e apropriação da vida.

2 PATENTEAR VIDA: A BIOTECNOLOGIA E AS PATENTES BIOTECNOLÓGICAS

A realidade hodierna é reveladora de um crescente e constante avanço tecnológico. A ciência se desenvolve em um ritmo acelerado transformando o contexto em que inserida a humanidade. No século XX as maiores transformações aportadas são oriundas da Biotecnologia.

A Biotecnologia⁴, ciência de caráter transdisciplinar, envolve saberes oriundos dos mais diversos ramos do conhecimento humano. Encontra campo de atuação e desenvolvimento nos setores de agricultura, pecuária, indústria, energia, alimentação, meio ambiente e, sobretudo, na área da saúde. (BARBOZA, 2001, p. 1-2).

Constituindo-se como um conjunto desses mais variados conhecimentos, a Biotecnologia, permite a utilização de agentes biológicos (organismos, células, organelas, moléculas) para a obtenção de bens e serviços. Trata-se, em análise bastante sucinta, de “uma rede complexa de conhecimentos na qual ciência e tecnologia se entrelaçam e se complementam”. (MALAJOVICH, 2016, p. 12).

A Organização das Nações Unidas em dispositivo da Convenção de Biodiversidade define a Biotecnologia como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

O Conselho de Informações sobre Biotecnologia, por sua vez, contempla a matéria como sendo um “conjunto de técnicas que envolvem a manipulação de organismos vivos para modificação de produtos”. (CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA, 2016). De origem grega a palavra combina os termos “bio”, “technos” e “logos”, conjugando, respectivamente, a significação de vida, técnica e conhecimento.

As ciências biotecnológicas apresentam duas fases distintas, compreendendo assim, o que se entende por Biotecnologia tradicional e Biotecnologia moderna. Foi em 1919 que se concebeu a primeira acepção do termo; Ereky⁵ o definiu como sendo “a ciência e os métodos que permitem a obtenção de produtos a partir de matéria-prima, mediante a intervenção de organismos vivos”. (MALAJOVICH, 2016, p. 11).

No que se refere à Biotecnologia tradicional, também chamada de “clássica” se caracteriza pela utilização de organismos vivos, tais como são encontrados na natureza, ou, ainda, modificados por meio de melhoramento genético tradicional. A Biotecnologia moderna⁶, por sua vez, se vale de organismos vivos modificados geneticamente, se valendo da fusão de técnicas de engenharia genética e DNA recombinante. (PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSSEGURANÇA, 2000).

Especificamente a Biotecnologia moderna, viés sobre o qual se debruça esse breve estudo, apresenta, dentre as várias áreas em que se mostra atuante, uma intensa pesquisa voltada ao conhecimento da própria natureza humana, sobretudo pela investigação profunda da genômica⁷. (LEDUR; PEIXOTO).

A evolução tecnológica dos últimos anos atingiu patamares sequer imaginados pela comunidade científica. Hoje, os estudos apontam para a possibilidade concreta de se criar e manipular vida em laboratórios. (DIAS, 1996, p. 7). Na concepção de Dias a evolução científica tem franqueado

4 A Biotecnologia é uma área interdisciplinar fortemente ligada à pesquisa científica e tecnológica que tem como principal objetivo desenvolver processos e produtos utilizando agentes biológicos.

5 O termo Biotecnologia foi usado pela primeira vez em 1919, pelo engenheiro húngaro Karl Ereky, mas sua definição oficial aconteceu em 1992 na Convenção sobre Diversidade Biológica.

6 Por “biotecnologia moderna” se entende: a. a aplicação de técnicas *in vitro*, de ácidos nucleicos inclusive ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante e injeção direta de ácidos nucleicos em células ou organelas, ou b. a fusão de células de organismos que não pertencem à mesma família taxonômica, que superem as barreiras naturais da fisiologia da reprodução ou da recombinação e que não sejam técnicas utilizadas na reprodução e seleção tradicionais.

7 Genômica é o termo atribuído a todo e qualquer estudo do genoma. O Genoma é o material genético dos seres vivos transmitido à sua prole. É constituído pelo DNA. Nos estudos de genômica se objetiva entender como os genes e a informação genética estão organizados dentro do genoma e como essa organização determina a sua função.

um “eufórico otimismo quanto à possibilidade de o homem estabelecer o seu próprio domínio sobre o mundo, construindo a verdade científica e conquistando a verdade com leis próprias”. (DIAS, 1996, p. 7).

O cenário descrito revela um desfecho ainda imprevisível para a humanidade. Não obstante os benefícios da evolução científica sejam aferíveis na vida cotidiana, nomeadamente no que toca à saúde - com a manipulação de fármacos e desenvolvimento de técnicas de tratamento de doenças - as consequências carregadas ainda não se fazem de todo conhecidas.

Na expressão de Barboza (2011, p. 1-2), as técnicas de reprodução humana assistida, alterações de sexo, clonagem e prolongamento da vida apresentam, de maneira extremamente acelerada, um cenário desconhecido e não previsível. Nessa perspectiva, aduz Barboza, (2012, p.1-2) “o ser humano é simultaneamente ator e espectador. Os constantes progressos nesses campos deixam os laboratórios e frequentam diariamente os noticiários, provocando curiosidade, espanto e medo ao leitor”.

O panorama no qual se descortina a hodierna fase científica reflete incertezas no que toca ao campo da ética, sobretudo no que tange à observância dos ditames relativos à proteção da dignidade humana.

O filósofo alemão Jonas, em passagem de sua obra, bem elucida esse século de transformações que se vive: “o novo continente da práxis coletiva que adentramos com a alta tecnologia ainda constitui, para a teoria ética, uma terra de ninguém.” (2006, p. 21). Esse cenário de incertezas, ora relatado, traz em seu bojo uma grande apreensão acerca das consequências desse avanço tecnológico de extraordinárias dimensões. Mencionada preocupação ultrapassa os limites científicos para adentrar aos domínios da ética e do próprio Direito, sobretudo quando o conhecimento produto das pesquisas científicas se torna objeto de tentativas de exploração econômica monopolizada por meio das patentes biotecnológicas.

A manipulação e a própria criação de vida em laboratório, na contemporaneidade, é uma realidade concreta para a ciência.

Como afirmado em tópico anterior os estudos na área da engenharia genética propiciam, hoje, à comunidade científica desvendar os mais profundos segredos da vida humana. O Projeto Genoma, as técnicas de reprodução assistida e, até mesmo, o processo de clonagem bem ilustram o período tecnológico que vive a humanidade.

O conhecimento aprofundado, corolário de um intenso processo de pesquisas envolvendo material genético humano tem sido - não obstante o regramento legal acerca da matéria - motivo de dissensos no que toca à possibilidade de monopolização da exploração econômica do conhecimento por meio das patentes. Trata-se, assim, da divergência relativa à possibilidade de concessão das chamadas patentes biotecnológicas. (CHAMAS, 2005, p. 85).

As patentes biotecnológicas, embora em seu processo de concessão se trate de questões concernentes ao campo da vida, seguem o mesmo regramento⁸ conferido ao sistema de patentes

8 Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. § 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente. § 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade. § 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos. § 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.

Art. 7º Se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação. Parágrafo único. A retirada de depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior.

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

das demais áreas do conhecimento. Nessa medida, encontram óbice no que diz respeito ao requisito “atividade inventiva”. (NAVES, 2013, p.76-77). Mencionado impedimento se verifica, na medida em que não se entende como invenção um procedimento decorrente de força natural. Nesse caso, o requisito “atividade inventiva” restaria não preenchido. É o que leciona Saglio (2004) ao afirmar que a noção de descoberta tem sido utilizada para excluir do patenteamento as substâncias obtidas pelo homem sem que haja sua intervenção.

A descoberta, nessa medida, seria algo preexistente e que não sofreu intervenção humana. Há ausência, portanto, do requisito novidade, também nominado atividade inventiva. Conjugada aos requisitos formais do procedimento de concessão está a questão ética e jurídica da patente biotecnológica.

A prudência como balizadora das pesquisas, manifesta-se como elemento de extrema importância, ao passo que ainda obscuras as reais implicações que constituirão corolário desse avanço sem precedentes. Como bem assinala Garrafa (2003), “o progresso científico não deve ser demonizado, nem endeusado: deve ser compreendido e controlado”.

Mencionado controle de que fala o autor é oriundo, justamente, da necessária observância dessa perspectiva de eticidade, cujos termos atuarão como parâmetro na condução do avanço técnico-científico. É exatamente esse o ponto que pretende ver discutido a presente pesquisa, cujos contornos serão, com maior acuidade, analisados nos próximos tópicos.

3 ENTENDENDO O BIODIREITO

É cediço o fato de que o Direito é uma ciência dinâmica. Sua natureza lhe confere acompanhar e regular os diferentes rumos assumidos pela sociedade. O Biodireito, novel segmento da ciência jurídica, legitimando esse caráter de dinamismo do Direito, surge no intuito de regulamentar as relações decorrentes dos crescentes avanços tecnológicos.

Como fenômeno de ordem ético-jurídico-científica, o Biodireito ultrapassa os limites jurídicos e busca suas bases também no campo da ética, guardando estreitos laços com a Bioética⁹, ao passo que conferiria aos seus ditames, positivamente jurídica. (FERREIRA, 1999, p.52).

De conformidade com os ensinamentos de Lima (2012, p. 99), “o Biodireito desponta como um eficaz suporte para que reflexões e questionamentos realizados pela Bioética tenham efetividade no plano prático”. Pode-se afirmar, nessa medida, que as situações problematizadas pela Bioética encontram regulamentação na normativa jurídica do Biodireito.

Nesse passo, sua ligação é indissociável. A Bioética busca respostas morais às inquirições relativas à medicina e à biologia, ao passo que cabível ao Direito, nesses limites – ao Biodireito – disciplinar as condutas e, concomitantemente, impor sanções as suas violações. (SÉGUIN, 2005, p. 44). Rocha (2009, p. 247), em análise conexa da matéria, afirma que o Biodireito, como novo ramo da ciência jurídica, surge motivado pelos poderes auferidos pela biociência, pela medicina genética, pela bioengenharia, entre outras áreas do conhecimento humano que permitem a manipulação de patrimônio genético, e que tem por fim estabelecer as normas e os princípios relacionados à origem, ao desenvolvimento e ao término da vida humana.

Em explanação bastante esclarecedora Oliveira Filho (2007, p. 78) aponta para uma resposta legal aos novos problemas oriundos das inovações nas ciências biomédicas, de engenharia genética, embriologia e tecnologias aplicadas à saúde. Emerge, nesse sentido, como um novo âmbito de atuação jurídica, cujo propósito é “regulamentar, através de um conjunto de normas ainda esparsas, mas específicas, as ações decorrentes dos avanços biotecnológicos que coloquem em perigo o ser

9 A bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no campo da saúde.

humano física e moralmente”. (LIMA, 2012, p. 100).

Enquadra-se, o Biodireito, como de quarta ou quinta geração, a depender da classificação que lhe é conferida, matéria ainda dissonante na doutrina. Sua origem é corolário das novas e céleres transformações vividas pela humanidade, cujos contornos dão ensejo ao surgimento de novos direitos fundamentais. (MOREIRA, 2005, p. 55-56). Em passagem de sua obra, Bobbio (1992, p.6), bem elucida a temática descrita, a saber: “os direitos não nascem todos de uma vez”. (...) Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o próprio homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.”

Como bem demonstra o autor, os direitos são conseqüências do dinamismo da vida em sociedade, exatamente como ocorre com o nascimento do Biodireito, emergindo face às inovações advindas do campo da ciência e da tecnologia e a necessidade de regulamentar tais relações.

Desse modo, o Biodireito preconiza a tutela de interesses coletivos, ao passo que “já é presente a preocupação de um direito, ou melhor, de uma justiça transgeracional, fundamentada pela indagação: que tipo de humanidade deixar-se-á para futuras gerações?”. (SAUWEN, 1997, p.18).

A indagação formulada pelo autor supramencionado, Sauwen (2012, p. 100), encontra suas respostas nas preleções de Lima (2012, p.100) ao afirmar que o Biodireito suplanta o legado jurídico-positivista para conferir à ciência jurídica um sentimento de solidariedade e humanidade na elaboração e aplicação das normas disciplinadoras da Biotecnologia.

É sob esse viés que se contempla a aptidão do Biodireito como disciplina capaz de nortear as intrincadas relações oriundas do encontro entre ciência, ética e moral, cujas determinações constituirão objeto de análise do capítulo seguinte.

4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO SOB A PERSPECTIVA DO BIODIREITO

O progresso técnico-científico, como já mencionado no presente estudo, tem se revelado demasiadamente acelerado. Pode-se afirmar, nesse tocante, que a humanidade contempla o momento de predominância e expansão da Biotecnologia.

O cenário descrito desvenda, cada vez mais, os segredos que envolvem a criação humana. A ciência tem progredido a passos demasiadamente largos, e, não obstante sua contribuição no que concerne à evolução da medicina e farmacêutica, seus contornos são ensejadores de preocupação.

Nesse dinâmico panorama, não raro se contempla a vida sendo tratada como mercadoria, em ações que, verdadeiramente, desnorteiam as reais pretensões da ciência, como se verifica nos casos de isolamento de genes, cuja sequência genética produzida era idêntica à natural¹⁰. (PLAZA, 2014, p. 67).

A vida, entendida como o mais valioso bem, “está sendo patenteada aos pedaços, sorratamente, levando a população a uma dependência total às proprietárias das patentes, que serão as titulares inclusive das técnicas médicas de tratamentos para determinadas doenças”. (FENDRICH; SÉLLOS-KNOERR, 2013, p. 341). A possibilidade de exploração econômica por meio das patentes é o fator impulsionador desse desvirtuamento, cujas conseqüências desencadeiam um complexo conflito de ordem social, ética e, sobretudo, moral.

É o que afiança Sabada (2008, p.205): “manipular a matéria viva para sua constituição mais uma situação historicamente única e nova. As possibilidades comerciais derivadas do genoma humano abrem um novo campo social e econômico, bem como cada vez mais forte conjunto de conflitos sociais”¹¹.

¹⁰ O procedimento de isolamento de genes do genoma é utilizado no intuito de tornar o material genético humano patenteável.

¹¹ Manipular la materia viva hasta su constitución más íntima dibuja una situación históricamente única y nueva. Las posibilidades comerciales del conocimiento derivado del genoma humano abren un nuevo campo social y económico, así como un conjunto de conflictos sociales cada vez más intensos.

Não obstante a existência de legislação nacional (art. 18, III, Lei 9.279/96) no sentido da vedação às patentes de seres vivos o que se contempla, na contemporaneidade, é uma forte pressão advinda, principalmente, dos países que ocupam uma posição mais privilegiada no que toca ao desenvolvimento técnico-científico, no sentido da concessão das patentes de material genético humano. Nos escritórios de patentes internacionais o entendimento que se aplica ao requisito “invenção” é bastante elástico o que lastreia a concessão de patentes sobre material genético humano. (DIAFÉRIA, 2007, p. 47-49). Nos dizeres de Moreira, Wanghon *et al* (2013, p.2) “é evidenciado um profundo dilema ético, a respeito da “coisificação” da vida humana, iniciando uma nova onda de dominação do homem sobre o próprio homem”.

Verifica-se, nessa medida, que dentre os dissensos acerca da possibilidade de patenteamento, os argumentos de índole econômica têm prevalecido sobre as questões jurídicas e éticas. É nesse sentido que se entende pela necessidade de se fixarem limites aos avanços técnico-científicos, invitando-se o Direito não apenas a disciplinar a matéria, mas também, como bem assevera Minahim, “para absorver as transformações operadas na vida e consolidar as balizas éticas que orientem para o fluxo contingencial das condutas em face dos avanços da ciência”. (MINAHIM, 2005, p. 28).

Habermas (2004, p.170) aponta para uma vedação à instrumentalização do ser humano. Em pensamento conexo (BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p.23) asseveram o fato de que no “mercado humano” os avanços técnico-científicos propiciaram a ampliação do “catálogo das mercadorias”, ao passo que o denominado “valor de uso” e também de “troca” não concerne ao corpo humano entendido como um todo, mas sim as suas partes, o que torna os limites entre os usos e abusos ainda mais tênues e dúbios. É a sutileza dos limites que causam o grande dissenso acerca da propriedade intelectual do material genético humano.

A linha divisória que demarca a conformidade com a ética e a moral é, deveras, tênue. E é justamente nesse delicado contexto em que se insere a problemática do estudo: considerando-se o crescente e constante avanço tecnológico e a grande divergência acerca da possibilidade de patenteamento de seres vivos, mormente no que toca ao material genético humano¹², qual o papel desempenhado pelo Biodireito nesse intrincado processo de conhecimento e apropriação da vida?

Nesse sentido, a hipótese formulada para a pesquisa se fixa, precisamente, na aptidão conferida ao Biodireito como instrumento capaz de traçar essas linhas limítrofes, tão necessárias, nesse cenário contemporâneo de mudanças constantes.

O Biodireito, nessa medida, atua de modo a contrapor-se, de maneira efetiva, ao ideário que se fez universalmente aceito de que ao progresso tecnológico-científico nenhum empecilho deve ser proposto.

É o que Assevera Freitas (2015, p. 65), nesse sentido, ao afirmar que o Biodireito parte do pressuposto de que, não obstante a ciência represente uma das forças propulsoras do progresso da sociedade, por vezes, esta se mostra para a sociedade e para os valores deste como verdadeira ameaça que deve ser modulada, ou, até mesmo, repelida. O Biodireito, assim, refere Freitas (2015, p.65) “introduz uma porção de humanismo no hermético mundo das ciências biológicas”.

Encontra respaldo, nesse passo, o imperativo categórico Kantiano de que o homem é - sempre - um fim em si mesmo. (KANT, 2008, p.71). Mencionada premissa, por estritamente vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana¹³, é que se entende por orientadora do progresso técnico-científico. Dallari, em pensamento que corrobora à temática proposta na pesquisa, afirma que toda experiência

12 Os genes humanos podem ser entendidos como segmentos de DNA responsáveis principalmente pela codificação de proteínas específicas que determinam características do organismo e regulam seu funcionamento.

13 Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

relativa ao conhecimento de novas técnicas científicas deve ocorrer de conformidade com o mais absoluto respeito à pessoa humana. (DALLARI, 1998, p. 234).

E, em nada, poderia ser diferente. Contraditório seria se, sob o pretexto de se buscarem novos benefícios para a humanidade, se pudesse agredir a dignidade humana ou desrespeitar a vida. (DALLARI, 1998, p.234). A ideia de liberdade de conhecimento e pesquisa, justificadora da concessão das patentes, que se pratica nas relações de mercado, em muito destoava daquela eticamente concebida. (HABERMAS, 2004, p.17-18). É o pensamento capitalista que tem regido o monopólio de exploração econômica das patentes biotecnológicas.

Em total contrariedade ao panorama descrito é a perspectiva sob a qual se estrutura o Biodireito, cujas características éticas e morais, respaldadas pelos ditames constitucionais, legitimam sua aptidão na humanização do complexo e divergente processo de concessão de patentes biotecnológicas. Trata-se, em verdade, do que Habermas denomina Biotecnologia sadia, cujos contornos, afirma o filósofo, devem partir sempre da premissa de que o ser humano não é objeto, mas sim, um sujeito, seja no âmbito da pesquisa ou da experimentação das técnicas elaboradas. (HABERMAS, 2004, p. 170).

Na concepção de Fendrich e Séllos-Knoerr (2013, p.340), o “reconhecimento do homem como sujeito de dignidade é elemento fundante da ordem jurídica brasileira”. Como elemento basilar do ordenamento jurídico e, bem assim também, do próprio Biodireito, a dignidade é instrumento orientador das relações entre o Direito e a ciência, cuja regulamentação é atribuição conferida a esse novo ramo da esfera jurídica, o Biodireito. (FENDRICH; SÉLLOS-KNOERR, 2013, p.340).

O Biodireito, nessa medida, sob o respaldo da dignidade da pessoa humana, busca encontrar o necessário equilíbrio que há de existir nessa relação. Seu objetivo precípua é obstar a instrumentalização da vida pela mercancia do material genético humano. Não obstante a manifesta contribuição da ciência no melhoramento da vida humana, não se pode conferir legitimidade a condutas que, justificadas pelo avanço tecnológico, contrariem e violem a dignidade humana, a ética e a moral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas científicas envolvendo biotecnologias avançam a cada dia mais. O sequenciamento do DNA, a reprodução assistida e as diversas descobertas da genética revelam a dominação do homem sobre o próprio homem.

Hoje, o ser humano é capaz de manipular e, até mesmo criar vida em laboratório. É-lhe dado abreviar e também prolongar a vida humana. Os avanços da ciência e da tecnologia, no cenário hodierno, apresentam dimensões sem precedentes na história. À marcha evolutiva da ciência e da tecnologia nada parece poder obstar.

Esse panorama que, contemporaneamente, se revela à humanidade tem ensejado apreensão e críticos julgamentos acerca da necessária observância à ética e à moral. Mencionados juízos interferem, diretamente, no processo de concessão de patentes sobre material genético humano, revelando a atuação nociva do mercado exploratório da propriedade intelectual nesse tocante.

A concepção capitalista tem vigorado sob o monopólio da exploração de patentes biotecnológicas, em detrimento da disciplina à dignidade humana. É nesse contexto que desponta o Biodireito, guardando suas premissas fundamentadoras diretamente no campo da Bioética.

Esse novo segmento da ciência jurídica nasce com o fim precípua de regulamentar as relações decorrentes dos procedimentos de propriedade intelectual de genes humanos. Orientado pelos princípios da Bioética, o Biodireito confere disciplina jurídica à matéria.

Inobstante, nessa medida, os inquestionáveis aportes da Biotecnologia no processo de desenvolvimento humano, não há como conceber o absolutismo da técnica em detrimento da dignidade humana. É nesse contexto que inserida a hipótese formulada para a possível solução à problemática proposta.

Concebe-se, assim, o Biodireito como apto a conferir maior humanidade ao processo de patenteamento de genes humanos, impedindo, nessa medida, que se configure verdadeira instrumentalização do ser humano. A hipótese formulada para o presente estudo, no sentido de se descobrir a atuação do Biodireito no processo de concessão de patentes de material genético humano, é confirmada pelo cumprimento dos objetivos traçados pela pesquisa.

Nesse cenário, é possível concluir que o Biodireito atua de forma a revelar os sutis contornos sob os quais se desenvolvem as pesquisas relativas aos genes humanos e que também norteiam as ações de patenteamento desse material genético. Orientado pela ética e pela moral o Biodireito se apresenta como instrumento efetivo de regulamentação jurídica dessas relações.

Norteadas pelo princípio da dignidade humana, bem como pela concepção Kantiana, a qual vislumbra o ser humano, sempre, como um fim em si mesmo, a presente pesquisa conclui pela impossibilidade de se conferir patentes biotecnológicas de genes humanos sob pena de restar configurada verdadeira mercancia do material genético humano, em legítima apropriação da vida.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa H. Bioética X Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa H. BARRETO, *Vicente de Paulo (Org.)*. *Temas de Biodireito e de Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-2.

BRASIL. Decreto nº 5.705 de 16 de fevereiro de 2006. Promulga o *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica*. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: UnB, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHAMAS, Cláudia Inês. Patentes Biotecnológicas. In: *Boletim de conjuntura e economia*, Curitiba, a. 1, v. 2, p. 85-92, jul./ago. 2005.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *O que é Biotecnologia?* Disponível em: <<http://www.cib.org.br/o-que-e-biotecnologia/>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231-241.

DIAFÉRIA, Adriana. *Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos: o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FENDRICH, Cyntia Brandalize; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Côelho. A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito a ética, segurança e princípios. In: *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, n. 33, v. 4, p. 336-352, 2013.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e Biodireito. In: *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v.2/3, p. 41-63, 1999.

FERRO, Emer Suavinho. Biotecnologia translacional: hemopressina e outros peptídeos intracelulares. In: *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, vol.24 nº 70, p.1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142010000300008> Acesso em: 01 dez 2016.

FREITAS, João Filipe Franco de. *As patentes de genes humanos sob a perspectiva do biodireito e da bioética*. 2015. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2015.

GARRAFA, Volnei. *Bioética no século XXI - Os avanços da genética alteraram o curso da história*. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/noticia/15309/bioetica-seculo-xxi-avancos-genetica/>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

INSTITUTO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *O que é Biotecnologia?* Disponível em: <http://www.sjc.unifesp.br/biotec_ict/?page_id=46>. Acesso em: 01 dez 2016.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

LEDUR, Mônica Côrrea; PEIXOTO, Jane de Oliveira. *Genômica*. Disponível em: <http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/frango_de_corte/arvore/CONT000fy1j9mks02wx5ok0pvo4k32zisvd6.html>. Acesso em: 01 dez 2016.

LEPARNEUR, Hubert. *Força e fraqueza dos princípios da bioética*. In: *Bioética*, Brasília, nº 2, v. 4, p. 1-11. 1996.

LIMA, Walber Cunha. *Bioética e Biodireito: interfaces e confluências*. 2012. 134f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Natal, 2012.

MALAJOVICH, Maria Antônia Muñoz de. *Biotecnologia*. Rio de Janeiro: Biotecnologia: ensino e divulgação, 2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O enfrentamento do biodireito pela Constituição*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 53, v. 13 p. 134-147, out./dez. 2005.

MOREIRA; Eliane; WANGHON, Moisés de Oliveira; COSTA, Cíntia Reis. *Patentes biotecnológicas: um estudo sobre os impactos do desenvolvimento da biotecnologia no Sistema de Patentes Brasileiro*. Centro Universitário do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.cesupa.br/saibamais/nupi/nupi.asp>>. Acesso em: 05 dez 2016.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Panorama Internacional das patentes biotecnológicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 197, a. 50, p. 1-9 jan./mar. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 01 dez 2016.

RICCIARDELI, Juliana. *Os genes humanos no alvo das patentes*. São Paulo: LCTE, 2009.

PLAZA, Charlene de Ávila. *Proposições doutrinárias e jurisprudenciais sobre patenteamento do material genético humano*. In: *Revista de propriedade intelectual direito contemporâneo e constituição*, Aracaju, n. 6, p. 65-96, jun. 2014.

ROCHA, Renata da. *O desafio do século XXI e o biodireito: utilitarismo ou valores?* In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 246-257, jul./set. 2009.

SABADA, Igor. *Propiedad Intelectual: Bienes Públicos o mercancías privadas?* Madrid: Catarata, 2008.

SAGLIO, Adolfo A. *Patentamiento de material genético: regulación jurídica de las Biotecnologías*, 2004. Disponível em: <<http://www.biotech.bioetica.org/docta28.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

SAUWEN, Regina Fiuza. Da Persona ao Clone: a Visão do Biodireito. In: *Simpósio de bioética e biodireito*, Londrina, nº 1, Anais do Encontro Regional do Conpedi. Londrina: 1997.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Recebido em: 17/07/2017

Aprovado em: 16/06/2018

Como citar este artigo (ABNT):

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine; REGINATO, Rafaela. Patentes biotecnológicas: a propriedade de material genético humano sob a perspectiva do biodireito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.85-95, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS ELEMENTOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS NO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E SUAS NUANCES NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.594.361

THE RESPONSIBILITY OF THE MUNICIPALITIES IN CONCRETIZATION OF THE ENVIRONMENTAL AND URBAN ISSUES IN THE URBAN SOIL PARCELMENT AND ITS NUANCES IN THE SPECIAL REMEDY Nº 1.594.361

Beatriz Souza Costa ¹
Isabel Camargo Guedes ²

RESUMO: Este artigo tem por escopo discorrer os principais aspectos ambientais e urbanísticos do Parcelamento do Solo Urbano, objetivando-se ao final estabelecer paralelo destes elementos com a temática tratada no Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0), julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 13 de dezembro de 2016. Serão demonstrados pressupostos do parcelamento, para após adentrar o conteúdo dos elementos ambientais e urbanísticos presentes no instituto e a competência dos municípios para tratar o tema. Serão analisados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que preveem a responsabilização do Poder Público Municipal, na hipótese de inexecução das obras de infraestrutura pelo loteador. Ao final é realizada análise do Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0), o qual investiga o alcance do artigo 40 da Lei nº 6.766/79 e o modo do seu cumprimento pelo município. Foi utilizado o método dedutivo, e técnica de pesquisa bibliográfica, legal e documental.

Palavras-chave: Parcelamento do solo urbano; elementos ambientais e urbanísticos; município.

ABSTRACT: The purpose of this article is to describe the main environmental and urban aspects of Urban Land Installment, aiming at the end to establish a parallel of these elements with the theme dealt with in Special Appeal No. 1.594.361/RS (2015/0292160-0), judged by Second Panel of the Superior Court of Justice on December 13, 2016. The subdivision assumptions will be demonstrated, after entering the content of the environmental and urban elements present in the institute and the competence of the municipalities to deal with the theme. Constitutional and infra-constitutional provisions will be analyzed which provide for the accountability of the Municipal Public Power, in the event of non-execution of infrastructure works by the developer. At the end, analysis of Special Appeal No. 1.594.361/RS (2015/0292160-0) is carried out, which investigates the scope of article 40 of Law No. 6.766/79 and the manner of its compliance by the municipality. The deductive method, and bibliographic, legal, and documentary research technique were used.

Keywords: Installment of urban land; environmental and urban elements; county.

¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-graduação e Pesquisa) da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da disciplina de Direito Constitucional Ambiental da Escola Superior Dom Helder Câmara.

² Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Direito Milton Campos.

1 INTRODUÇÃO

A infraestrutura urbana com toda sua complexidade envolvendo os diversos sistemas (viário, sanitário, energético e de comunicações, por exemplo) interligados a uma teia ainda mais heterogênea que são as cidades, deve observar de maneira mais específica para o importante tema do Parcelamento do Solo já que este instituto, a nosso ver, é ferramenta indispensável às medidas de planejamento urbano.

Nesse sentido, o presente estudo tem por escopo tratar os aspectos ambientais e urbanísticos relacionados ao Parcelamento do Solo urbano, objetivando fazer um paralelo entre as abordagens preliminarmente realizadas e os pontos associados ao conteúdo tratado no Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0), julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no dia 13 de dezembro de 2016.

O referido tema encontra-se intimamente relacionado ao Direito Constitucional, Ambiental e Urbanístico, e visa tratar da proteção ao meio ambiente em busca da garantia de uma melhor qualidade de vida para toda a sociedade. Deste modo, o método utilizado para a presente pesquisa é o dedutivo, e o estudo ocorreu por meio de pesquisas bibliográfica (doutrina e jurisprudência) e de dispositivos legais para se responder ao seguinte problema contido na seguinte indagação: o município deve ser responsabilizado quando da ausência de infraestrutura pública decorrente de parcelamento de solo urbano não realizado pelo loteador/empreendedor?

Para trabalhar a problemática apontada, utilizou-se de um acervo bibliográfico doutrinário, de legislações atualmente vigentes, sem se olvidar, contudo, de corpos normativos não mais em vigor, mas que se mostram essenciais à análise que se pretende. Foi adotado, também, parâmetros de pesquisas documentais, em sítios eletrônicos da rede mundial de computadores.

Para que esta pergunta seja respondida inicialmente serão demonstrados as espécies, os elementos e o procedimento de tramitação do Parcelamento do Solo, para após se adentrar a temática dos aspectos ambientais e urbanísticos presentes no instituto, bem como as consequências dos loteamentos irregulares e clandestinos. Será demonstrado por meio de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais o alcance da responsabilidade do empreendedor e do Poder Público Municipal quando não forem realizadas obras de infraestrutura decorrentes do parcelamento.

Ao final é realizada uma análise do Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0), o qual se investiga o alcance do envolvimento do município quando da ausência de Parcelamento do Solo, com ênfase nas obras de infraestrutura urbana.

Esta pesquisa tem como objetivo, genericamente, demonstrar que a relevância sistêmica do debate jurídico no âmbito ambiental e urbanístico quanto ao tema parcelamento do solo, bem como demonstrar a relevância de se analisar os empreendimentos imobiliários, relacionados ao loteamento urbano, que ainda na atualidade não possuem a relevância necessária na infraestrutura urbana já existente e os reflexos que sua ausência pode causar para os citados. Especificamente, pretende-se apresentar as espécies de parcelamento, o procedimento de tramitação e quais são os casos de se enquadram como irregulares e clandestinos, qual a importância dos municípios para sua fiscalização adequada e acompanhamento da expansão urbana, demonstrando ao final o alcance da sua responsabilidade.

A hipótese verificada aponta para uma avaliação acerca do planejamento urbano de maneira integrada como método técnico de desenvolvimento de uma cidade vocacionando o cidadão à inclusão aos equipamentos públicos na condição de infraestrutura urbana e que possibilitam o bem-estar social. Diante dessa importância inclusiva, ausência dos institutos apontados, através de fundamentação constitucional e infraconstitucional conduz à responsabilização do Poder Público Municipal.

A pesquisa se justifica pelo fato do Parcelamento do Solo ser instituto urbanístico de planejamento originário e de relevância salutar para a instituição dos sistemas de infraestrutura de uma cidade, cuja

importância está diretamente vinculada aos preceitos atuais da qualidade da vida humana e bem-estar dos habitantes de uma localidade. Nesse contexto, procura-se saber qual a atuação do município para a implementação desses preceitos.

2 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Parcelamento do solo é a subdivisão de uma área maior (gleba, terreno ou área indivisa) em partes menores, é o fracionamento de algo maior em porções menores com objetivo variado, desde alienação das porções resultantes do parcelamento até mesmo a constituição de hipoteca, por exemplo, cuja restrição ficará adstrita a apenas em uma parte individualizada.

Viana (1984) ao estudar o instituto do parcelamento do solo ensina que parcelar é dividir, fracionar em parcelas, ou seja, em lotes. Tem-se assim, que o objetivo primeiro do parcelamento é proporcionar o fracionamento de terreno urbano em áreas menores chamadas lotes.

O solo urbano que atrai para si a aplicação do parcelamento para 'fins urbanos' é aquela parte do terreno que possui edificações particulares e públicas, que abrigam os habitantes da cidade e possuem os centros administrativos políticos, o sistema viário, a infraestrutura urbana como um todo (hospitais, escolas, praças, creches, prédios públicos em geral).

Silva (2015, p.26) pondera que:

[...] do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume característica de cidade quando possui dois elementos essenciais: (a) as *unidades edilícias* – ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; (b) os *equipamentos públicos* – ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias destinadas à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais, mercados, praças de esportes etc.)

O parcelamento do solo urbano brasileiro atualmente é disciplinado pela lei n.6.766/79 (BRASIL, 1979), que estabeleceu duas espécies de parcelamento³: loteamento e desmembramento.

Os requisitos para a adoção de uma ou outra espécie dependerá, em linhas gerais, do sistema viário existente ou não no local a ser parcelado. Assim, caso seja necessário a implementação, a modificação ou o aumento de um sistema viário, deverá ser observado o que a legislação estabelece para o loteamento, caso já exista um sistema viário na região, a espécie de parcelamento do solo será desmembramento.

À vista disso, o interessado em parcelar uma área deve apresentar projeto perante a Prefeitura do município sendo que previamente teve acesso às diretrizes para o uso do solo, devendo o projeto conter o traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário.

Após as devidas análises e correções, se for o caso, para adequação de condições estabelecidas pela Prefeitura Municipal, há a aprovação do parcelamento, sendo que o mesmo deverá ser submetido à Serventia Imobiliária para devido registro a teor do que dispõe o artigo 18 da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979).

3 Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º- Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. (BRASIL, 1979, grifo nosso)

Em qualquer hipótese o objetivo do loteamento é a subdivisão da gleba (área maior) em partes menores, sendo que em qualquer das duas espécies, a consequência é a existência de lote⁴ ou lotes cujo fim é a edificação. Além disso, para que uma porção de terreno seja considerada lote é necessário o atendimento ao que dispõe os parágrafos do artigo 2º da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979):

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

§ 6º A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I - vias de circulação

II - escoamento das águas pluviais

III - rede para o abastecimento de água potável e

IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Assim, os elementos ambientais e urbanísticos devem estar presentes na caracterização e cumprimento da regularidade de um parcelamento do solo, os quais deverão ser detidamente analisados e propostos pelo município na tramitação do processo de loteamento ou desmembramento, cuja abordagem detalhada será tratada no item posterior.

2.1 Aspectos ambientais e urbanísticos presentes na lei n. 6.766/79

Os elementos ambientais e urbanísticos constantes da Lei de Parcelamentos do Solo são: (a) equipamento urbano; (b) equipamento comunitário e (c) espaços livres de uso público, com as alterações legislativas posteriores.

Os equipamentos urbanos estão definidos no artigo 2º, § 5º da lei n. 6.766/1979 (BRASIL, 1979) a saber: escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

Esses equipamentos, também conhecidos como urbanísticos, traçam os elementos relacionados à infraestrutura urbanística de uma cidade, proporcionando condição individualizada para a implementação do sistema urbano. Viabilizam, assim, a concretização de um espaço urbano. Silva (2015, p.174-175) define os equipamentos urbanísticos como sendo as “obras criadas para servir às unidades edilícias e destinadas à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente”, e ainda os exemplifica como as “estradas, ruas, praças, canalizações subterrâneas, escolas, hospitais mercados, equipamentos de transporte coletivo, edifícios públicos, equipamentos esportivos”, ou seja, são a estrutura indispensável para a organização urbana.

O autor estabelece maior especificação ao dispor que:

[...] os *equipamentos urbanos* se constituem de: (a) *equipamentos privados* – edificações residenciais, industriais e comerciais; (b) *equipamentos públicos (stricto sensu)* – edifícios públicos, vias e praças públicas; (c) *equipamentos de utilidade pública* – canalizações e redes de água, esgotos, telefone, eletricidade e iluminação pública; (d) *equipamentos de logradouro público* – placas, numeração, abrigos, cabinas, muros,

4 Lote é a porção de terreno com frente para o logradouro público em condições de receber edificação residencial, comercial, institucional ou industrial. Lotes são, pois, unidades edificáveis. (SILVA, 2015, p. 334)

gradis, bancos, fontes, esculturas ornamentais, recipientes para detritos, caixas de correio, relógios, extintores, dispositivos de comunicação visual para publicidade e propaganda; (e) *equipamentos sociais ou comunitários* – centros e locais de educação, saúde, lazer, esporte, religião e culto e promoção social. (SILVA, 2015, p. 176)

Quanto aos equipamentos comunitários a lei n. 6.766/79 dispõe que os mesmos seriam os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares, a teor do que estabelece o §2º do artigo 4º (BRASIL, 1979).

Os espaços públicos, como definido por Silva (2015, p. 271), são aqueles espaços abertos públicos ou destinados a integrar o patrimônio público nos loteamentos, excluídas as vias de comunicação.

Dessa forma, são os espaços ou locais cujos destinos são atribuídos à convivência ou uso da população de um determinado local. Conseqüentemente, um elemento essencial de um planejamento urbano pautado no moderno entendimento ambiental e urbanístico que, é sem dúvida, a garantia dos seguintes objetivos: a convivência social local, lazer, recreação, paisagem, estética⁵, descentralização demográfica, dentre outros.

À vista disso, a análise desses aspectos relacionados ao bem-estar da população local, com a observância da temática ambiental moderna e urbanística, deve levar em consideração os parâmetros dispostos na Lei Federal, mas, também, o que estabelece a legislação municipal por ser a competente para tratar da Política Urbana (artigo 30 da Constituição Federal de 1988).

Quanto à abordagem do bem-estar do cidadão, Bauman (2009, p. 50) apresenta que a “difusão de espaços públicos abertos, convidativos, acolhedores” com acesso a “todo tipo de cidadão” faz com que haja o exercício ao direito à cidade de forma plena, proporcionando compartilhamento e convivência social.

Conseqüentemente, os procedimentos dispostos na lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979) devem ser apreciados para que o parcelamento seja considerado regular, bem como para seja concretizada a função agregadora dos elementos ambientais e urbanísticos decorrentes do instituto, pois na eventualidade da sua não observância passará à caracterização do parcelamento irregular ou clandestino, o que será aprofundado.

2.2 Parcelamento do solo irregular e clandestino

Em sentido oposto, caso esses requisitos dispostos no item anterior não sejam observados para a operação da divisão do território, haverá ilegalidade que poderá ser manifestada através de duas espécies, conforme aponta Silva (2015, p. 338): os clandestinos, ou seja, os que não foram aprovados pela Prefeitura Municipal; e os irregulares, que são os aprovados pela Prefeitura, mas que não foram devidamente registrados nos Cartórios de Registro de Imóveis, ou o foram, mas sua execução ocorreu em desconformidade com o plano e as plantas aprovadas.

Os parcelamentos clandestinos são, na sua maioria, invasões em razão da densidade demográfica e baixo acesso aos imóveis disponíveis nos centros urbanizados, o que ocorreu em muitas cidades brasileiras, sendo o cenário da construção de várias periferias metropolitanas no Brasil, cuja convivência entre a realidade irregular e a regular apenas de próxima, limítrofe, estabelece um significativo distanciamento entre eles, como aponta Fiorillo e Ferreira (2010, p.25-26):

⁵ A simetria conduz ao tédio. Os quarteirões retangulares ou quadrados proporcionam, além da monotonia, os cruzamentos próximos e constantes, que irritam os condutores de veículos. [...] Os efeitos estéticos são de importância muito grande para equilibrar os desajustes das cidades industriais contemporâneas. (SILVA, 2015, p.305)

[...] a outra não está em condições de se servir deles, e se organiza por sua própria conta em outros estabelecimentos irregulares, muitas vezes em contato direto com os regulares, mas nitidamente distintos: o terreno é ocupado sem um título jurídico, as casas são construídas com recursos próprios, os serviços faltam ou são introduzidos a seguir, com critérios totalmente diversos daqueles que valem para o resto da cidade.

Há também a possibilidade de se constatar parcelamentos clandestinos quando loteadores que podem ou não têm o título de propriedade do terreno a ser dividido, procedem à alienação dos lotes sem que para isso submetam o projeto à análise das Prefeituras.

Os loteamentos irregulares, por sua vez, são aqueles em que o loteador apresenta à Prefeitura o projeto para sua apreciação de maneira regular e legalmente previsto, mas após sua aprovação adota duas condutas que o tornam irregular: (i) não realizam as obras que decorrem do loteamento, quanto às obras de infraestrutura (equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação) (ii) ou não o submetem o projeto aprovado à apreciação registral.

Em ambos os casos o loteamento se apresenta como irregular, já que não cumpriu os requisitos formais, sendo que os prejudicados com este tipo de ação serão: o terceiro adquirente e o Poder Público, alcançando também a coletividade daquela localidade, já que até sua regularização convivirão com a ausência de obras de infraestrutura, o que causa significativo impacto na cidade.

3 REGULARIZAÇÃO DOS LOTEAMENTOS: OBRIGAÇÃO DOS MUNICÍPIOS?

O artigo 40 da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979) dispõe sobre a responsabilidade dos municípios no caso de descumprimento por parte do loteador das obras de infraestrutura vinculadas ao loteamento realizado, nos seguintes termos:

Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Verifica-se ao ser analisado o *caput* do artigo 40, através de uma interpretação literal do dispositivo que a realização das obras de infraestrutura na hipótese de loteamentos irregulares seria uma possibilidade do Poder Público. Entretanto, em razão dos argumentos constitucionais e infraconstitucionais, doutrinários e jurisprudenciais a seguir apresentados, uma análise textual não poderá prevalecer.

A Constituição Federal estabelece no artigo 30, inciso VIII a competência dos municípios para promoverem “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

A ocupação ordenada do território urbano é competência e responsabilidade do município, sendo sua atribuição o que é implementado por meio de medidas de planejamento. As atribuições aqui mencionadas não dizem respeito apenas às pretensões que o gestor pretende ao território, mas principalmente quanto ao objetivo central de se ordenar: qualidade de vida.

A qualidade que se pretende advinda da necessária aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é objetivo central a ser perseguido pelo Poder Público como ensina Alochio (2010, p. 43), o que deve ocorrer mediante a disponibilização do sistema e serviços urbanos, tais como: infraestrutura ambiental (água, esgoto, drenagem de águas pluviais e coleta seletiva), iluminação pública, sistema viário, que devem ser eficazes e universais.

A legislação em uma escolha acertada imprimiu tal responsabilidade, inicialmente, ao empreendedor loteador, que custeará a execução das obras de infraestrutura como uma contrapartida aos

impactos que o seu empreendimento vai gerar na cidade. Entretanto, caso o mesmo não seja realizado em conformidade com as pretensões do planejamento urbano definido, o mesmo poderá ser realizado pelo Poder Público.

Ainda no plano constitucional o artigo 182 ao dispor sobre “Política Urbana” já a atribui ao Poder Público Municipal estabelecendo como objetivo a ser alcançado “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (BRASIL, 1988).

Outro dispositivo constitucional que converge para a resposta ao questionamento central deste tópico em análise é o artigo 225⁶ já que aqui se encontra como bem apresentado por Fiorillo, “uma proteção geral ao meio ambiente como tutela da vida em todas as suas formas, centrada na dignidade da pessoa humana” (FIORILLO, 2014, p.617). No caso em discussão o apontamento ambiental que se verifica é o meio ambiente artificial que conceituado pelo mesmo professor significa

[...] o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaços urbanos aberto). Dessa forma, todo o espaço construído, bem como todos os espaços habitáveis pelo homem compõe o meio ambiente artificial. (FIORILLO, 2014, p. 616)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de José Afonso da Silva (2000, p. 21), ao apresentar alguns exemplos do que seriam cada um dos espaços urbanos, os fechados e os abertos: conjunto de edificações (imóveis/prédios particulares e públicos) e ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral, respectivamente.

Ainda quanto à efetividade do artigo 225 (BRASIL, 1988)⁷ no âmbito urbano é relevante ponderar, conforme leciona Fiorillo (2014, p.618-619), que o cumprimento da função social da cidade está satisfeita para seus habitantes quando atende os seguintes requisitos: a) acesso à moradia digna; b) disponibilização de circulação viária livre e tranquila; c) lazer e recreação; d) desenvolvimento de atividades laborativas; e) consequentemente que possibilite condições econômicas para o consumo de serviço e produtos.

Os requisitos acima indicados foram, no âmbito infraconstitucional, concretizados através da lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) que dispôs no parágrafo único do artigo 1º que esta legislação é uma norma de ordem pública e interesse social que regula o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Com isso, os parâmetros dispostos no Estatuto da Cidade assumem valores metaindividuais, não havendo qualquer dúvida de interpretação quanto a essa posição, sendo que no artigo 2º da lei n. 10.257/2001 (BRASIL, 2001) é expresso ao dispor que:

6 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

7 “Com a edição da Constituição Federal de 1988, fundamentada em sistema econômico capitalista, que necessariamente tem seus limites impostos pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV, da CF), a cidade – e suas duas realidades, a saber, os estabelecimentos regulares e os estabelecimentos irregulares – passa a *ter natureza jurídica ambiental*, ou seja, a partir de 1988 a cidade deixa de ser observada pelo plano jurídico com base nos regramentos adaptados tão somente aos bens privados ou públicos e passa a ser disciplinado em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF) de forma mediata e de forma imediata em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial). Portanto, a cidade, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a obedecer a denominada ordem urbanística dentro de parâmetros jurídicos adaptados às necessidades do final do século XX e início do século XIX.

É, portanto, adaptado ao novo conceito jurídico constitucional do que significa a cidade – o conceito de bem ambiental – que temos condições de analisar a tutela jurídica do denominado meio ambiente artificial.” (FIORILLO, 2014, p.529).

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

(...)

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

(...)

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

Deste modo, como objetivo ordenador da política urbana tem-se de forma expressa a necessidade de se evitar a utilizar a infraestrutura urbana, bem como o parcelamento do solo de maneira inadequada ou excessiva.

Por consequência, conclusão diversa não poderia ser quanto à responsabilidade do Poder Público Municipal na realização das obras de infraestrutura em caso de loteamento irregular ou clandestino, com vistas ao bem coletivo dos habitantes da cidade.

A expressão “poderá” disposta no artigo 40 da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979) advém da responsabilização preliminar do loteador, entretanto, o poder-dever do Poder Público não pode ser afastado quando da interpretação do dispositivo. Essa hipótese, em nosso entendimento, ocorrerá tanto no caso de não realização das obras pelo empreendedor, analisando a não execução das obras de infraestrutura como violação à qualidade de vida e saúde das pessoas, bem como na hipótese do não exercício do Poder de Polícia.

Assim, as considerações tratadas nesses capítulos são conceituais e a sustentação para o exame da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

4 ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0)

Conforme tratado no capítulo anterior, é fato que desde o advento da Constituição Federal de 1988 e da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979), é possível se falar na responsabilidade dos Municípios quando não são realizadas as obras de infraestrutura no parcelamento do solo urbano. Não obstante, também é de fundamental importância observar a extensão das decisões do Poder Judiciário, pois não há que se extrapolar o alcance dessa atuação de forma a prejudicar e até mesmo contaminar o planejamento orçamentário municipal.

É nesse contexto, que se desenvolve a análise do Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0) e foi julgado pelos Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual será demonstrado a seguir.

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo município de Soledade já que inconformado com a revisão da decisão da Primeira Instância ao julgar improcedente Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pelo Tribunal de Justiça desse mesmo Estado.

A pretensão Ministerial, quando do ajuizamento, foi compelir o município de Soledade à regularização de loteamento clandestino realizado por Vítor Santo Ortiz, bem como a desocupação de área de preservação permanente, regularizando o loteamento urbano a fim de adequá-lo à legislação nacional, estadual e municipal, com a realização de obras de infraestrutura e a reparação do dano ambiental existente.

Todavia, em Primeira Instância o Magistrado entendeu pela improcedência dos pedidos, com isso o Ministério Público apresentou Recurso de Apelação Cível nº 70062652151 o qual foi julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível do Estado do Rio Grande do Sul, a qual entendeu por necessária reforma da decisão.

O Desembargador Marco Aurélio Heinz foi o Relator, o qual entendeu sem maiores complexidades pelo provimento parcial do apelo⁸, o fez baseado em dois fatos apresentados de maneira destacada no voto. O primeiro se refere à responsabilidade do município para regularizar o loteamento urbano, tendo em vista sua competência disposta no art. 30, VIII da Constituição Federal e, o segundo refere-se à desocupação de famílias que ocupavam área de preservação permanente, entendendo pelo dever do município de proceder à desocupação das famílias, com fundamento no artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e da lei n. 6.938/1981⁹ (BRASIL, 1981).

O Revisor, Desembargador Armindo José Abreu Lima da Rosa, também votou pela parcial procedência do pedido, o que foi acompanhado pelo Vogal (Desembargador Marcelo Bandeira Pereira), mas apresentou a necessidade de restrição quanto às obrigações de regularização que deverão ser realizadas pelo município, quais sejam: (1) vias de circulação; (2) escoamento de águas pluviais; (3) rede de abastecimento de água potável; (4) rede de energia elétrica, inclusive domiciliar; e (5) esgoto sanitário. Com isso, seu voto foi, apenas nesse particular e quanto ao prazo para cumprimento das medidas diverso do Relator.

Entretanto, posição que se pretende deixar expressa foi quanto a dois aspectos do seu voto: (i) natureza da responsabilidade do município e (ii) o alcance do comportamento omissivo do Poder Público.

Quanto ao primeiro aspecto, o Revisor apresenta o entendimento sobre a responsabilidade subsidiária do município quando a matéria envolver “irregularidade por deficiência viária, ou de serviços de água, esgoto e iluminação, vinga a ótica clássica e a responsabilidade subsidiária” (BRASIL, 2016). Entretanto, como no caso concreto houve manifesta invasão de área de preservação permanente, a “irregularidade permeia o dano ambiental” e com isso a “responsabilização do município é solidária” (BRASIL, 2016).

Nesse particular indispensável seja retomado o raciocínio indicado no capítulo anterior, pois o entendimento apresentado no Recurso de Apelação é segmentado de uma visão holística que se pretende ao direito ambiental, vez que como já demonstrado, o alcance da ausência de um dos elementos da obra de infraestrutura decorrente de parcelamento do solo, é difuso, pois pode causar nocivo prejuízo à saúde dos cidadãos, o que nada mais é do que a pretensão a ser atingida com a sustentabilidade, ou seja, trata-se do cumprimento de norma ambiental. O segundo aspecto apontado foi a citação de uma decisão da Suprema Corte do Ministro Celso de Mello:

O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado [...] (BRASIL, 2016)

Assim, não pode o Poder Público agir de forma passiva perante questões constitucionalmente estabelecidas.

Diante disso, inconformado com a decisão de Segunda Instância, o Município de Soledade interpôs Recurso Especial alegando violação do artigo 40 da lei n. 6.766/1979 (BRASIL, 1979) sob o argumento de que a responsabilidade pela regularização de loteamento é exclusiva do loteador, não podendo o Município

8 Sendo assim, dou parcial provimento ao apelo, para, julgando procedente, em parte, a ação civil pública, condenar o município de Soledade: no prazo de 120 dias realizar obras de infra-estrutura descritas na Lei n. 6.766/79, no loteamento irregular, regularizando-o; no prazo de seis meses proceder a remoção dos ocupantes da área de preservação permanente, com a apresentação de projeto elaborado por profissional habilitado, para recuperação da área degradada, executando as medidas necessária ali apontadas.

9 Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

ser obrigado a realizá-lo, ainda que de modo subsidiário, apesar de seu dever de fiscalizar tal regularização.

O Ministro Herman Benjamin, Relator do Recurso, citando o REsp nº 859.905/RS que já havia examinado detidamente a aplicabilidade do artigo 40 da lei n. 6.766/1979 (BRASIL, 1979), o que se aplicou precisamente no caso em julgamento, posicionou que

A jurisprudência do STJ dispõe que o termo “poderá”, utilizado no art. 40 da Lei 6.766/1999, indica, na verdade, um “dever-poder” do Município, a quem, sem prejuízo das obrigações pessoais dos sujeitos responsáveis pelo ilícito (inclusive os administradores públicos omissos), incumbe concluir as obras necessárias para a regularização de loteamento incompleto.

[...]

A rigor, o dever do Município não se restringe ao loteamento irregular ou clandestino, nem decorre essencialmente da disposição da Lei Lehmann.

De fato, é incumbência inafastável do Município promover a ocupação ordenada do solo urbano, nos termos do art. 30, VIII, da CF:

[...]

Nesse sentido, o dever de promover o asfaltamento das vias, a implementação de iluminação pública, redes de energia, água e esgoto, os calçamentos etc. refere-se a todo o território do Município, e não apenas a esses loteamentos incompletos, de modo a “garantir o bem-estar de seus habitantes”, nos termos do plano diretor e da legislação urbanística, conforme o art. 182 da CF. (BRASIL, 2011)

Ainda foi citada importante passagem transcrita abaixo para sustentação da decisão:

A omissão do loteador não gera, por si só, prioridade absoluta e automática no confronto com outras demandas preexistentes relativas à malha urbana e a outros aspectos associados à regularidade urbanístico-ambiental.

A interpretação da lei federal não pode implicar um “fura-fila” no atendimento das carências sociais, sobretudo se, para solucionar as eventualmente judicializadas, acabar-se por desamparar os mais pobres, com igual precisão urbanístico-ambiental.

O governo local deve promover, sim, as melhorias necessárias para aqueles que moram nesses loteamentos, mas direcionadas a todos os habitantes da cidade.

[...]

A intervenção judicial, nessas circunstâncias, faz-se na linha de exigir do Poder Público a remoção das pessoas alojadas nesses lugares insalubres, impróprios ou inóspitos, assegurando-lhes habitação digna e segura – o verdadeiro direito à cidade.

Mesmo na hipótese de loteamentos *irregulares* (aprovados, mas não inscritos ou executados adequadamente), a obrigação do Poder Público restringe-se à infraestrutura necessária para sua inserção na malha urbana, como ruas, esgoto, iluminação pública etc., de modo a atender aos moradores já instalados, sem prejuízo do também dever-poder da Administração de cobrar dos responsáveis os custos em que incorrer na sua atuação saneadora. (BRASIL, 2011)

Esse entendimento corrobora o previsto no artigo 40 da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979), pois caso contrário não estaria consagrando a pretensão maior do dispositivo que é “evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes”.

Quanto à obrigatoriedade para o cumprimento da regularização, apresenta o Relator posição de ser este um ato discricionário, pois deverá o Poder Público Municipal se ater às “limitações orçamentárias dos governos”. E continua:

A expressão ‘poderá regularizar’ não se põe diretamente com um conteúdo de ‘dever’, porque não há como compelir entes políticos a fazer algo mediante imperativos de caráter infraconstitucional. Entretanto, a faculdade anunciada tem, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, o caráter de ‘dever-poder’, visto que não é possível admitir-se a transigência do poder público para renunciar à regularização indispensável a evitar-se lesão aos padrões de desenvolvimento urbano. (Mukai, Toshio; Alves, Alaôr Caffé; Lomar, Paulo

José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos (comentários à Nova Lei n. 6766, de 19-12-1979)*, 2ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, p. 235). (BRASIL, 2016)

Conclui estabelecendo que o relevante na discussão não seria a verificação da discricionariedade ou dever-poder para a regularização dos loteamentos, já que sem dúvida é dever-poder, mas sim reconhecer que a atuação do Município não tem o condão de beneficiar o loteador faltoso. Sem falar que vai muito além de garantir os direitos dos adquirentes de lotes prejudicados pela omissão, pois incumbe ao Administrador Público, também por força de lei, considerar a cidade como um todo e os direitos dos outros munícipes à qualidade urbanístico-ambiental. O que deve orientar a atuação do Município é, essencialmente, o interesse da coletividade na observância aos “padrões de desenvolvimento urbano” (art. 40, *caput*, da lei n. 6.766/79), para atender às “funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*, da Constituição Federal).

Desta maneira, verificou-se que foi negado provimento ao Recurso Especial interposto pelo Município de Soledade para manter incólume a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já que condenou o Recorrente ao cumprimento do disposto no art. 2º, § 5º da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979), limitando a execução das obras de infraestrutura aos elementos básicos ali dispostos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da elaboração do artigo e análise de doutrinas e jurisprudência, foi observado que a temática referente à responsabilidade do Município na execução de obras de infraestrutura não realizadas pelo empreendedor/loteador, constitui num conteúdo de significativa discussão, principalmente quanto ao alcance dos aspectos ambientais vinculados ao bem-estar dos cidadãos e que receberão os impactos da ausência dessas obras.

As discussões sobre planejamento urbano e a direta relação com o Parcelamento do Solo se intensificaram com o advento da Constituição da República de 1988, que reconheceu a competência dos Municípios quanto às políticas urbanas.

Igualmente, o aspecto do dever-poder do Município em detrimento da previsão orçamentária para medidas de infraestrutura, mas vinculadas ao planejamento urbano que está intrinsecamente conectado com o interesse local dessa sociedade é matéria extremamente relevante e merece discussões, inobstante a obrigatoriedade do Poder Público Municipal pelo sistema integrado urbano.

Assim, observou-se que no caso de descumprimento das medidas impostas para o loteador ou mesmo na hipótese do parcelamento clandestino, as diretrizes da política urbana devem verter sua atenção à fiscalização no intuito da prevenção da ocorrência do disposto no artigo 40 da lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979), pois inobstante a expressão do *caput* deste artigo ser “poderá” há responsabilidade advinda de outros dispositivos legais, que somados a este, convergem ao dever do município, confirmado o problema apontado como núcleo central da pesquisa.

Por estes motivos, torna-se de fundamental importância o acompanhamento e efetivo controle pelo Município das ocorrências de empreendimentos cujos impactos ambientais e urbanísticos serão percebidos por todos os habitantes daquele centro urbano, de forma direta ou indireta.

Foi o que consideraram os julgadores da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisarem o Recurso Especial nº 1.594.361 - RS (2015/0292160-0), pois não encontraram elementos suficientes que demonstravam que o Município de Soledade não fosse o responsável pela execução das obras de infraestrutura em razão da não execução por parte de empreendedor/loteador.

Os objetivos de maneira geral e específica foram alcançados, concretizando-os através, principalmente, dos dispositivos legais presentes na pesquisa, notadamente pela legislação infraconstitucional e de forma integral pautado na norma constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Plano Direito Urbano e Estatuto da Cidade: medidas cautelares e moratórias urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Dec.-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Diário Oficial da União, Brasília, 10 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Dec.-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 859.905/RS pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Herman Benjamin. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 01 de setembro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21610570/recurso-especial-resp-859905-rs-2006-0124817-0-stj/inteiro-teor-21610571>>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1594361/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201502921600&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em: mar. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FELDMAN, Sarah. *Avanços e limites na historiografia da legislação urbanística brasileira*. Estudos Urbanos e Regionais, São Paulo, n. 4, p. 33-47, maio 2001.

FERNANDES, Edésio; ALFOSIN, Betânia (Coords.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

FERNANDES, Edésio. *Direito e gestão na construção da cidade democrática de direito*. Disponível em: <<http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/oculum/article/view/783>> Acesso em: mar. 2017.

FERNANDES, Edésio. Do código civil ao estatuto da cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba*, p. 12-33, maio 2001. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/136/127>. Acesso em: mar. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Estatuto da cidade comentado: lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial*. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de Direito Ambiental*. 5. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LUFT, Rosângela Marina. *Políticas Públicas Urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente Urbano*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

SAULE JR., Nelson [Org.]. *A Perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei do parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/434>> Acesso em: mar. 2017.

LEONELLI, Giselle Cunha Viana. *A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766: debates e propostas do início do sec. XX a 1979*. Tese apresentada ao Departamento de Arquitetura e Urbanismo da Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo para obtenção do título em Doutor em Arquitetura e Urbanismo. São Carlos. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18142/tde-04092013-172142/pt-br.php>> Acesso em: mar. 2017.

QUINTO JR., Luiz de Pinedo. *Nova legislação urbana e os velhos fantasmas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000100011&script=sci_arttext> Acesso em: mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 7006265215. Relator: Desembargador Marco Aurélio Heinz. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 28 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70062652151&num_processo=70062652151&codEmenta=6143606&templntTeor=true> Acesso em: mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Loteamentos fechados: privatização de espaços públicos e escravização dos moradores. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, nº8/15, p. 133-147, jan. 2011.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários à lei sobre parcelamento do solo urbano: doutrina, jurisprudência, prática*. 2. ed. ampliada e revisada. São Paulo. Ed. Saraiva, 1984.

WINTER, Gerd. Proporcionalidade ecológica: um princípio jurídico emergente para a natureza? *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.55-78, Julho/Dezembro de 2013.

Recebido em: 06/06/2017

Aprovado em: 27/04/2018

Como citar este artigo (ABNT):

COSTA, Beatriz Souza; GUEDES, Isabel Camargo. A responsabilidade dos municípios na concretização dos elementos ambientais e urbanísticos no parcelamento do solo urbano e suas nuances no Recurso Especial nº 1.594.361. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.96-108, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

O SEGURO D&O COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

D & O INSURANCE AS INSTRUMENT OF PROTECTION OF BUSINESS MANAGERS

Jean Carlos Fernandes¹
Ricardo Henrique e Silva Guerra²

RESUMO: Atos de gestão praticados pelos administradores das sociedades empresárias que acarretem danos a acionistas, empregados, concorrentes, entidades governamentais e terceiros podem implicar ações judiciais. Nesse caso, o responsável pela condução dos negócios sociais pode vir a responder com seu patrimônio pessoal. Um instrumento eficaz criado para mitigar esse tipo de risco é o *D&O*. Trata-se de uma modalidade de seguro de responsabilidade civil, cuja finalidade é proteger o patrimônio dos administradores, quando esses forem responsabilizados, judicial ou administrativamente, em virtude de atos ou omissões culposas praticados no exercício regular de suas funções, acarretando danos materiais, corporais ou morais a terceiros, à própria sociedade empresária e/ou suas controladas por imputações feitas por órgãos governamentais. Criado na década de 1930, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, o *D&O* surgiu como uma proteção aos gestores das empresas de capital aberto, pois segundo as leis americanas da época, as empresas não podiam ser responsabilizadas por erros do gestor, nem tampouco reembolsar clientes por prejuízos. No Brasil, foi introduzido no final dos anos 90, por influência do programa de privatização de grandes companhias ocorridas na época e pela necessidade de proteção para empresas que começavam a acessar o mercado de valores mobiliários americano.

Palavras-chave: Administradores; conformidade; responsabilidade; seguro.

ABSTRACT: Management acts carried out by managers of business companies that cause damages to shareholders, employees, competitors, government entities and third parties may entail legal actions. In this case, the person in charge of conducting social business may respond with his or her personal property. An effective instrument designed to mitigate this type of risk is *D&O*. This is a form of civil liability insurance, whose purpose is to protect the property of administrators, when they are held liable, judicially or administratively, for acts or omissions committed in the normal exercise of their duties, resulting in material, bodily damages or moral to third parties, to the company itself and / or its subsidiaries by imputations made by governmental organs. Created in the 1930s, after the collapse of the New York Stock Exchange, *D&O* emerged as a protection for publicly traded companies because, under US law at the time, companies could not be held liable for manager's mistakes, neither Reimburse clients for damages. In Brazil, it was introduced in the late 1990s, influenced by the privatization program of large companies that occurred at the time and the need for protection for companies that started to access the American securities market.

Keywords: Compliance; d&o; insurance; liability.

1 Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (graduação e pós-graduação). Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Societário da OAB/MG. Conselheiro do Conselho de Assuntos Jurídicos da Associação Comercial e Empresarial de Minas Gerais. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (Caminas). Advogado.

2 Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho/RJ e em Finanças Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Consequência da globalização, o cenário competitivo no qual as empresas³ estão inseridas tem exigido cada vez mais dos dirigentes empresariais, capacidade e agilidade no processo de tomada das decisões.

A dinamicidade do mundo globalizado impõe desafios cada vez maiores aos administradores de sociedades empresárias. Diante das constantes mudanças corporativas, necessitam de atualização constante, visando aprimorar suas competências. Estabelecer novas estratégias, planejar, organizar, gerir de forma eficiente e eficaz recursos financeiros, humanos e materiais, com o objetivo de se fazer mais e melhor com menos são algumas das variáveis de uma equação cada vez mais complexa, cuja solução requer preparo e conhecimento.

Em tempos de baixo crescimento econômico a busca por eficiência se torna premissa básica para a sobrevivência empresarial. Almejar sempre os melhores retornos com os menores riscos é um importante pressuposto para quem direciona esforços e recursos num empreendimento empresarial. Um ambiente que propicie maior segurança jurídica e certeza econômico-financeira favorece bons investimentos.

Aliado a isso, a valorização de princípios éticos, a implementação de Sistemas de Controles Internos e *Compliance*, Gestão de Riscos, a adoção de um Código de Conduta e das boas práticas de Governança Corporativa, que tem como pilares básicos – transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*)⁴, prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa - contribuem para a solidez do mercado e, por conseguinte, asseguram maior “conforto” àqueles que querem alocar os seus investimentos em determinada sociedade empresária (sujeito de direito). A adoção de práticas da boa governança corporativa contribui para a sustentabilidade empresarial, assegura uma gestão eficiente e, por conseguinte, estabelece um diferencial competitivo em todas as dimensões.

Exsurge daí, a necessidade de se discutir, especialmente, os limites de condução dos negócios sociais, exigindo do gestor da sociedade certa dose de ousadia, sem se afastar de elementos éticos e jurídicos misteres a sua adequação: se devem existir e quais seriam estes limites, com fulcro no paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Como conciliar isso, com o alcance dos melhores resultados, numa vanguarda competitiva estabelecida naturalmente pelos mercados. Ao mesmo tempo, quando exerce suas funções, o administrador deve comportar-se de forma diligente, dentro dos limites legais, da ordem pública e da política estabelecida pela sociedade empresária.

A legislação brasileira estabelece direitos e deveres que devem ser observados pelos administradores na condução de seus negócios. O instituto da Responsabilidade do Administrador abrange vários aspectos legais. No entanto, com a adoção do Código Civil de 2002, a responsabilidade desse gestor passou a ser mais abrangente.

Atos de gestão na empresa praticados por seu controlador e administradores (conselheiros de administração e diretores) que acarretam danos a acionistas, empregados, concorrentes, entidades governamentais e terceiros podem implicar ações judiciais. Nesse caso, com a adoção da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, o responsável pela gestão e condução da

3 Visando os objetivos centrais do presente estudo, assim como Paula Forgioni, “não nos ateremos à exata distinção terminológica entre sociedade (sujeito de direito) e empresa (objeto de direito)”. (FORGIONI, 2010, p.18).

4 Em Governança Corporativa, o Princípio da Equidade estabelece que cada ação deva corresponder a um voto – ‘uma ação, um voto’. Assim, não há “capital sem voto” e nesse sentido, não haveria distinção entre ações preferenciais e ordinárias. O NM (Novo Mercado), melhor nível de governança, não permite a existência de ações preferenciais (PN). Por isso, a companhia participante do NM deve emitir exclusivamente ações ordinárias. Já no Nível 2 de Governança, em caso de venda do controle da companhia, há extensão para os acionistas ordinários das mesmas condições obtidas pelo controlador; os direitos dos detentores de ações preferenciais são de no mínimo 70% desse valor. No Nível 2 são ainda concedidos aos acionistas preferenciais direito de voto em algumas matérias.

empresa pode vir a responder com seu patrimônio pessoal, expondo à vulnerabilidade os executivos com a tarefa de gestão.

Diariamente, a população vem assistindo estarecida aos escândalos de corrupção noticiados, decorrentes da denominada “Operação Lava-Jato”, que envolve executivos da Petrobras S/A, uma das maiores empresas de petróleo do mundo. As investigações envolvem, além de políticos e membros outros do Governo, empreiteiros e grandes construtoras. Com desdobramentos de toda ordem e natureza, consequência de ingerências políticas e má-administração dos recursos ali empregados, os prejuízos decorrentes de pagamentos indevidos e identificados, somente no âmbito dessa operação totalizaram R\$ 6,2 bilhões em 2014. (VALOR ECONÔMICO, 2015, p. B2).

Dessa maneira, no presente artigo serão analisados os principais instrumentos de proteção dos administradores, sua especificação, legalidade e abordagens.

2 RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

Os deveres de diligência e lealdade prescritos aos administradores das sociedades anônimas (arts. 153 e 155 da Lei 6.404/76) podem ser entendidos como preceitos gerais, aplicáveis a todas as pessoas incumbidas de administrar bens ou interesses alheios. Para cumprir o dever de diligência, o administrador deve observar na condução dos seus negócios sociais, os preceitos da tecnologia da administração de empresas. Da mesma forma, para cumprir o dever de lealdade, o diretor não pode se valer de informações privilegiadas a que teve acesso para se beneficiar, ou a terceiro. Não pode, também, se utilizar dos recursos humanos ou materiais da empresa para propósitos particulares. É-lhe vedado, finalmente concorrer com a sociedade, ou envolver-se em negócios, quando presente virtual conflito de interesses. (COELHO, 2014, p.442-443). Seriam exemplos de condutas desleais e não diligentes: não cotar preços ao adquirir insumos para a empresa; não negociar com fornecedores sobre valores e condições de pagamento; beneficiar-se das oportunidades negociais em interesses próprios e não da empresa.

Assim, interpreta-se que os deveres previstos na Lei 6.404/76 representam parâmetros de aferição do desempenho dos administradores da sociedade limitada. Sua responsabilidade tem lugar quando desatendidos os deveres gerais dos administradores, previstos nos artigos 1.011, 1.016 e 1.017 do CC/02⁵.

Nesse sentido, o art. 1.011, do CC/02, dispõe, *in verbis*: “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

Em regra, o administrador de sociedade empresária não tem responsabilidade pessoal pelas obrigações que assumir em nome da sociedade e em decorrência de atos regulares de gestão empresarial. Significa dizer que não se pode responsabilizar o administrador por atos de representação e gestão ordinária da sociedade. A exceção a esse fundamento é a responsabilidade civil pessoal do administrador, quando ele atuar dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou ainda com violação da lei ou estatuto. Na hipótese de a sociedade vir a sofrer prejuízos pela inobservância por parte do administrador do cumprimento de seus deveres legais, ele será responsabilizado pelo ressarcimento dos danos.

Para caracterização dessa responsabilização e, por conseguinte, surgimento do dever de indenizar é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: ação ou omissão voluntária que determinou a ocorrência fática de uma conduta ilícita, e o nexo de causalidade com o dano

5 Código Civil de 2002

consequente, qualificado pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Cabe mencionar aqui o comando legal disposto no art. 186, do CC/02, *in verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse diapasão, cumpre ressaltar, o princípio geral da responsabilidade civil extracontratual adotado no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva (CC/02, art. 927, *caput*).

Logo, para que seja apurada a responsabilidade do administrador de uma sociedade limitada, faz-se necessário que se prove o fato, o dano, a relação de causalidade entre eles e a culpa, isso é, a responsabilidade subjetiva clássica, fundada na culpa. É o que prevê o art. 1016, do CC/02, *in verbis*: “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por *culpa* no desempenho de suas funções”. Nesse caso, estende-se a responsabilidade culposa cometida por um administrador a outros que podem não ter contribuído para a ocorrência do dano, ou ainda terem sido coniventes com atos de outros administradores. Interessante anotar que se consignando em ata a discordância do administrador para com determinado ato, comprova-se a sua não participação como violador do contrato social, configurando-se assim como cláusula excludente de responsabilidade. (DINIZ, 2003, p.105).

O parágrafo único do art. 1017 do CC/02 atenta para operações contrárias aos “interesses da empresa”. Surge um problema de ordem prática que é definir o alcance da expressão “interesse contrário”. Para exemplificar a situação, é possível imaginar determinada empresa que tem como objeto social a produção e comercialização de automóveis e, em decorrência disso, contrata com terceiros a compra de material de construção destinado a um pequeno galpão para estocagem de peças automotivas advindas dos seus fornecedores e que serão utilizadas no seu processo fabril. Ora, a finalidade da empresa não é construção; mas a edificação desse galpão é fundamental para o sucesso do negócio. No entanto, surgindo algum tipo de prejuízo, advindo do inadimplemento da obrigação contratual, poderá o administrador ser responsabilizado, por se tratar de operação estranha à finalidade da empresa, ainda que correlata a esta.

Fábio Ulhoa Coelho assevera que a *ultra vires doctrine* postula a nulidade dos atos praticados em nome da sociedade, mas estranhos ao objeto social. (COELHO, 2003, p. 401). O CC/02 menciona expressamente a referida teoria (art. 1015, parágrafo único, III). Estabelece o texto legal que a prática de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade pode ser oposta a terceiros como excesso de poderes por parte dos administradores. São atos que extrapolam ou são estranhos ao objeto social e à atividade da empresa. Nestes casos de excesso de mandato, os administradores respondem pessoalmente, solidária e ilimitadamente pelas obrigações assumidas pela sociedade perante terceiros de boa-fé.

A esse respeito, é pertinente a menção da chamada “Teoria da Aparência”. Por ela, a sociedade responde perante terceiros de boa-fé que com ela contratam confiando na imagem pública ou externa da empresa. (BARBI FILHO, 1990, p. 28).

Há que se falar ainda, que com o advento do CC/02, ocorre a possibilidade de regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da Sociedade Anônima, desde que essa previsão esteja expressa no contrato social da sociedade limitada, conforme disposto no parágrafo único do art. 1053 do CC/2002.

Faz-se mister trazer a baila o “Princípio da Autonomia Patrimonial”, um dos pilares do direito societário. Por esse princípio, *em regra*, apenas os bens sociais respondem pelas obrigações da sociedade, ou seja, o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade. Esta é uma pessoa jurídica distinta dos sócios, capaz de assumir direitos e contrair obrigações. “A regra é a da irresponsabilidade dos sócios da sociedade limitada pelas dívidas sociais. Isto é, os sócios respondem apenas pelo valor das quotas com que se comprometem no contrato social (CC/02, art. 1.052). É esse o limite de sua responsabilidade”. (COELHO, 2003, p. 402).

Em princípio, nas sociedades anônimas não há que se falar em responsabilidade solidária dos administradores. Dessa forma, o administrador não responde por atos ilícitos praticados por outros administradores, salvo se com eles for conivente, negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração, dando conhecimento do fato ao conselho fiscal ou à assembleia geral (art. 158, §1º da LSA⁶). Muito embora a responsabilidade seja individual do administrador causador do dano, ela se estende a todos que, de alguma forma, concorreram para a prática danosa (art. 158, § 2º da LSA).

Pela Teoria Organicista, ao se tratar da relação jurídica entre a sociedade e seus administradores, estes atuam exteriorizando a vontade da pessoa jurídica, da qual são seus órgãos. A expressão “administradores” disposta na LSA abrange os membros de dois órgãos da estrutura societária: a diretoria e o conselho de administração, os quais são definidos como órgãos da administração (LSA, art. 138).

Nesse sentido, são administradores da companhia os conselheiros e os diretores. Estes possuem funções executivas, enquanto aqueles têm funções deliberativas. Para as empresas fechadas que não recorrem ao mercado de capitais, o conselho de administração é facultativo. (CORRÊA-LIMA, 1989, p.47).

Ora, a diretoria constitui órgão distinto da administração, com funções diversas das que cabem ao conselho. Atribuir-se ao conselho responsabilidade por atos praticados individualmente pelos diretores, a não ser que se configure conivência ou negligência, seria totalmente injusto e antijurídico. (CARVALHOSA, São Paulo, p. 39).

A Lei das Sociedades Anônimas fixa os deveres dos administradores. Esses deveres, se porventura forem violados, são propiciadores da responsabilidade civil do administrador. Cabe à legislação penal a cominação de sanções para as condutas indesejadas e criminosas.

Ao iniciar o tratamento dos deveres e responsabilidades dos administradores das companhias, o legislador começa por traduzir de forma sintetizada o princípio romano do *vir probos bonus pater familias*. O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus negócios (art. 153 da Lei 6.404/76). Esse é o dever de diligência, do qual os demais são meros desdobramentos. “Diligência significa cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza (...), é mais que mera prudência.” (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 228).

É interessante observar que o direito norte-americano, nesse particular, desenvolve-se segundo uma regra extremamente flexível e abrangente, conhecida como *business judgement rule*. Pode ser equiparada ao conceito, utilizado no direito pátrio, da obrigação de meio a que se submete o administrador. A regra estabelece que o administrador que age em face de razoáveis informações e com certa racionalidade, não pode ser responsabilizado por resultados negativos para a companhia. (RODRIGUES NETO, p.142).

É um expediente desenvolvido para proteger os administradores das companhias contra a responsabilidade pessoal por erros de julgamento em negócios, cometidos em boa-fé. As condições para a aplicação da *business judgement rule* seriam, segundo a doutrina norte-americana: a decisão baseada num julgamento (juízo de valores); boa fé; e estrita observância dos deveres de obediência, diligência e lealdade.

A doutrina e jurisprudência norte-americanos enfatizam que uma solução deve ser dada quando se toma uma decisão; outra, quando se toma uma decisão informada. Decisão desinformada equivale a negligência, contrário de diligência. O § 6º do art. 159 importou e implantou no nosso ordenamento jurídico a *business judgement rule*, do direito norte-americano. (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 251, 255 e 256).

Junyent Bas e Gagliardo confirmam: “a obrigação do administrador nas sociedades

6 LSA – abreviatura utilizada para mencionar a Lei 6.404/76.

comerciais é de meio e não de resultado, pois ele não está obrigado a resultado algum senão à conduta diligente, profissional, consciente e leal para atingir bons resultados”. (BAS; GAGLIARDO, *apud* NERILLO, 2002, p. 101-102).

“Ser diligente implica estrita obediência à lei (*lato sensu*) e ao estatuto social, que é a lei das sociedades anônimas.” (CORRÊA-LIMA, 1989, p. 57). No mesmo sentido, é definido o dever de obediência, que significa respeito, acatamento, submissão à lei e ao estatuto social. “Modalidade de descumprimento do dever de obediência é a prática de atos *ultra vires*, ou seja, aquele que desborda do objeto da sociedade, definido de modo preciso e completo no estatuto social (art. 2º, §2º da Lei 6.404/76)”. (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 228).

Outro dever imposto ao administrador é o da lealdade. O dever de lealdade traduz-se, em termos concretos, em servir à companhia com franqueza, honestidade e sinceridade. O administrador não pode usar, em proveito próprio ou de terceiro, informação pertinente aos planos ou interesses da companhia e à qual teve acesso em razão do cargo que ocupa, agindo sempre com lealdade para com aquela (LSA, art. 155).

A responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas está disciplinada, principalmente, no mencionado art. 158 da Lei 6.404/76. Este dispositivo elenca duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores das companhias: a) uma relacionada aos prejuízos que vier a causar quando proceder dentro de suas atribuições com culpa ou dolo (inciso I); b) outra que se refere à violação da lei ou do estatuto (inciso II).

Quanto à primeira hipótese, é concorde o entendimento de que se trata de um caso de aplicação da responsabilidade civil subjetiva do tipo clássico, devendo o demandante provar a culpa do demandado. Ou seja, caberá ao autor da ação o ônus da prova do comportamento ilícito do administrador. Quanto ao segundo inciso, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Uns afirmam que se trata de um caso de responsabilidade civil subjetiva do tipo clássico, outros como Roberto Papini e Rubens Requião que seria responsabilidade civil subjetiva com inversão do ônus da prova. Nesse caso, a culpa seria presumida (presunção relativa) e o ônus da prova caberia ao administrador; e ainda há uma terceira corrente (Modesto Carvalhosa e Eduardo Seabra Fagundes) que afirma se tratar de responsabilidade civil objetiva - a apuração da causa do dano independe de culpa ou dolo do agente.

Para Fábio Ulhoa, as duas hipóteses mencionadas no artigo 158 da Lei 6.404/76 são interdefiníveis. Não há conduta que se enquadre num deles que não se possa enquadrar também no outro. O administrador que age com culpa ou dolo viola a lei. Por outro lado toda violação à lei ou aos estatutos é uma conduta culposa ou dolosa. O administrador que descumpre norma legal ou cláusula estatutária, se não atua conscientemente, está sendo negligente, imprudente ou imperito. Também, decorrente dessa interdefinibilidade, não podem ser corretas as afirmações da doutrina comercialista no sentido de que cada um desses dispositivos expresse um sistema diferente de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima. Não obstante distinguidas pelo art. 158, as hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de companhias são redutíveis a apenas uma: a decorrente do descumprimento de dever legal. Anota-se que nem sempre o descumprimento do dever legal pelo administrador traz prejuízo à sociedade. Assim, a fórmula da responsabilização dos administradores assenta-se em dois pressupostos: descumprimento de dever legal e prejuízo à sociedade, acionista ou terceiros. E conclui que a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas é de natureza subjetiva, do tipo clássico, tendo em vista duas razões: a ausência de previsão legal que excepcione a regra geral da responsabilidade civil (art. 159 do Código Civil de 1916 e art. 927 do Código Civil de 2002) e a inexistência de fundamento axiológico e racional, que é a possibilidade econômica de realocação de perdas (por parte do agente passivo), para responsabilizá-lo objetivamente. (COELHO, 2003, p. 258-260).

O administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração, não se encontra parcela destinada à constituição de reservas e fundos próprios, para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados, que ele possa repassar a quem quer que seja. (COELHO, 2003, p. 258-260).

Denota-se que o entendimento majoritário presente no direito brasileiro é a adoção da teoria subjetiva na responsabilização do administrador, exigindo-se a presença de culpa deste para que haja o dever de ressarcimento dos prejuízos causados. Assim, mesmo na segunda hipótese do art. 158 da LSA, apesar de não haver exigência expressa na LSA, o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é que se faz necessária a comprovação da culpa do administrador para responsabilizá-lo.

O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode acarretar danos a qualquer pessoa. Investidores do mercado de capitais e parceiros comerciais da companhia podem sofrer prejuízos se o administrador não for diligente. No entanto, na maioria das vezes, serão prejudicados diretamente a própria companhia e indiretamente os interesses e o patrimônio dos acionistas pela ação ou omissão dos administradores.

Quando a sociedade anônima é lesada por ato de administrador, a apuração e efetivação de sua responsabilidade seguem algumas regras próprias, destinadas a preservar o interesse social. Essa apuração de responsabilidade, quando prejudicada a companhia, será feita exclusivamente pela assembleia geral. A sociedade, em seu próprio nome, ou o acionista, na qualidade de substituto não podem demandar em juízo a composição do dano sem que a assembleia geral tenha já apreciado e votado a matéria. (COELHO, 2003, p. 261).

Cumprir observar que nem sempre é interessante à companhia promover a responsabilização judicial do administrador afastado, pois o simples ajuizamento do processo, enseja a publicidade de problemas na administração da empresa, que podem importar a divulgação de dados confidenciais, ou gerar insegurança para investidores e parceiros comerciais. Em função dessa possibilidade, é legítima e válida a conduta da assembleia geral quando delibera pelo não ajuizamento da demanda.

3 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Determinadas condutas do administrador podem ser interpretadas judicialmente como violadoras da norma e, por conseguinte, ensejarem consequências de ordem jurídico-patrimonial.

O administrador responde civilmente pelos prejuízos e/ou danos que causar à sociedade quando proceder com culpa ou dolo dentro de suas atribuições ou poderes; ou com infração da lei ou do estatuto.

Desde a crise econômico-financeira de 2008, observa-se uma crescente busca por proteções que visem resguardar os administradores de sociedades empresárias contra eventualidades ocorridas no exercício regular de suas atribuições. São garantias tanto relacionadas ao patrimônio pessoal quanto ao pagamento de despesas em demandas judiciais, que têm por objetivo reduzir preocupações e mitigar riscos aos quais os administradores que têm o poder de gestão nas sociedades estão expostos, mas que são inerentes à própria atividade desenvolvida.

Nesse sentido, é importante destacar os principais instrumentos de proteção e segurança existentes e cada vez mais adotados: a apólice de seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores (*D&O – Directors and Officers*) ou a concessão de uma carta de conforto (*comfort letter*).

A “carta de conforto” é um documento garantidor que a companhia ou os seus acionistas se responsabilizarão pelo pagamento de eventuais custas e honorários advocatícios decorrentes de uma disputa judicial ou indenização contra o administrador da sociedade, mesmo que esse profissional não trabalhe mais na empresa. Isso significa maior segurança para o executivo.

São cartas que as sociedades empresárias (“confortantes”) outorgam aos seus administradores

(“confortados”), comprometendo-se nesse documento a assumirem a responsabilidade por toda e qualquer indenização que eles, porventura, agindo no exercício regular de suas funções, venham a ter de pagar a terceiros.

Trata-se de uma garantia pessoal atípica, de natureza extracontratual.

Para Arnaldo de Lima Borges Neto, a carta de conforto é um:

instrumento negocial cada vez mais utilizado em transações empresariais, sobretudo bancárias, a carta de conforto não possui regramento legislativo próprio, no Brasil, nem delineamentos doutrinários pátrios relevantes acerca de sua natureza jurídica, espécies ou efeitos. [...] Uma pessoa (“confortante”) destina à outra (“confortado”) com o escopo de tentar consolá-la, ou aliviá-la, quanto à garantia do cumprimento das obrigações do “garantido”, sem assunção de obrigação pessoal e solidária. [...] não se confundindo, entretanto, com aval ou a fiança. [...] Traz muito vantagem ao garantidor e ao devedor, pois não há solidariedade quanto ao cumprimento da obrigação e é gratuita, não onerando o patrimônio dos envolvidos. (BORGES NETO, 2016).

Com relação às espécies, segundo à doutrina estrangeira, pode ser uma simples carta de apresentação ou referência do garantido (*soft* ou *fraca*), uma obrigação de fazer que o *confortante* assume perante o *confortado*, mas que se traduzem por vinculações muito abstratas (*média*) ou ainda a assunção de uma obrigação de dar ou fazer, assumida unilateralmente pela confortante (*hard* ou *dura*). (BORGES NETO, 2016).

Apesar de serem acessórias em relação ao contrato firmado pelo garantido e confortado, o descumprimento da obrigação pelo garantido, poderá ensejar a responsabilização extracontratual do confortante por danos, nos termos dos arts. 186 e 187 do CC/2002, ou, ainda, pode ser-lhe exigida o adimplemento da obrigação assumida pelo garantido, na forma dos arts. 461 e 461-A do CPC.⁷ (BORGES NETO, 2016).

Todavia, há se verificar que esse instrumento pode provocar alguns conflitos e apresentar certas limitações. Normalmente, a carta não pode ser utilizada quando a questão discutida envolver a própria sociedade e o administrador. Ou seja, nos casos de processos movidos pela companhia contra os administradores, pois na hipótese de perda seria a própria empresa quem pagaria pelo processo. Outra situação que geralmente não está contemplada pelo dito “conforto” seriam os prejuízos advindos de processos criminais. Vale ainda ressaltar que, em razão da impossibilidade de se prever o quanto terá que ser desembolsado para fazer frente a eventuais contingências, a carta pode criar incerteza para a própria empresa que a fornece, pois gera obrigação não mensurável para a companhia. O documento pode também ser revogado unilateralmente. Nesses aspectos, a carta se mostra um pouco fragilizada.

Já a apólice de seguro de responsabilidade civil de executivos (*D&O*)⁸ visa proteger os dirigentes que têm o poder de gestão em caso de reclamações de terceiros (órgão regulador, funcionário, fornecedor, ou acionista) relacionadas as suas responsabilidades enquanto administrador de uma sociedade empresária, muitas vezes exigindo ressarcimento com o seu patrimônio pessoal. Em linhas gerais, esse tipo de apólice cobre custos de defesa, acordos extrajudiciais e indenizações pecuniárias sentenciadas pela Justiça. Em caso de bloqueio de bens dos executivos segurados, há possibilidade de se adiantar as despesas ordinárias relativas.

“Embora seja denominado de “seguro de responsabilidade civil”, é sabido que responsabilidades

7 Arts. 536 e 538 do NCPC

8 D&O - “*Directors and Officers Liability Insurance*”: No Brasil, denomina-se seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores.

dos administradores transcendem a esfera civil (e.g., responsabilidade administrativa, criminal, tributária, dentre outras).” (CARA, 2013).

O principal objetivo desse seguro é garantir a proteção do patrimônio (às vezes, que foi amealhado durante toda a vida) dos administradores (conselheiros de administração e diretores) se estes vierem a ser responsabilizados judicialmente ou por meio de reclamação direta por prejuízos causados a terceiros por falha ou má gestão.

A indenização que o segurado tiver que pagar poderá ser reembolsada até o limite previsto na apólice, dependendo das coberturas contratadas, podendo ainda incluir as despesas com custas judiciais e advogado. Na verdade, não se trata de seguro “contra” ou “a favor” de terceiros, e sim a favor do segurado, em nome de quem o seguro foi feito. Sem essa proteção, o patrimônio pessoal pode vir a ser arrestado por decisão judicial para pagar perdas econômicas reclamadas por “terceiros”. Os terceiros, no caso, são partes estranhas ao contrato de seguro, já que este é bilateral, onde figuram apenas duas pessoas: segurado e seguradora. [...] As coberturas desse tipo de seguro protegem os executivos, na qualidade de pessoas físicas, quando são condenados a responder com seu patrimônio pessoal para pagar indenizações determinadas pela Justiça. As empresas em que trabalham também estão cobertas contra esses riscos. A aceitação dos riscos de D&O passa por um extenso processo de avaliação por parte das seguradoras. Os contratos são moldados de acordo com a atividade da empresa, seu faturamento, posicionamento em relação ao meio ambiente e frente à concorrência, saúde financeira da companhia, etc. As coberturas se dividem em duas etapas: custos de defesa e condenações pecuniárias. Dos principais riscos cobertos, entre outros mais específicos, destacam-se: garantia de penhora on-line e indisponibilidade de bens dos executivos; pagamento integral (principal, juros e multas) de condenação por dívidas trabalhistas, tributárias e previdenciárias; regulação local e especializada de sinistros; atividade de contadores e advogados internos; despesas de defesa na Justiça, incluindo depósitos para recursos, fianças criminais, custos de extradição, custos com peritos e gastos emergenciais; exigências regulatórias, inquéritos, processos administrativos e investigações; multas e penalidades civis; e danos morais e corporais. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

Assim, em situações corriqueiras do ambiente empresarial, são diversos os casos previstos de responsabilidade dos administradores: ações tributárias, cíveis, trabalhistas, ambientais, societárias, previdenciárias, concorrenciais, entre outros.

Por outro lado, normalmente são riscos excluídos desse tipo de seguro os danos emergentes advindos de atos ilícitos ou dolosos, sendo que a exclusão só se dará pela comprovação desse tipo de comportamento e após sentença judicial (ou arbitral, se for o caso) transitada em julgado. A seguradora não pode fazer pré-julgamento; comportando-se assim, estaria violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Exemplificando: como um dos “meros corolários do dever de lealdade” (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 229) impostos aos administradores de sociedades anônimas está o dever de guardar sigilo, bem como o dever de não se valer de informações privilegiadas na negociação de valores mobiliários da companhia. Cumpre ao administrador da companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se de informações para obter vantagem, para si ou para outrem (LSA, art. 155 §1º e §4º). Deve, portanto, o administrador abster-se de utilizar informações privilegiadas ou sigilosas concernentes aos negócios da companhia, em proveito próprio ou de terceiros. Quem descumprir tal dever chama-se *insider trading* ou *insider dealing*. Assim, uma reclamação contra o segurado por enriquecimento ilícito pela prática comprovada de *insider trading* (ou *insider dealing*) ensejará em excludente de cobertura.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento do Recurso Especial nº 1.601.555/

SP (acórdão publicado em 20/02/17), fixou entendimento de que a prática de *insider trading* por diretores ou conselheiros não está contemplada pelo seguro de responsabilidade civil D&O. Para o STJ, os atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas dos administradores que sejam lesivos à companhia e ao mercado de capitais não estão abrangidos na garantia securitária. Na apólice de seguro D&O, tais atos só serão dotados de cobertura securitária caso a atuação do administrador, embora contrariando o objeto social, tenha por fundamento a culpa, e não a busca de interesses pessoais. No caso concreto, o segurado teria negociado ações da companhia utilizando-se de informações que ainda não tinham sido divulgadas ao mercado.

Recurso especial. Civil. Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica (seguro de rcd&o). Renovação da apólice. Questionário de avaliação de risco. Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro. Má-fé. Configuração. Perda do direito à garantia. Investigações da cvm. Prática de *insider trading*. Ato doloso. Favorecimento pessoal. Ato de gestão. Descaracterização. Ausência de cobertura (Recurso Especial nº 1.601.555/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgamento: 20/02/2017).

Também, geralmente, não estão amparadas por cobertura a responsabilização decorrente de falta de integralização do capital subscrito.

Ainda no rol de riscos excluídos, em termos gerais, não há previsão de cobertura securitária para os seguintes eventos:

Prejuízos financeiros e custos de defesa judicial, quando a reclamação contra o segurado for causada por consentimento de atos ilícitos ou dolosos e por ato ou omissão criminal; reclamações decorrentes de processos, notificações, inquéritos ou investigações iniciados antes da contratação do seguro; despesas de limpeza e despoluição ambiental; danos causados por descumprimento de obrigações impostas pelo estatuto ou código de conduta da empresa, ou a leis, durante o exercício do cargo executivo com poder de decisão; prejuízos causados por desrespeito às obrigações e deveres impostos por lei ou norma, relativos a investimentos e administração de planos de previdência privada complementar, planos de pensão, programas de participação nos lucros e de benefícios para os empregados; práticas trabalhistas indevidas, reclamadas pela empresa; reclamações feitas por executivos que tenham se afastado da função ou da empresa; e prejuízos decorrentes de atos dos executivos segurados praticados em data anterior à aquisição do controle ou posterior à transferência do controle de uma coligada, subsidiária ou controlada. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

Observa-se que estão entre os riscos excluídos atos praticados pelos administradores que excedam os limites estabelecidos no estatuto ou contrato social, ou seja, os atos “*ultra vires*” (abuso de direito, infração da lei, excesso de poder), já abordado em tópico anterior.

Não há como abordar o tema ‘seguros’ sem mencionar o princípio da boa-fé, dever anexo de conduta nesse tipo contratual. Sobre isso, vale o dizer de Walter Polido, advogado atuante nessa área:

A boa-fé, essencial em qualquer tipo contratual, no caso específico do seguro se apresenta de forma integrativa absoluta. Não há seguro sem boa-fé objetiva. [...] Em detrimento da aparente sobreposição da parte forte a boa fé equaliza a situação. A liberdade para contratar continua existindo, sob a égide do princípio da autonomia privada, mas essa liberdade – em razão dos valores esculpidos pela moderna sociedade, tidas como os da boa-fé objetiva e da função social dos contratos – conduz as negociações a um patamar único de justiça, o qual exige veracidade absoluta. (POLIDO, 2010, p. 97;102).

Esse generalíssimo princípio deve estar presente em todas as fases do contrato de seguro e ser observado por todas as partes envolvidas: conforme art. 765 do CC/2002, *in verbis*: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé

e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Por outro lado, para evitar que terceiros de má fé acionem o seguro, há cláusulas de confidencialidade nas apólices de seguro D&O que proíbem as partes de tecerem comentários sobre os contratos específicos existentes, os seus termos e as suas condições. Trata-se de medida protetiva para o próprio segurado, evitando-se assim “investidas ressarcitórias infundadas” (MELLO, 2015, p.79) por parte de terceiros. Contudo, as empresas de capital aberto são obrigadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a divulgar se têm seguro D&O e qual o valor de cobertura. Entretanto, nem sempre o “Formulário de Referência” é preenchido de forma completa (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. C11).

Nesse sentido, apesar de existirem cláusulas sobre o sigilo e confidencialidade da existência das apólices, seus termos e condições.

É de conhecimento público que a Petrobras possui um seguro D&O com limite máximo de indenização no valor de USD 250 milhões. Com a crise deflagrada pela Operação Lava-Jato e investidores americanos processando a empresa para se ressarcirem de perdas com ações da companhia, esse valor pode não ser suficiente para cobrir as indenizações pleiteadas. (BALBI, 2015)

O seguro de responsabilidade civil D&O foi criado pelo *Lloyd's of London* na década de 1930, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, que deflagrou uma grande crise econômico-financeira. Surgiu a partir do *New Deal*, que estabeleceu uma série de programas de recuperação e reformas implantados nos EUA pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, entre 1933 e 1937, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão, considerada o pior e o mais longo período de recessão econômica do século XX. O seguro de responsabilidade civil D&O despontou como uma proteção aos gestores das empresas de capital aberto, pois segundo as leis americanas da época, as empresas não podiam ser responsabilizadas por erros do gestor e nem tampouco reembolsar clientes por prejuízos.

No entanto, a utilização desse seguro nos mercados norte-americano e europeu só teria se difundido nos últimos 30 anos. No Brasil, esse tipo de seguro é bem mais recente. Foi introduzido no final dos anos 90, por influência do programa de privatização de grandes companhias ocorridas na época, pela chegada de executivos estrangeiros ao país. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

E pela necessidade de proteção para empresas que começavam a acessar o mercado de valores mobiliários americano por meio de emissões de ADRs (*American Depositary Receipts*), que são recibos de ações emitidos nos EUA para negociar ações de empresas de fora do país na Bolsa de Nova York. Nos EUA, o seguro D&O possui um percentual de penetração de 95% entre as 500 maiores empresas listadas pelo *ranking* da revista “Fortune” (BALBI, 2015). Atualmente, representa um importante instrumento de segurança econômica ao patrimônio dos administradores de sociedades (segurados) que têm a tarefa de gestão.

São conhecidos os problemas havidos com empresas que comercializam os ADR (*American Depositary Receipts*) no mercado bursátil americano, muito exigente de parte da *Securities and Exchange Commission* – SEC [...] em questões referentes a informações privilegiadas, a dados sobre a contabilidade e operações comerciais, bem ainda quanto a aplicação adequada de medidas ante (*sic*) corrupção, conhecidas como regras de *compliance*. (MELLO, 2015, p. 73).

Os processos de abertura de capital na BMF Bovespa na década de 2000 estimularam fortemente a expansão desse seguro. Sociedades anônimas de capital aberto e instituições financeiras são os grandes compradores do D&O. A CVM responsabiliza o diretor financeiro que causar prejuízos

a terceiros. Em razão disso, “mais de 90% das empresas que integram o Novo Mercado possuem apólice de seguro D&O. Até porque nesse segmento da BMF Bovespa há uma exigência maior de *compliance*, uma das regras fundamentais para a transparência das atividades da empresa”. (BALBI, 2015).

Conforme ensina Sérgio Ruy Barroso de Mello,

o seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O é típico seguro multirisco. Cobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade, cobre a responsabilidade civil profissional por prática equivocada de administrador perante terceiros, cobre a responsabilidade perante o acionista (em alguns tipos de contratos), e funciona, em última análise, como seguro de proteção jurídica (cobre os custos de litígios judiciais ou extrajudiciais). (MELLO, 2015, p.70).

Normalmente, os seguros D&O são contratados pela sociedade empresária com uma única seguradora e cobrem a responsabilidade de todos os seus administradores perante essa mesma sociedade (MELLO, 2015, p.71). Ou seja, esse seguro costuma ser celebrado pela sociedade empresária em favor de seus administradores (a pessoa jurídica contrata em nome de todos os dirigentes – pessoas físicas) – sem prejuízo de que o próprio administrador possa contratá-lo diretamente em seu favor (não é o usual). Numa relação triangular (tomador – seguradora – segurado), a sociedade empresária é a tomadora do seguro e os seus administradores os segurados da apólice contratada junto à companhia seguradora. Ao contratar o seguro de responsabilidade civil D&O, o tomador (sociedade empresária) visa garantir os seus administradores. Estes, por seu turno, tomam decisões e conduzem os rumos dessas sociedades. O art. 4º da Circular SUSEP 541/16 define o seguro D&O como aquele seguro de responsabilidade civil contratado por pessoa jurídica (tomador) em benefício de pessoas físicas que nela, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, exerçam, e/ou passem a exercer, e/ou tenham exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, em decorrência de nomeação, eleição ou contrato de trabalho (segurados), ou até pela própria pessoa física (possibilidade admitida pela Circular Susep nº 553/2017).

Cabe destacar que, diferentemente da “carta de conforto”, no seguro D&O, mediante o pagamento de um prêmio previamente definido, o risco é garantido por uma seguradora. Na contratação do seguro é definido um limite máximo de indenização que terá reflexo no prêmio a ser cobrado. Além disso, salvo as exceções previstas no Código Civil, o seguro não pode ser cancelado unilateralmente.

De forma abrangente, esse seguro tem por objeto o pagamento de prejuízos financeiros decorrentes de reclamações contra os segurados, em virtude de atos ou omissões culposas que venham a ser praticados no exercício de suas funções. Esse tipo de apólice normalmente contempla a reparação de danos causados a terceiros, à empresa e suas controladas por imputações feitas por órgãos governamentais; cobre, também, acordos previamente autorizados pela seguradora com o objetivo de encerrar processos administrativos ou judiciais. Como já mencionado, a cobertura da apólice se estende também ao pagamento de custos de defesa dos segurados quando devidos. Pode ainda fornecer garantias adicionais para os casos de responsabilidade que venha a atingir cônjuge, herdeiros, sucessores, representantes legais e pessoas indicadas pela sociedade empresária para atuarem como administradores de entidades externas. Vale lembrar, os seguros de responsabilidade civil não indenizam crimes.

Muito comuns são as ações decorrentes de processos de fusão, incorporação e aquisição de empresas. Acionistas minoritários podem sentir-se prejudicados pelo preço pago por suas ações; pela drástica redução de sua posição acionária; pela impossibilidade de resistir ao negócio; ou porque as informações públicas prestadas pelos administradores não eram completas, ou inadequadas; com violação dos preceitos contábeis vigentes; ou em desacordo com a real situação da empresa. (MELLO, 2015, p.73)

Assim como os demais seguros de responsabilidade civil, as apólices D&O possuem relação direta com o tempo. Podem ser apólices à base de ocorrência (*occurrence basis*) ou de reclamações (*claims made basis*).⁹

Nas apólices à base de ocorrência, o dano ou prejuízo a terceiros (sinistro) deve ocorrer durante o período de vigência da apólice, e a reclamação ser reivindicada pelo prejudicado até o final do prazo de prescrição legal. Isso permite que o terceiro reivindique a indenização mesmo após o fim da vigência do seguro.

Já nas apólices à base de reclamações, o dano ou prejuízo a terceiros deve ocorrer durante o período de vigência da apólice (ou durante o período de retroatividade), e a reclamação seja apresentada pelo terceiro ao segurado no mesmo período, ou durante o prazo complementar ou suplementar, quando aplicável. A partir da primeira renovação, aplica-se a retroatividade de cobertura para as apólices anteriores. Ou seja, se ocorre um sinistro no primeiro ano de validade da apólice, o fato só pode ser reclamado durante a vigência da apólice atual. Sendo a apólice renovada, esse fato pode ser reclamado até o final da nova apólice, e daí por diante, desde que não haja interrupção de cobertura.

Geralmente, a vigência de uma apólice D&O é de 12 (doze) meses, com possibilidade de cobertura retroativa de fatos desconhecidos pelos segurados e/ou empresas, mas que geraram sinistros antes mesmo da contratação do seguro. Esse período de retroatividade é convencionado no contrato.

Com relação aos prazos prescricionais, as ações pessoais de terceiros contra o segurado prescrevem em três anos; as ações do segurado contra o segurador ou do segurador contra o segurado, caso o fato ocorra no país, em um ano¹⁰ e as ações do consumidor contra o segurado (produtos e serviços) em cinco anos.

Deve ser ressaltado que as indenizações do seguro D&O são individuais e decorrem do ato de cada gestor. Mesmo na hipótese das ações coletivas gerarem os prejuízos, mas esses devem ser apontados caso a caso.

Em 2012, a Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, que é responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, com fundamento em antigo parecer de sua procuradoria, manifestou-se de forma contrária

à cobertura de multa nas apólices de responsabilidade civil de diretores e administradores. O órgão afirma que a cobertura de multas em apólices de seguros D&O imuniza o segurado das consequências de seus atos e o incentiva a reincidir na conduta ilícita geradora da multa. Portanto, não haveria interesse legítimo para tal cobertura. (SOUZA; ARAÚJO, 2012).

Complementa-se a ideia:

Não há definição legal do que seja interesse legítimo. Trata-se de mais um entre os conceitos jurídicos indeterminados do Código Civil atual. A noção de interesse legítimo pode sofrer mutações conforme a sociedade e o conceito de ordem pública mudam. Foi exatamente por isso que o legislador escolheu o conceito. Para manter a lei próxima da realidade social de cada época e dar a ela maior longevidade. [...] o Código Civil de 2002 trouxe vedação expressa à contratação de seguro para garantir risco proveniente de ato doloso do segurado. Essa norma marca limite nítido quanto à legitimidade do interesse segurado: atos dolosos do segurado não podem ser cobertos. Atos culposos

9 A Circular SUSEP nº 541/16 trouxe em seu texto uma definição para esses dois tipos de apólices.

10 Ver CC/02, arts. 206, § 1º, II, "a", e 787, § 3º.

podem. [...] O administrador deve ter garantido o direito de assumir riscos e de errar para que, dentro dos contornos legais, da ordem pública e das políticas da empresa, os melhores resultados sejam alcançados. O D&O é apenas uma das ferramentas possíveis e a cobertura de multas consiste em relevantíssimo elemento desse seguro. (SOUZA; ARAÚJO, 2012).

A comunicação e a elaboração de documentos, tais como códigos de conduta e ética, e a estipulação de regras e controles internos (*compliance*) servem também como medidas preventivas e podem ser fundamentais para mitigar riscos e elidir a responsabilização pessoal do administrador na esfera penal. Em tais documentos ficam estabelecidos os procedimentos que devem ser seguidos para a realização de determinadas tarefas. Remete ao “dever de diligência” do administrador. Caso tenha cumprido a regra prevista, mas mesmo assim não obteve o resultado desejado, essa será uma possibilidade factível de excludente de responsabilidade. Por outro lado, a omissão no cumprimento de regras de *compliance* é suficiente para levar à condenações por crimes, tais como, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.

3.1 O administrador das sociedades de economia mista e o seguro D&O

Com relação à possibilidade de utilização do contrato de Seguro de Responsabilidade Civil D&O no âmbito das sociedades de economia mista, por estarem esses entes estatais desenvolvendo atividade econômica, competindo em “pé de igualdade” com entes privados e os seus administradores sujeitos a riscos inerentes à própria atividade empresarial, não soçobra dúvida que eles têm de estar também protegidos (amparados) por uma apólice de seguro dessa modalidade. De outro modo pode haver um desestímulo na assunção desse tipo de encargo por parte dos administradores, pois nesse caso estariam eles diretamente expostos a diversos tipos de vulnerabilidades.

Todavia, em função das particularidades desses entes estatais que estão subordinados às regras de direito público e de direito privado, há discussão quanto à legalidade desse tipo de contrato de seguro para os administradores; se há possibilidade ou não que uma estatal pague o prêmio do seguro D&O dos seus administradores. Os posicionamentos contrários se fundamentam na inexistência de permissão constitucional para a cobertura securitária de gestores públicos, em razão da responsabilidade pessoal desses agentes.

A divergência quanto à possibilidade de utilização dessa espécie de seguro está relacionada ao fato de que as Sociedades de Economia Mista possuem regime de direito público quanto à responsabilidade dos gestores no exercício de suas atividades, o que atrai a aplicação de regras de fiscalização e controle ligadas à Administração Pública de um modo geral. Os posicionamentos contrários a sua aplicação, em síntese, se fundamentam no aspecto de que não há permissão constitucional para a cobertura securitária de gestores públicos, tendo em vista a responsabilidade pessoal dos gestores de recursos públicos. O contraponto refere-se ao fato de que tais entes estatais desempenham atividade econômica e atuam livremente no mercado em paridade de armas com entes “puramente” privados, o que exige tomada de decisões sujeitas a risco tanto enquanto ente estatal como quanto ente que exerce atividade econômica. (BASTOS, 2017).

A Lei nº 13.303/2016, também conhecida como Lei de Responsabilidade das Estatais, foi inserida no ordenamento jurídico com o objetivo criar regras mínimas de governança corporativa para as empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas do governo e estabelecer normas para licitações e contratações nessas empresas. Além disso, a novidade legislativa diz respeito também à possibilidade de responsabilização dos administradores pelos atos praticados.

Em seu art. 17, III § 1º, a nova Lei prevê expressamente a possibilidade do estatuto da empresa

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias disporem sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

Com isso, espera-se que, nos limites determinados pela Lei, os administradores das sociedades de economia mista possam atuar em condições de igualdade com os demais entes de setores relacionados, de maneira protegida e tenham tranquilidade no exercício de suas funções. Nesse sentido, o seguro D&O desempenha um papel fundamental representando uma importante ferramenta para um planejamento equilibrado das atividades econômicas.

3.2 Alterações recentes trazidas pela Susep ao seguro D&O

Em 17 de outubro de 2016, entrou em vigor a Circular a Susep nº 541 estabelecendo diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). Esse normativo criado pela Susep trouxe regras específicas destinadas a esse seguro, que até então eram reguladas pelas normas aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil geral e em clausulados importados de mercados externos mais desenvolvidos.

No âmbito técnico do seguro, essa regulamentação trazia a possibilidade da cobertura (adicional) de multas (desde que não fosse comprovado ato doloso) expedidas por órgãos reguladores e penalidades aplicadas aos segurados, até então proibida pela Susep.

A autoridade entendia que a cobertura de multa por esse tipo de seguro, na prática, anulava o caráter punitivo das sanções afetando também a finalidade educativa de tais medidas. Com a edição da Circular nº 541, a Susep encerra longa discussão sobre a viabilidade jurídica de tal cobertura, para satisfação do mercado, que há muito pleiteava a sua regulamentação pela autarquia. (BALDUCCINI *et al.*, 2016).

Além disso, haveria novidade com relação à restrição da contratação da apólice feita a partir daquele momento exclusivamente por meio das chamadas apólices à base de reclamações (*claims made basis*).

Contudo, ainda que trouxesse alguns avanços, especialmente, no tocante à cobertura de multas, o normativo foi bastante criticado, principalmente, em função da imprecisão de alguns conceitos trazidos em seu próprio texto (*v.g.*, “culpa grave”), dúvidas suscitadas, ausência de clareza em algumas coberturas e garantias, redação pouco cristalina, tornando esse seguro pouco atrativo para as seguradoras e segurados.

Um dos aspectos mais controversos da Circular nº 541 dizia respeito à exclusão da cobertura de custos de defesa e honorários advocatícios, principal garantia do seguro D&O. Anteriormente previstos na cobertura básica, agora passariam a ser abrangidos somente mediante cobertura adicional. O mecanismo de funcionamento dessa cobertura prevê o seguinte: caso o administrador seja absolvido, além das custas judiciais, a seguradora indeniza o valor determinado na sentença judicial ou acordo extrajudicial. Entretanto, sendo condenado, o valor que tiver sido adiantado deve ser devolvido pelo segurado à seguradora. “Vale lembrar que o seguro não cobre atos dolosos e quem fez delação premiada perde o direito à cobertura”. (VALOR ECONÔMICO, 2017, p. F3).

Cumprе ressaltar, muito provavelmente, os administradores da Petrobras e das empreiteiras envolvidas na “Lava-Jato” que optaram pela delação premiada, salvo seja provada a ausência de dolo, não estão amparados pelo seguro D&O. Na maior parte das delações o crime foi confessado. De qualquer forma, pelas razões já supramencionadas, essa negativa de indenização só deve ser comunicada após sentença judicial transitada em julgado.

Em seu art. 12, a Circular vedava referências a qualquer tipo de legislação estrangeira, sendo permitidas aquelas já habitualmente empregadas no mercado segurador nacional e desde que traduzidas. O questionamento advindo à época é se na nova norma operações fora do Brasil estariam

contempladas, já que os principais contratantes dessa modalidade de seguro possuem ações nas bolsas dos Estados Unidos; muitas demandas judiciais são movidas no exterior. Caso ocorresse restrição nesse sentido haveria reflexos na cobertura mundial de empresas com operações externas. A ausência de tal abrangência tornaria, em certos casos, a contratação desse seguro inócua e, portanto, sem nenhum sentido.

Anteriormente, o que prevalecia no seguro D&O eram apólices que tinham a estrutura do tipo “*allrisks*”. Assim, tudo aquilo que não estivesse previsto expressamente entre os riscos excluídos da apólice estaria compreendido como risco coberto. Entretanto, em razão do incremento de denúncias da Operação Lava-Jato e do momento econômico recessivo, como medida de redução da exposição e cuidados na subscrição de riscos por parte das seguradoras, foram impostas diversas restrições. Nesse diapasão, a Susep passou a apólice de “*allrisks*” para “riscos nomeados”, delimitando as respectivas coberturas. (VALOR ECONÔMICO, 2017, p. F3).

Como ponto de reflexão, questiona-se se regulação nesse sentido deva ser realmente imposta pela Autarquia, se o próprio mercado não seria capaz de se autorregular de forma inteligente e eficaz com experiências trazidas inclusive do mercado internacional. Nesse caso, o órgão regulador só atuaria nas exceções e discrepâncias advindas de situações concretas ou no aperfeiçoamento das boas práticas.

Outras mudanças do normativo criticadas diziam respeito à expressa proibição de cobertura dos riscos contemplados pelos Seguros de Responsabilidade Civil Geral, Responsabilidade Civil Profissional ou Responsabilidade Civil Riscos Ambientais (para danos ambientais). Foram retiradas sob a alegação de já existirem seguros específicos para tal.

Diante desse cenário nebuloso e ainda repleto de incertezas, em 23 de fevereiro de 2017, a Susep, agindo de forma prudente, suspendeu, pelo prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 90 (noventa), os efeitos da Circular SUSEP nº 541, de 17 de outubro de 2016. O prazo concedido era razoável para que entidades do setor e as instituições envolvidas no processo discutissem pontos favoráveis e desfavoráveis da norma trazidos pelas mudanças, esclarecessem dúvidas, promovessem os acertos necessários ao bom funcionamento do mercado e chegassem a um entendimento sobre a melhor forma e procedimento a serem adotados. Tudo isso visava também trazer maior segurança às partes contratantes, além do incremento e evolução do próprio mercado. E assim foi feito.

Na sequência, em 24 de maio de 2017, a Superintendência de Seguros Privados (Susep) editou a Circular nº 553/2017 com a regulamentação geral aplicável aos Seguros de Responsabilidade Civil de Diretores e Administradores de Pessoas Jurídicas (Seguro D&O), revogando então a Circular nº 541/2017.

A principal alteração na nova Circular diz respeito ao reconhecimento expresso dos custos de defesa como cobertura básica desse seguro. Isso é decorrente da nova definição para perda indenizável prevista agora no art. 3º, inciso XXIII, mas que não constava na regulamentação anterior. Além disso, os dispositivos que na norma antiga se referiam à cobertura de custos de defesa como adicional foram suprimidos.

Outra inovação importante refere-se à possibilidade desse seguro ser agora contratado diretamente por pessoa física que dele se beneficia. Dessa forma, caso a companhia não ofereça diretamente essa contratação, os administradores, principais interessados, poderão buscá-la no mercado. Todavia, os seguros que contiverem a previsão de contratação direta devem ser registrados separadamente dos planos para pessoa jurídica, com números de processos distintos (art. 4º, § 3º).

Como mencionado, a Circular anterior vedava a utilização de legislação estrangeira no clausulado do seguro. Esse uso somente era permitido quando fossem expressões traduzidas ou aquelas comuns já empregadas no mercado segurador nacional. Entretanto, o § 1º do art. 12 da nova Circular passou a autorizar expressamente essa possibilidade. Isso resolve um problema de ordem prática, pois os principais *players* contratantes dessa modalidade de seguro são empresas nacionais com

operações internacionais, que emitem valores mobiliários, tais como *American Depositary Receipts* (ADRs), na Bolsa de NY, o que significa não haver, portanto, maiores restrições caso o Seguro D&O tenha cobertura fora do território nacional.

Outro destaque positivo refere-se à confirmação da possibilidade da cobertura (adicional) de multas (desde que não seja comprovado ato doloso) expedidas por órgãos reguladores e penalidades aplicadas aos segurados já trazidas no texto da Circular nº 541, mas que pela sua revogação não entraram em vigor.

Em seu art. 5º, §6º, a Circular faz menção à responsabilização da sociedade por danos causados a terceiros em consequência de atos ilícitos culposos praticados pelos administradores. Essa garantia só estará amparada no seguro se for contratada como cobertura adicional específica - cobertura C (*side C*). Trata-se de cobertura que tem bastante relevância para as sociedades anônimas que negociam seus valores mobiliários nos mercados local e internacional.

A princípio, as mudanças trazidas pela nova regulamentação que é resultado de ampla discussão da Susep com o próprio mercado, podem ser consideradas positivas e flexibilizam as regras aplicáveis ao Seguro D&O. Obviamente, nem todas as demandas e necessidades foram plenamente atendidas, tais como algumas alterações de definições, mas no geral melhoram significativamente o ambiente regulatório.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO CONTEXTO DE CORRUPÇÃO BRASILEIRA

Abordar os instrumentos de proteção e segurança dos administradores de sociedades empresárias, especialmente, no atual contexto brasileiro, torna-se por demais pertinente. Manchetes no noticiário diuturno, os escândalos de corrupção, crimes contra a administração pública, vêm repercutindo, também, na academia, doutrina e jurisprudência. Especialmente, no que tange à responsabilização dos sócios administradores, o que leva a um necessário raciocínio, aqui elaborado, sobre os instrumentos de sua proteção.

Nesse ponto dos estudos, importa apontar alguns casos paradigmáticos, a fim de contextualizar o tema central: “Caso Mensalão”; recentes intervenções do Banco Central; as perdas da Sadia¹¹ e a Aracruz, durante a crise financeira de 2008¹²; a “Operação Lava-Jato” e, mais recentemente, a “Operação Carne Fraca”.

Durante o julgamento da Ação Penal nº 470 (“Caso Mensalão”) no STF, em 2012, a Corte entendeu que a condenação por lavagem de dinheiro pode ocorrer mesmo que o acusado tenha simplesmente ocultado o produto do crime que cometeu, sem necessariamente ter dissimulado sua origem e inserido o dinheiro ilegal na economia. Como efeito prático, uma empresa que faz um planejamento tributário para pagar menos impostos (elisão fiscal), mas a Receita Federal interpreta isso como sonegação fiscal, ainda que o dinheiro fique no caixa da própria empresa, pode ser acusada de lavagem por ocultá-lo. Ou seja, somente a ocultação dos valores “já caracterizaria o crime de lavagem de dinheiro, aumentando muito o escopo das situações que empresas e executivos estariam sujeitos à punição por

11 A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou recurso da Sadia S.A., que pretendia ajuizar ação de responsabilidade contra ex-diretor financeiro. A empresa alegou que sofreu prejuízo bilionário em operações financeiras não autorizadas com derivativos. Em apenas uma operação, realizada em setembro de 2008, o prejuízo gerado pela disparidade cambial foi superior a US\$ 1,4 bilhão. A ação de responsabilidade civil contra o ex-diretor não pode ser ajuizada porque as contas da diretoria foram aprovadas em assembleia geral, o que exonera a responsabilidade dos administradores. Essa foi decisão unânime da Turma, que seguiu integralmente o voto do ministro relator, Ricardo Villas Bôas Cueva. Processo relacionado: REsp 1313725. Fonte: Superior Tribunal de Justiça.

12 Posteriormente, as duas empresas foram compradas: a Aracruz pela Votorantim Celulose e Papel (VCP), resultando na Fibria, e a Sadia pela Perdigão, dando origem à BRF.

esse tipo de crime”. (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. A13). O crime de lavagem se consumaria já na fase de ocultação. O administrador da sociedade poderá ser condenado pelo crime de lavagem de dinheiro mesmo que não tenha cometido a fraude ou gerido a empresa de forma temerária.

Outra novidade surgida nesse julgamento dizia respeito a possibilidade do administrador ser condenado penalmente pelo não cumprimento das regras de *compliance* e controles internos previstas pelo regulador, no caso das instituições financeiras, o Banco Central. Nessa hipótese, o administrador poderia ser condenado por crimes contra o sistema financeiro nacional (gestão fraudulenta, v.g.) ou lavagem de dinheiro. As sanções não ficariam apenas na esfera administrativa.

Mas a principal inovação trazida do processo do “Mensalão” foi a chamada teoria do domínio do fato. “A teoria do domínio do fato é um risco para o ambiente de negócios. [...] Em termos de responsabilização é a metástase cancerosa da responsabilidade”.¹³

O entendimento do STF é de que “quem comanda um crime praticado por subordinados pode ser condenado sem provas concretas de seu efetivo envolvimento, pois sua posição hierárquica leva à conclusão de que teria domínio do fato”.¹⁴ Assim, o diretor de uma seguradora cujos gerentes, na busca por atingir metas e/ou receber bonificações, aceitam riscos considerados ruins (fora dos critérios internos de aceitação) e, por conseguinte, isso se reflita no resultado da empresa, pode ser condenado por ser hierarquicamente superior e ter o domínio do fato.

Além da jurisprudência do “Mensalão”, a intervenção do Banco Central em bancos de médio porte trouxe episódios em que executivos de instituições financeiras foram processados por atos de má gestão e crimes de fraudes. (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. C11).

As mudanças advindas na jurisprudência do STF decorrentes do julgamento do “Mensalão” produziram impactos diretos no ambiente de negócios do país, e as intervenções do Banco Central foram fatos que acarretaram um aumento no risco de exposição e, por conseguinte, o encarecimento do seguro D&O, pois as seguradoras têm que cobrir os custos de defesa dos administradores que são alvos de processos.

Outro episódio importante foi o ocorrido com a Sadia e a Aracruz, companhias brasileiras que possuíam ADRS negociadas na Bolsa de Nova York e adotavam as melhores práticas de governança corporativa.

As perdas sofridas pela Sadia e a Aracruz nos mercados de câmbio e derivativos durante a crise financeira de 2008 trouxeram fortes reflexos negativos na sinistralidade da carteira desse ramo. Para rememorar, essas empresas protagonizaram um dos mais críticos efeitos da crise financeira global para o Brasil naquele ano. Naquele ano, com a abrupta alta do dólar ocorrida entre agosto e outubro (a moeda passou de aproximadamente R\$ 1,60 para cerca de R\$ 2,40), essas companhias contabilizaram prejuízos significativos, pois estavam altamente expostas à operações especulativas (ao invés de serem para proteção) com derivativos cambiais.

Certo que com essas operações especulativas, foi drástico o resultado com a disparada da moeda americana, ocasionando enormes prejuízos com essa modalidade de financiamento.

O início do problema foi antes do estouro da crise financeira de 2008, quando cresceu muito um tipo de operação de financiamento realizada entre bancos e empresas. Nessas operações, a taxa que seria paga pelo tomador dos recursos dependia da cotação do câmbio vigente até a data de vencimento do contrato estabelecido entre as partes. Segundo noticiado, a Sadia e a Aracruz perderam mais de R\$ 2 bilhões cada uma com operações de derivativos cambiais, os diretores financeiros foram processados pelos danos financeiros e os seguros de D&O acionados.

¹³ Afirmação feita pelo advogado Eduardo Salomão, sócio do escritório Levy & Salomão Advogados. (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. A13).

¹⁴ Teoria do Domínio do Fato – julgamento da Ação Penal nº 470 no STF. Tese criada por Hans Welzel em 1939, e desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin, em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, de 1963.

O Poder Judiciário tem sido pouco provocado a julgar questões relacionadas aos contratos de seguro dos administradores – registrando-se a existência de menos de uma dezena de acórdãos a respeito do tema no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com destaque para o caso emblemático do ex-administrador do Banco Santos (apelação nº 543.194-4/9-00, da 6ª Câm. Dir. Priv.) e, mais recentemente, para um caso em que o pagamento da indenização securitária foi negado, sob o fundamento de que a tomadora teria omitido informações relevantes para a mensuração do risco pela seguradora (Apelação nº 0172250-84.2010.8.26.0100, da 10ª Câm. Dir. Priv.). (LACERDA, 2013).

Contudo, sem dúvida, será a “Operação Lava-Jato” que produzirá o maior impacto no mercado de seguros de responsabilidade civil D&O. Os escândalos envolvendo a Petrobras representarão um verdadeiro divisor de águas para essa modalidade de seguro no Brasil.

O envolvimento de grandes empreiteiras em operações fraudulentas e pagamento de propinas a executivos da Petrobras inverteu a tendência de preços das apólices que vinham caindo no mercado local e internacional nos últimos anos. As seguradoras se tornaram mais cautelosas e restritivas: aumentaram as taxas dos prêmios, reduziram a amplitude de coberturas, estão esmiuçando informações financeiras e a capacidade de gestão dos sócios das empresas para melhor precificar o seguro. (BALBI, 2015).

O rompimento das barragens da Samarco, em Mariana – MG, considerado o maior acidente ambiental ocorrido no Brasil e, segundo já se notícia, a maior perda indenizável do mercado de seguros brasileiro- ainda não se tem apurado os valores dos prejuízos (somente estimativas), também trará reflexos significativos no mercado de seguros e resseguros, inclusive o D&O. Como é sabido, já existem ações em curso de responsabilização dos executivos da mineradora.

“No Brasil, ainda não se pode falar no fenômeno conhecido de transferência da responsabilidade como indutora da irresponsabilidade.” (VASCONCELOS *apud* MELLO, 2015, p.77). Todavia, os últimos episódios de corrupção despertam interesse com relação à análise do comportamento futuro dos agentes diante de tantos escândalos na certeza de contarem com as suas respectivas apólices de seguro D&O. A resposta das seguradoras virá sempre com aumentos de prêmios, franquias, exclusões de cobertura, diminuição de limites (MELLO, 2015, p.77) e maiores exigências contratuais. Uma adaptação natural; um movimento de reação às próprias ações diante da possibilidade do incremento de sinistros e da litigância. Aplicar-se-ia, de forma pura e simples, o princípio do mutualismo, socializando-se as perdas e os riscos no seguro. Há também que se ficar atento às consequências de uma ampliação exagerada das coberturas ofertadas:

[...] A adequada delimitação dos riscos contribui para a preservação e desenvolvimento do próprio mercado destes seguros, que a médio prazo pode vir a sofrer as consequências de uma ampliação exagerada das garantias oferecidas, como já observado no mercado norte-americano no início dos anos 1980. Em tal oportunidade verificou-se, naquele mercado, um crescimento vertiginoso do número de sinistros e litígios, que culminaram com a retração na contratação destes seguros e com uma crise que durou quase uma década. (LACERDA, 2013).

Faz-se necessário destacar também alguns aspectos importantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que entrou em vigor em janeiro de 2014, e trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Essa lei prevê a responsabilidade solidária para empresas do mesmo grupo. Em seu art. 4º dispõe que “subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”. Além disso, haverá a possibilidade das empresas serem responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos nela previstos que forem praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). Dispõe ainda que

a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Ou seja, surge aqui a hipótese real da sociedade empresária (o tomador do seguro D&O) ser responsabilizada objetivamente por ato cometido por seus administradores (ou mesmo por um funcionário). Apesar do seguro D&O não cobrir atos de corrupção, a exposição das pessoas jurídicas e dos administradores ao risco de serem responsabilizados foi incrementada com a nova lei. Isso requer ponto de atenção e gera uma mudança nos contratos.

Muito provavelmente, os administradores da Petrobras e das empreiteiras envolvidas na “Lava-Jato” que optaram pela delação premiada, salvo seja provada a ausência de dolo, não estão amparados pelo seguro D&O. Na maior parte das delações o crime foi confessado. De qualquer forma, pelas razões já supramencionadas, essa negativa de indenização só deve ser comunicada após sentença judicial transitada em julgado.

Recentemente, na operação denominada “Carne Fraca”, a Polícia Federal revelou um esquema de corrupção na fiscalização de frigoríficos no Brasil.

Indubitavelmente, a JBS e a BRF *Foods*, empresas envolvidas nas denúncias, sentirão fortemente os impactos econômicos advindos dessa Operação, pois têm boa parte de suas receitas concentrada nos mercados externos internacionais. Por conseguinte, isso acarretará reflexos imediatos nos seus resultados financeiros. São empresas que emitem ADRs na Bolsa de NY. Dessa forma, os investidores que se sentirem lesados promoverão, através de escritórios de advocacia norte-americanos, ações coletivas em cortes nos EUA (*Class Action*) contra essas empresas.

Nessas ações provavelmente será questionado se as empresas envolvidas e seus executivos violaram leis norte-americanas e se as declarações feitas nos últimos relatórios apresentados trouxeram a verdade no que diz respeito a aspectos financeiros, negociais, gerenciais e operacionais.

Não soçobra dúvida de que as apólices de D&O contratadas serão acionadas. No momento, seria prematuro fazer qualquer previsão relativa aos possíveis desdobramentos relativos às indenizações que porventura venham a ser pagas (nos EUA ou no Brasil), mas com certeza os valores envolvidos são de grande monta.

5 CONCLUSÃO

Muitos administradores na execução de suas tarefas de gestão se sentem pressionados para conseguirem os resultados exigidos por suas organizações e por isso mantêm condutas arrojadas que podem vir a acarretar danos a terceiros (clientes, acionistas, empregados, fornecedores, entidades governamentais, credores, entre outros) e, nesse caso serem responsabilizados, podendo vir inclusive a responderem com o seu patrimônio pessoal.

Na condução dos negócios sociais exige-se do gestor da sociedade certa dose de ousadia, pois ele está naturalmente inserido num contexto de plena competição empresarial. Ao mesmo tempo, não deve o administrador se afastar de elementos éticos e jurídicos. Quando exerce suas funções, o administrador deve comportar-se de forma diligente, obediente e leal dentro dos limites legais, da ordem pública e da política estabelecida pela sociedade empresária. O grande desafio é conciliar isso com o alcance dos melhores resultados.

Para que uma empresa se sobressaia num mercado competitivo deve haver estratégia, inovação, mas também informação, conhecimento e arrojo por parte de seus administradores. Na dinamicidade da vida empresarial, diuturnamente celebram-se contratos, assumem-se riscos

de toda natureza, estabelecem-se relações de troca. Os contratos empresariais, pela sua própria essência, envolvem partes que atuam no mercado absorvendo riscos na busca de algum proveito. E numa proporção direta quanto maior o lucro, maior o risco. Verifica-se que a própria atividade econômica é estimulada quando se tem menos risco e mais crédito.

Os riscos de natureza societária, trabalhista, ambiental e tributária, entre outros, a que estão expostos os administradores, enquanto exercem a gestão das sociedades podem ser minimizados por alguns instrumentos disponíveis, quais sejam: a contratação do seguro de responsabilidade civil de administradores (*D&O – Director and Officers*), a concessão de uma “carta de conforto” (*comfort letter*) pela própria sociedade empresária ou, ainda, pela estipulação de regras e controles internos previstos nos programas de integridade (*Compliance*) aliados a uma implementação efetiva dos códigos de conduta e ética e às boas práticas de governança corporativa. Outra medida que pode se mostrar eficaz para mitigar riscos de responsabilização dos administradores é a adoção dos sistemas de deliberação colegiados.

A entrada em vigor da Lei Anticorrupção, sem dúvida, fomentará a procura por seguros de responsabilidade civil para administradores. O seguro D&O é um importante instrumento de transferência de risco a ser utilizado, principalmente, por aqueles que têm a tarefa de gestão.

Mas não só isso. É relevante que se pense sempre em outras formas de mitigação desse tipo de exposição e, por conseguinte, proteção dos administradores.

Nesse contexto, é imprescindível a existência de uma estrutura regulamentadora com mecanismos capazes de assegurar regras definidas e equitativas àqueles que têm a tarefa de gestão, oferecendo-lhes um ambiente de segurança jurídica, atrativo para que continuem a serem estimulados a assumirem encargos diretivos nas sociedades empresárias.

Garantir tranquilidade aos administradores que tomam decisões nas sociedades empresárias e, por conseguinte, lhes definem os rumos e futuro, é estimular o desenvolvimento e o sucesso da própria atividade empresarial. Protegê-los e, ao mesmo tempo, oferecer-lhes uma blindagem financeira, jurídica e reputacional contra os riscos aos quais estão expostos é um benefício tangível que pode significar diferencial competitivo no momento de escolha do próprio dirigente ou até mesmo sua continuidade (permanência) numa determinada empresa. O instrumento do Seguro D&O não concede permissão ao administrador para que ele cometa qualquer ato insano, mas sim lhe fornece a segurança de poder atuar de forma mais audaciosa na persecução de maiores e melhores resultados, sem conservadorismos e cuidados demasiados que impeçam uma empresa de crescer e se desenvolver no mercado em que atua.

Ademais, por estar em contraposição ao próprio princípio da boa-fé e como já decidido pelos tribunais superiores, cabe frisar, o seguro D&O não abrange garantia para os casos de corrupção. Caso não fosse assim, haveria desestímulo por parte das companhias seguradoras na contratação desse seguro, até porque haveria um agravamento substancial da variável risco. Dessa forma, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e/ou práticas dolosas dos administradores que sejam lesivos à companhia ou ao próprio mercado não estarão contemplados na cobertura securitária. Por conseguinte, perda da indenização. Faz-se ressalva para os casos em que a atuação do administrador, embora contrarie o estatuto ou o objeto social, tenha por fundamento a culpa, e não a busca de interesses pessoais.

Por fim, o melhor “seguro” do administrador depende muito mais de sua conduta e forma de atuação. Normalmente, ele será responsabilizado se for irresponsável, se inobservar os deveres que lhe são impostos pela Lei, ou quando deixar de lado os limites tangenciados pelo estatuto ou contrato social; ou ainda, pelas normas de controles internos e *compliance*.

REFERÊNCIAS

- BALBI, Sandra. Proteção que pode custar muito caro. *Revista Valor Financeiro – Seguros Previdência e Capitalização*, São Paulo, maio 2015.
- BALDUCCINI, Bruno; KASTRUP, Thomaz; PANUCCI, Roberto. *Susep regulamenta seguro D&O e permite cobertura de multas e penalidades*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/jota-inside/jota-inside-susep-regulamenta-seguro-e-permite-cobertura-de-multas-e-penalidades-17102016>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Apontamentos sobre a carta de conforto (lettere di patronage)*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11044>. Acesso em: 24 jan. 2016.
- CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores no âmbito da administração das companhias*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013.
- CARVALHOSA, Modesto. *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante à Lei das S/A*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade civil dos administradores da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DINIZ, Saad Gustavo. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das Sociedades Limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed, RT, 2010.
- IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*, 2012. Disponível em <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Guia_11.pdf> Acesso em 20 mar. 2017.
- JORNAL VALOR ECONÔMICO: *Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi*. Caderno Empresas, de 22 abr. 2015, p. B2.
- JORNAL VALOR ECONÔMICO, Caderno Finanças, de 26, 27 e 28 out. 2012, p. C11.
- JORNAL VALOR ECONÔMICO: *Lava Jato provoca mudanças no D&O*. Caderno Finanças, 21 mar. 2017, p. F3.
- JORNAL VALOR ECONÔMICO, Caderno Política, de 12 nov. 2012, p. A13.
- LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O contrato de seguro de responsabilidade civil dos administradores: O modelo do D&O Insurance*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-contrato-de-seguro-de-responsabilidade-civil-dos-administradores-o-modelo-do-do-insurance/12149>>. Acesso em 23 jan. 2015.
- MELLO, Sérgio Ruy Barroso de. *O seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O*. Revista Jurídica de Seguros – nº 2. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2015.
- NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *O regime jurídico da responsabilidade civil dos administradores de*

sociedades por ações no Brasil e na Argentina. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

“Portal Tudo Sobre Seguros” - Entenda o seguro de responsabilidade civil- Disponível em: <<http://www.tudosobreseguros.com.br/portal/pagina.php?l=346#>> . Acesso em: 23 jan. 2016.

“Portal Tudo Sobre Seguros”, *D&O na ordem do dia* – Disponível em: <<http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=754&c=1325>> . Acesso em: 24 jan. 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Revista Forense, nº 358, 2001.

SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de; ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro D&O e o direito de errar. *VALOR ECONÔMICO*, 29 mar. 2012. Caderno Legislação & Tributos. p. E2.

Recebido em: 30/04/2017

Aprovado em: 28/05/2018

Como citar este artigo (ABNT):

FERNANDES, Jean Carlos; GUERRA, Ricardo Henrique e Silva. O seguro d&o como instrumento de proteção dos administradores de sociedades empresárias. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.109-131, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>> . Acesso em: dia mês. ano.

O NEOCONTRATUALISMO DE RAWLS COMO APORTE TEÓRICO PARA OS ESTUDOS SOBRE A FRATERNIDADE: UM OLHAR SOBRE O TEMA DA JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES

RAWLS'S NEOCONTRACTUALISM AS A THEORETICAL CONTRIBUTION TO THE STUDIES ON FRATERNITY: A GLANCE AT THE TOPIC OF INTERGENERATIONAL JUSTICE

Clóvis Marinho de Barros Falcão ¹
Vinícius Andrade de Carvalho Rocha ²

RESUMO: Este artigo buscou articular duas noções distintas: constitucionalismo fraternal e a teoria de justiça de John Rawls. Num primeiro momento, buscou-se traçar um breve panorama histórico da ideia de fraternidade no Direito e na Filosofia Política até chegar-se ao momento atual, de um assim chamado constitucionalismo fraternal. Em seguida, procurou-se apresentar alguns traços da teoria de justiça de John Rawls que a aproximam do campo de reflexões propostas pelo constitucionalismo fraternal, destacando, nesse contexto, os desdobramentos do chamado princípio da diferença, a saber: o princípio da reparação, o princípio da reciprocidade e o princípio da fraternidade. Por fim, cuidou-se de apresentar algumas das principais formulações de Rawls sobre a noção de fraternidade, ao tempo em que se debruçou sobre o problema da justiça entre gerações, novamente a partir da obra do pensador norte-americano. Tentou-se, assim, demonstrar como as discussões em torno desse tema servem de confluência para ideias correlatas, como fraternidade e desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: constitucionalismo fraternal; fraternidade; justiça entre gerações; neocontratualismo; princípio da diferença.

ABSTRACT: This article is aimed at connecting two distinct notions: fraternal constitutionalism and John Rawls's theory of justice. At first, it sought to draw a brief historical overview of the idea of fraternity in Law and in Political Philosophy until the present context of a so-called fraternal constitutionalism is reached. Next, it tried to present some features of John Rawls's theory of justice that links it to the field of reflections proposed by fraternal constitutionalism, especially, in this context, to the practical implications of what is known as the difference principle, namely: the principle of redress, the principle of reciprocity and the principle of fraternity. Finally, it tries to give room to some of Rawls's main ideas on the notion of fraternity, while also contemplating the problem of justice between generations, again from Rawls's own perspective. Thus, it attempted to show how the discussions around the issue of intergenerational justice work as a junction for correlate ideas, such as fraternity and sustainable development.

Keywords: fraternal constitutionalism; fraternity; intergenerational justice; neocontractualism; difference principle.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. E-mail: clovisfalcao@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado. E-mail: vinicius.acr@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

As discussões mais atuais em torno do tema da fraternidade vêm enfatizando uma série de aspectos reveladores de sua condição singular na história da filosofia moral, da filosofia política e da filosofia do direito. Comumente veiculada à tríade maçônica que serviu de lema para a Revolução Francesa, a fraternidade é um elemento de complexas ramificações nos modos de vida contemporâneos.

Se, por um lado, a ênfase no elemento “liberdade” nos levou a um estágio sem precedentes de apreciação do individualismo e dos valores da subjetividade e do respeito à intimidade e à vida privada, por outro, são crescentes os apelos por mais tolerância e pela abertura de novos caminhos para a convivência mútua entre grupos humanos com repertórios culturais muito distintos. Da mesma maneira, se, por um lado, o reforço do elemento “igualdade” veio acompanhado de uma intensificação das relações entre indivíduo e Estado-provedor, muitas vezes em detrimento do aprofundamento de laços intersubjetivos, o atual momento de crise das políticas de bem-estar social nos obriga a repensar aspectos fundamentais das nossas instituições e a refletir sobre noções como humanismo, desenvolvimento e redistribuição de renda e de riquezas a partir de uma perspectiva, por assim dizer, fraternal.

Em meio a tudo isso, surgem novas discussões acerca dos modelos teóricos mais apropriados para pensarmos o problema da justiça na assim chamada estrutura básica de nossas sociedades. É na esteira dessas discussões que a hipótese teórica bastante difundida e bastante criticada do contrato social reaparece, em grande medida a partir da publicação da obra-prima do filósofo norte-americano John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, publicada pela primeira vez em 1971, ou seja, em uma época repleta de novos problemas, especialmente aqueles relacionados ao futuro do nosso planeta e das nossas obrigações em relação ao outro e aos que ainda estão por vir. Boa parte dessas preocupações convergem, do ponto de vista da especulação teórica, para considerações sobre o resgate da ideia de fraternidade, a menos dogmática das ideias contidas na tríade revolucionária. Essas considerações, todavia, não costumam considerar o neocontratualismo um aporte teórico relevante no momento de suas formulações mais importantes.

Neste artigo, intenta-se pôr à prova essa dificuldade. Inicialmente, discute-se o estágio atual dos estudos sobre fraternidade, procedendo a um breve apanhado histórico de como se chega até o momento atual, de resgate de uma noção há muito esquecida. Na sequência, procurar-se-á demonstrar como o ressurgimento do contratualismo, em um mesmo contexto histórico, é fruto de preocupações, ao menos em parte, assemelhadas, buscando explorar a ideia de que as soluções oferecidas por esses dois ramos de especulação teórica podem convergir sob vários aspectos, em especial quando se consideram problemas mais diretamente relacionados ao tema da justiça social. A propósito dessa temática, e a título de exemplo, far-se-á um rápido exame da questão da justiça entre gerações, o que, a nosso ver, não prescinde dos aportes oriundos dos estudos sobre fraternidade nem dos aportes oriundos do neocontratualismo.

O estudo da fraternidade tem vastas implicações nos dias de hoje. Seria impossível, porém, explorá-las com um mínimo de profundidade em um trabalho de dimensões tão modestas como este. O mesmo pode ser dito do neocontratualismo, cujos antecedentes históricos mais relevantes remontam ao século XVII. Discutir algum aspecto mais notável da obra de cada um dos seus formuladores mais importantes já ocuparia espaço suficiente para a publicação de um livro. Fazê-lo em um artigo seria correr o risco de, ao final, apresentar ao leitor um verbete de enciclopédia, o que fugiria, mais uma vez, ao objetivo dessa investigação. Assim, procurar-se-á destacar com mais ênfase o problema da justiça entre gerações, mas sem deixar de situá-lo em um contexto mais amplo de reflexões contemporâneas que têm em mente a nossa intrincada relação com o outro e com o planeta, nota que consideramos presente tanto nos estudos sobre fraternidade quanto nas formulações neocontratualistas.

O problema a ser explorado, então, é justamente a articulação de duas noções teóricas que

a literatura não costuma tomar em conjunto, a saber, a teoria da justiça de Rawls e o assim chamado constitucionalismo fraternal. Para tal, utilizou-se como método de investigação a revisão bibliográfica, destacando autores cujas ideias pudessem sugerir, em alguma medida, a possível vinculação entre as duas temáticas principais que se buscou analisar neste texto e a que se fez referência por ocasião da formulação da problemática a ser pesquisada.

2 A PRIMA POBRE DO INTERIOR: RESGATE DE UMA IDEIA ESQUECIDA

Parece haver um consenso mais ou menos pacificado em torno da constatação segundo a qual a fraternidade, enquanto elemento integrante da tríade revolucionária francesa, ficou relegada ao esquecimento (MACHADO, 2014, p. 14-15). Uma possível razão para isso pode decorrer da dificuldade de conciliação entre a noção de fraternidade em si e ideia de Soberania (VIAL, 2006, p. 120). A fraternidade, na perspectiva de Emmanuel Levinas, por exemplo, torna-se significativa fora de uma moldura biológica, ou seja, fora daquele âmbito de atuação da paternidade, que é onde se aperfeiçoa a noção de Soberano enquanto *pater* (BERGO, 2011). Sabe-se que é este o modelo associativo clássico da autoridade política com os súditos, por assim dizer, algo que começou a ser contestado apenas a partir da obra de John Locke, isto é, no âmago do contratualismo (GREEN, 2012).

Na história constitucional francesa, a fraternidade só aparece como princípio da República na Constituição de 1848, que é a carta que inaugura o período histórico conhecido como “Segunda República”. Esse texto constitucional, no entanto, teve curta vigência, e a menção à fraternidade desaparece das Constituições francesas de 1852, 1875 e 1945, reaparecendo apenas na Carta de 1946, cuja vigência vai até 1958, quando é promulgada a Constituição atualmente em vigor. Tanto nesta quanto na carta que a antecede há menção expressa à fraternidade como elemento integrante do lema da República francesa, tal qual o conhecemos nos dias de hoje (MACHADO, 2014, p. 22-24). No entanto, o ideal de fraternidade tem antecedentes anteriores ao período revolucionário francês e é neste domínio que deve ser buscado o seu fundamento filosófico.

Nesse sentido, a noção segundo a qual é possível vislumbrar um dinamismo entre os três princípios emblemáticos da Revolução Francesa remonta ao século XVI. O humanista cristão Étienne de la Boétie já fazia alusão a uma ideia de fraternidade que servisse de ponte entre a igualdade e a diversidade dos sujeitos humanos (MACHADO, 2014, p. 24-25). Em alguma medida, é possível considerar que a amizade é o gênero próximo da ideia de fraternidade, mas isso nos lança o desafio de saber em que consiste a sua diferença específica. Aqui, há autores que se reportam às raízes cristãs da noção de fraternidade, caracterizando-a, então, como um “*dom*, absolutamente gratuito, sem resquício de vinculação à utilidade ou prazer” (MACHADO, 2014, p. 36) [destaque no original], que são elementos basilares nas discussões sobre amizade no pensamento clássico greco-romano.

Desse ponto de vista, portanto, é possível afirmar que a fraternidade gestada no seio da cultura europeia tornou-se um dos dados fundamentais da concepção humanista que tem servido de norte para a consolidação de um projeto de sociedade global cosmopolita. Aqui, mais uma vez, em que pesem os antecedentes clássicos do humanismo, é comum a menção ao salto qualitativo que representaram os aportes trazidos pelo pensamento cristão. Dentre eles, o mais significativo está simbolizado no conceito de dignidade da pessoa humana (MACHADO, 2014, p.53), cujo desenvolvimento, quando da entrada em cena de um paradigma filosófico secularizado, ficaria sob o encargo de Immanuel Kant, o último dos contratualistas. Esse deslocamento de Deus para o homem tem início, como sabemos, entre o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna e assinala o pano de fundo diante do qual toma forma o pensamento iluminista.

Todos esses subsídios teóricos convergiram para a formulação, já no século XX, de um humanismo que se concebe como integral e que tem como expoente principal o filósofo francês Jacques

Maritain, tido como um dos maiores divulgadores modernos do neotomismo. Para Maritain, o conhecimento das normas de Direito Natural dispensam o auxílio da Filosofia e, nesse sentido, seriam de apreensão direta pelo sujeito humano, em uma modalidade de conhecimento que o pensador gaulês denomina de conatural (ÁVILA, 2014, p. 242). Maritain exerceu uma influência marcante na elaboração da Declaração de 1948 da Organização das Nações Unidas. Aqui, destaca-se um pressuposto do direito fraterno ao qual pretendemos retornar logo em seguida. Em resumo, Flávia de Ávila faz a seguinte observação sobre o pensamento de Maritain:

(...) a Declaração Universal resultou de uma formulação comum das conclusões práticas dos Estados em relação a direitos possuídos pelo homem, com base na sua experiência pessoal e social. Portanto, seria *fútil* a procura do que ele denominou de *justificação racional comum* tanto para as conclusões práticas quanto para os direitos elencados na Declaração universal, que seriam ao mesmo tempo *indispensáveis e impotentes*. *Indispensáveis*, pois cada um intuiria a verdade, e esta só consistiria naquilo que instintivamente fosse reconhecido como válido. Mas, ao mesmo tempo, tais justificações seriam *impotentes*, porque as explicações racionais se difeririam de tal maneira que se tornariam diametralmente opostas. Em vista disso, segundo Maritain, os Estados representados tanto na Comissão quanto na Assembleia teriam concordado com as *noções práticas comuns*, pela afirmação de um conjunto de convicções relativas à *ação* e não à *especulação*. E a conclusão que se tira disso é a de que a votação da Declaração se baseou em princípios básicos da prática, ou da *filosofia prática* da forma como Maritain a entendia (...). (ÁVILA, 2014, p. 243). [destaques no original].

Um dos pressupostos de um assim chamado Direito Fraterno, na acepção atribuída pelo filósofo italiano Egilio Resta, é justamente essa abertura política, por assim dizer. De acordo com Sandra Vial (2006, p.123), a fraternidade “é um direito livre da obsessão de uma identidade que deve legitimá-lo.”. O direito fraterno, então, independe de soberanias, no sentido comumente empregado no vocabulário jurídico-político contemporâneo, funcionando, assim, como um pacto entre iguais. Além disso, e ainda nesse contexto, torna-se factível uma reflexão sobre o direito contemporâneo que leve em conta não apenas os direitos subjetivos do indivíduo em face das demais pessoas jurídicas, mas também o exercício de deveres que não se limite a um dever geral de abstenção, tomando aqui os direitos humanos como “o lugar da responsabilidade e não da delegação.” (VIAL, 2006, p.123).

Segundo Alcântara Machado (2014, p.68), o humanismo integral de Jacques Maritain tem o trunfo de não aderir irrefletidamente aos excessos contidos em algumas formulações contratualistas acerca da natureza humana, em especial aquela comumente atribuída a Thomas Hobbes, demasiadamente pessimista, e aquela atribuída a Jean-Jacques Rousseau, imoderadamente ingênua. É justamente em obra de título homônimo que a ideia de fraternidade ganha os contornos que viriam a dar o tom das discussões futuras sobre o tema. Em *Humanismo Integral*, portanto, Maritain (1965, p.161-163) apresenta a ideia de uma cidade secularizada, na qual a amizade fraternal e a convivência entre pessoas de credos distintos são fundamentais. Um aspecto a ser destacado por ocasião dessa referência é a profanidade a que se reporta o autor francês enquanto traço daquela cidade temporal, um dado que repercute, atualmente, nos debates sobre cosmopolitismo.

O humanismo integral de Jacques Maritain tem como premissa uma concepção de dignidade da pessoa humana que está firmada na distinção entre personalidade (pessoa) e individualidade (indivíduo) (ÁVILA, 2014, p. 244). Supõe-se ser essa uma contribuição imprescindível no atual estágio das formulações em torno da fraternidade e do Direito, uma vez que é facilmente rastreável, nesse domínio, a necessidade de superação de um paradigma jurídico que se sustenta quase que exclusivamente na garantia de direitos e garantias individuais, sem levar em conta o caráter coletivo da vida em sociedades complexas. Esse individualismo excessivo perde de vista a riqueza da experiência humana, sobretudo naquilo em que deixa de lado a conciliação entre o bem-estar individual e o bem-estar

coletivo. É por isso que os adeptos de um Direito Fraternal trabalham com um código de inclusão/exclusão e, nessa medida, “é um direito que inclui e que não aceita a possibilidade de exclusão. O Direito Fraternal propõe que a pactuação seja aceita conjuntamente e não imposta (não-violenta); (...) (VIAL, 2006, p. 131).

Aqui, obviamente, já se estaria diante de uma fraternidade que passou de categoria filosófica a categoria jurídica. Essa passagem tornou-se possível graças a um processo de secularização da fraternidade, cujo desmontar remonta, como já dito, ao aparecimento da filosofia iluminista. A completude de sua transformação dialética pressupõe, no momento atual, uma superação de radicalismos, de tal modo que a influência de tradições religiosas seculares não seja descartada, aprioristicamente, como um elemento irracional e incompatível com o Estado moderno. Nesse aspecto, poder-se-ia falar de um pós-secularismo, na esteira do pensamento de Habermas. (ARAÚJO, 2009, p. 155-173; MACHADO, 2014, p. 91-93).

A preocupação com a convivência entre irmãos, por assim dizer, diferentes faz da fraternidade um *locus* de conciliação e pactuação constantes. Em linha com essa preocupação, transcreve-se novamente Sandra Vial (2006, p.132), ao comentar a metateoria do Direito Fraternal:

Diferente dos demais pressupostos da Revolução Francesa, a fraternidade foi deixada de lado, foi esquecida; este esquecimento não é sem motivação, já que falar em fraternidade implica em um compartilhar, em um romper de poderes, em pactos entre iguais... São essas razões que fizeram com que o conceito ficasse à margem ou, como afirma Resta, seja a *prima pobre que vem do interior*. Essa prima pobre tem uma riqueza fundada na não-violência, no amor, no diálogo, no cosmopolitismo, na amizade, no diálogo entre os mais diferentes dos mais *diferentes* cantos desse mundo. Ela é, então, a promessa que faltou da Revolução Iluminista e aparece hoje como uma nova possibilidade, como uma aposta! [destaques no original].

No panorama atual de estudos sobre a fraternidade como categoria jurídica, persiste o problema da sua densidade normativa, a qual raramente é mobilizada sob a forma de direito propriamente dito, sendo mais comum sua invocação como valor ou como princípio. Seja como for, o fato é que a fraternidade serve de substrato filosófico para a formulação da regra de ouro de que se valem todos os grandes sistemas religiosos e éticos, de modo que para o Direito, enquanto prática social normativa de caráter relacional, o enfrentamento do tema é algo incontornável. A trajetória da ideia de fraternidade como um dado com repercussões no mundo do Direito já se reveste desse senso de infalibilidade, na medida em que, já há algum tempo, se anuncia com cada vez mais frequência a entrada em cena de uma terceira (e a depender do autor até mesmo quarta ou quinta) dimensão do direito. Nesse sentido, já seria possível falar até mesmo em um assim chamado constitucionalismo fraternal, o que nos remete, na seção seguinte, ao tema do contratualismo. (MACHADO, 2014, p.109, 118, 127, 157).

3 O CONTRATUALISMO COMO UMA DOUTRINA FRATERNAL

Iniciar-se-á esta seção com um comentário de Nicola Matteucci (1998, p. 281) acerca do legado do contratualismo. Aduz o pensador italiano que “o Contratualismo não é apenas uma teoria global, conceptualmente elaborada, sobre as origens da sociedade e, por conseguinte, sobre a natureza racional do Estado.”. Segundo ele, o contrato, além de hipótese teórica valiosa para os estudos sobre a formação política dos Estados nacionais europeus, é “também um fato histórico, ou seja, parte integrante de um processo que leva ao Constitucionalismo e, em especial, à necessidade de limitar o poder do Governo por meio de um documento escrito que estabeleça os respectivos e recíprocos direitos-deveres.”. Esta caracterização do contratualismo clássico, como uma doutrina repleta de implicações práticas, nos leva a refletir sobre o lugar atualmente ocupado pelo neocontratualismo no âmbito da Filosofia Política da segunda metade do século XX em diante.

Notoriamente, há mais de um neocontratualismo. Via de regra, é possível falar em pelo menos três correntes. A mais conhecida delas, sobre a qual nos iremos deter nos parágrafos subsequentes, é a enunciada por John Rawls, autor de uma das obras de Filosofia Política mais comentadas nas tradições intelectuais anglo-saxônica e continental europeia. Não se tratará aqui da vertente patrocinada por Robert Nozick, na medida em que o libertarianismo parece ir na contramão do que se pode comumente formular como uma doutrina fraternalista. Há ainda, porém, a vertente proposta por James M. Buchanan, a qual, em que pesem as preocupações com uma eventual exacerbação das preferências individualistas em detrimento do jogo e do intercâmbio cooperativos, está fundada em um modelo de racionalidade típica do *Homo economicus*, o que, em certa medida, também a torna de difícil compatibilização com as notas de altruísmo que parecem fazer presença obrigatória nas discussões sobre fraternidade. (D'AGOSTINO; GAUS; THRASHER, 2014; MATTEUCCI, 1998, p. 282-283).

Além dos aspectos já levantados, o neocontratualismo de John Rawls ainda possui a vantagem de fazer parte daquele grupo a que Arthur Kaufmann (2004, p. 394-398) se reporta como “teorias processuais da justiça”, o qual consiste basicamente em dois modelos principais: o de Rawls, conhecido como paradigma contratual, e o de Habermas, conhecido como paradigma do discurso. Tanto em um quanto no outro paradigma, o consenso aparece como um critério fundamental de verdade e correção. Como o consenso só é factível coletivamente, acredita-se que há espaço, nos domínios de sua produção, para a manifestação da fraternidade como elemento basilar. No caso do paradigma contratual, sobressai ainda o peso da tradição, a mesma tradição em cujo seio foram desenvolvidas as noções de humanismo e de fraternidade.

O contratualismo, então, faz parte de uma antiga tradição da filosofia ocidental, a qual, já na época moderna, remete a autores como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Para os contratualistas, a hipótese teórica de que há um pacto social na origem do Estado é tomada como verdadeira. De uma perspectiva racionalista, defendem os autores contratualistas, tal acordo é desejável, uma vez que está alicerçado no verdadeiro interesse dos contratantes (KAUFMAN, 2004, p. 406). Na perspectiva neocontratualista, o contrato social surge, portanto, como um acordo hipotético cujos pactuantes se encontram em uma posição original que é equitativa e na qual ninguém saberia que lugar ocuparia na sociedade. As pessoas estariam vestidas com um véu de ignorância que as faria rejeitar tanto o utilitarismo quanto as doutrinas libertárias ou aquelas associadas a uma ética da virtude (SANDEL, 2012, p. 175-179).

A premissa básica é que, sem saber que posição ocupariam na sociedade, os contratantes cuidariam de evitar o risco de ocupar uma posição excessivamente desfavorável. Desse modo, fariam coro por um modelo de sociedade cuja estrutura básica oferecesse liberdades básicas a todos e equidade econômica e social. Para Rawls (2008, p. 4-8), a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e nenhum pacto social poderia furtar-se a aderir a uma concepção de justiça que não fosse determinante na forma de alcançar os demais objetivos sociais (coordenação, eficiência e estabilidade). A justiça a que se refere Rawls é a justiça social e o seu objeto é a estrutura básica da sociedade.

Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem mais certos pontos de partida mais que outros. (RAWLS, 2008, p. 8).

Quando se fala em contrato social, portanto, fala-se em um consenso original cujo objeto sejam os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. De maneira bastante resumida, em razão das dimensões limitadas deste trabalho, a escolha desses princípios se daria em uma situação original na qual “ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém

conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero.” (RAWLS, 2008, p. 15). Essa é a chamada posição original a que se fez menção acima; nela, um véu de ignorância assegura que o acaso natural ou as circunstâncias sociais não irão favorecer ou desfavorecer ninguém em especial. Nessa medida, o acordo aí surgido pode ser considerado um acordo justo.

O maior trunfo da teoria da justiça de Rawls, porém, reside na formulação de seus dois princípios, os quais, em sua configuração final, encerram os seguintes raciocínios:

Primeiro princípio:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como

(b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p. 376). [destaques no original].

Subordinam-se esses dois princípios a uma ordenação em série que Rawls discute quando trata do problema da prioridade, algo que as doutrinas intuicionistas negam ser satisfatoriamente resolvido. Aqui, impende destacar somente que o primeiro princípio antecede o segundo, isto é, não se podem violar liberdades básicas iguais em nome de maiores vantagens econômicas e sociais, embora uma liberdade básica possa se chocar com outra sem que existam, dessa forma, liberdades absolutas (RAWLS, 2008, p. 74-75). Em relação ao segundo princípio, a interpretação que prevalece é a da igualdade democrática, que contempla tanto o famoso princípio da diferença, o qual está contido na formulação final de seu segundo princípio, no que tange à interpretação da expressão “benefício de todos” (uma outra interpretação possível teria como protagonista o princípio da eficiência) quanto uma igualdade na forma de oportunidades equitativas no que diz respeito à interpretação da expressão “acessíveis a todos” (RAWLS, 2008, p. 79-90). Um ponto de extrema relevância na obra de Rawls é a noção, em tudo demonstrativa de uma postura altruísta, de que é “errado e prepotente supor que merecemos, antes de tudo, uma sociedade que valorize nossa maiores qualidades.” (SANDEL, 2012, p. 202).

Um aspecto a ser ressaltado na teoria da justiça de Rawls, então, é o fato de ela prescindir de uma consideração cosmológica acerca do que é justo, atendo-se ao essencial, neste caso, que são os sujeitos humanos. Nesse sentido, algumas ponderações do filósofo norte-americano são quase uma conclamação a uma atitude fraternalista. Destaca-se o trecho abaixo, certamente um dos mais emblemáticos desse posicionamento:

Tendo em vista essas observações, podemos rejeitar o argumento de que a organização das instituições é sempre deficiente, porque a distribuição dos talentos naturais e as contingências das circunstâncias sociais são injustas, e essa injustiça deve, inevitavelmente, transportar-se às instituições humanas. De tempos em tempos essa ponderação é apresentada como desculpa para ignorar a injustiça, como se recusar-se a aquiescer à injustiça fosse o mesmo que a incapacidade de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base adscritícia para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas e privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não há necessidade de resignar-se a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável inacessível ao controle humano, porém um padrão de atividades humanas. Na justiça como equidade, os homens concordam em só se valer dos acidentes da natureza e das circunstâncias sociais quando fazê-lo resulta em

benefício comum. Os dois princípios são um modo equitativo de enfrentar a arbitrariedade da sorte; e, por mais imperfeitas que possam ser em outros aspectos, as instituições que atendem a esses princípios são justas. (RAWLS, 2008, p. 122).

Trata-se de uma defesa entusiasmada do princípio da diferença, um princípio que, ao endossar apenas as desigualdades que possam resultar no benefício dos mais desassistidos, consegue conciliar a racionalidade econômica e a racionalidade política. Para o escopo de nosso estudo, é um princípio de vastas repercussões, uma vez que tem uma vinculação estreita a outros três princípios. O primeiro deles é o princípio da reparação, segundo o qual as desigualdades imerecidas devem ser remediadas (RAWLS, 2008, p. 120). Entende-se que esse princípio encarna uma concepção solidarista orgânica de sociedade, com desdobramentos muito flagrantes, por exemplo, nas searas previdenciária e tributária.

Além disso, o princípio da diferença é, também, um princípio de reciprocidade ou de benefício mútuo, o que implica o reconhecimento de que o bem-estar individual está relacionado às possibilidades de o esquema de cooperação social vigente ser capaz de prover vidas satisfatórias, ao tempo em que reconhece que os menos privilegiados só têm incentivo a cooperar se as condições de tal esquema de cooperação forem aceitáveis (RAWLS, 2008, p.122-123). Como diria Rawls (2008, p. 123), os mais afortunados, nesse cenário, “consideram-se já compensados, por assim dizer, pelas vantagens às quais ninguém (inclusive eles mesmos) tinha direito prévio.”. O terceiro princípio expresso pelo princípio da diferença é justamente o princípio da fraternidade, o qual é o objeto do próximo tópico.

4 RAWLS E A JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES: A FRATERNIDADE COMO PRESSUPOSTO

Como visto, o princípio da diferença, tal qual enunciado por Rawls, naquilo em que legitima os ganhos dos mais favorecidos sob a condição de resultarem em benefícios para os menos favorecidos, auxilia a compreensão de noções principiológicas como reparação, benefício mútuo ou reciprocidade e fraternidade. No caso desta última, assinala-se o desafio de dotá-lo da mesma densidade política de que são dotados, no âmbito das teorias democráticas, as noções de liberdade e igualdade, algo que também já se discutiu anteriormente. Nesse contexto, o que merece destaque é a convergência entre o que informa Rawls (2008, p. 126), para quem a fraternidade “expressa certas disposições mentais e formas de conduta sem as quais perderíamos de vista os valores expressos” pelos direitos fundamentais, e o que postulam adeptos do já referido constitucionalismo fraternal, para os quais, a exemplo de Carlos Augusto Alcântara Machado (2015, p. 13), as “dimensões liberal e social de direitos (liberdade e igualdade) passaram a se desenvolver adensadas indissociável e reciprocamente entre si, mas catalisadas por *direitos de fraternidade*.”.

Ou seja, há, tanto no Direito quanto na Filosofia Política, um chamado para que a noção de fraternidade entre em cena quando da interpretação das ideias clássicas de liberdade e igualdade que são o substrato das democracias ocidentais. Acredita-se, nesse sentido, que a concepção rawlsiana de fraternidade é um ponto de confluência importante para noções convergentes como humanismo e desenvolvimento. É nesse âmbito que se pretende trazer à baila a questão da justiça entre gerações, na medida em que sua problematização congrega elementos teóricos concernentes a todos esses domínios, de tal maneira que Direito, Economia e Política parecem juntar-se em prol de um esforço comum que é a própria proteção da humanidade. Aqui, mais uma vez, lançar-se-á mão dos aportes teóricos oferecidos pelas reflexões de Rawls sobre o tema em seu *Uma Teoria da Justiça*.

O problema básico da justiça entre gerações, e que povoa o âmago da própria noção de desenvolvimento sustentável, pode ser formulada da seguinte forma: “até que ponto a geração presente é obrigada a respeitar os direitos de suas sucessoras.” (RAWLS, 2008, p. 355). Intuitivamente, parece acertado dizer que uma sociedade que usa imprudentemente todos os seus recursos a ponto de tornar impossível para as futuras gerações a preservação de uma estrutura básica justa e estável

constitui, em si, uma sociedade injusta. Por outro lado, sacrifícios de gerações presentes em nome de ganhos de gerações futuras não podem constituir um fardo. O grande dilema em definir qual a medida apropriada de comprometimento das gerações atuais com as gerações futuras é que, nessa transação em especial, não há reciprocidade do ponto de vista lógico, o que põe em xeque a aplicabilidade do princípio da diferença. (MANDLE, 2009, p. 91).

O desafio, então, consiste em encontrar um princípio justo de poupança, no sentido ampliado do termo. Como afirma Rawls (2008, p. 359), “que as gerações se estendam no tempo e que os benefícios econômicos fluam apenas em uma direção” é um fato natural. Mais uma vez, o que importa é a maneira como as instituições sociais irão enfrentar essa questão, ela é que poderá ser qualificada como justa ou injusta. Na sequência, serão analisadas algumas das principais considerações de Rawls sobre o tema justiça entre gerações, a fim de pôr em evidência os entroncamentos de temas como humanismo, fraternidade e desenvolvimento que ocorrem em seu âmbito.

Em primeiro lugar, tem-se a noção segundo a qual a taxa de poupança de uma sociedade mais pobre deve ser mais baixa do que a taxa de poupança de uma sociedade mais rica. Rawls (2008, p. 360) chega a essa conclusão considerando que, em uma situação de posição original, os representantes para a escolha dos princípios de justiça optariam por poupar menos quando em gerações em estágios menores de desenvolvimento e por poupar mais quando em gerações em estágios maiores de desenvolvimento. Considera-se esse um aporte valioso nas discussões sobre desenvolvimento sustentável em uma perspectiva global, uma vez que são comuns os embates entre países centrais e países periféricos no momento em que se busca definir sobre que países deve recair o ônus da redução da emissão de substâncias que agravam os problemas climáticos do planeta.

Embora Rawls trabalhe aqui com gerações diferentes, o argumento dos países periféricos se assemelha sobremaneira ao seu, o que parece sugerir, ao menos em parte, um compromisso futuro com taxas de poupanças maiores, o que, no caso do desenvolvimento sustentável, poderia ser traduzido em maior preocupação com a conservação e a renovação dos recursos naturais. Em que pese essa não ser uma postura controversa, tendo em vista o estágio avançado de degradação do meio ambiente, já é um ponto de partida para negociações que tenham, de fato, alguma densidade normativa.

Em segundo lugar, é preciso levar em conta que o objetivo dos processos de acumulação material que fazem parte da essência do capitalismo devem ter um pressuposto ético, qual seja, servir de substrato para a criação de instituições justas e para a concretização das liberdades fundamentais (RAWLS, 2008, p. 361). Há um aspecto inicial neste tópico que diz respeito à ideia de que tal acumulação não dá conta apenas de capital no sentido mais tipicamente economicista do termo. Isto é, reconhece-se aqui a importância de acumular conhecimento, cultura, técnicas e habilidades.

A noção segundo a qual o objetivo da acumulação é a manutenção de uma sociedade cuja estrutura básica seja justa é, para Rawls (2008, p. 362), uma premissa da tradição contratualista. Assim, há uma obrigação moral de poupar que, numa posição original, seria acordada por todos, uma vez que, ali, seria impossível saber a que geração cada um pertenceria. Tal obrigação se reveste, na prática, em um dever natural (RAWLS, 2008, p. 362-363) e, nesse sentido, não deixa de ser sintomático que a doutrina brasileira se refira ao dever de proteção ao meio ambiente como um dos poucos deveres fundamentais aclarados no texto constitucional (RUSCHEL, 2007, p.231-266).

O outro aspecto que se pretende destacar, ainda em referência ao tema dos objetivos dos processos de acumulação (como vimos, o objetivo seria a criação de instituições justas), é aquele que concerne ao nível de consumo. A ressalva apresentada por Rawls (2008, p. 363) preceitua que o escopo da poupança não é ensejar gerações mais ricas, pura e simplesmente. Na realidade, a riqueza, entendida no sentido de abundância, não é um dado fundamental nesta equação. A preocupação de Rawls, como já visto, é com a conservação de instituições justas. Não é necessário que essas instituições disponham de recursos abundantes. Transcreve-se, a propósito, o trecho a seguir:

É um equívoco acreditar que uma sociedade boa e justa tem de aguardar o advento de um alto padrão de vida. O que as pessoas querem é um trabalho significativo em livre associação com outras, com essas associações regendo suas relações mútuas dentro de uma estrutura de instituições básicas justas. Para que isso seja atingido, não há necessidade de grande riqueza.

Na verdade, além de certo ponto, é mais provável que a riqueza de torne um verdadeiro obstáculo, na melhor das hipóteses uma distração sem sentido, se não uma tentação à indulgência e à falta de objetivos. (RAWLS, 2008, p. 363-364).

Em terceiro lugar, finalmente, quer-se assinalar que a justiça entre gerações está intimamente ligada com o problema dos grupos de indivíduos menos favorecidos em uma determinada sociedade. E o vínculo entre as duas ideias, em nosso entender, é justamente o sentido de fraternidade, embora Rawls não chegue a dizê-lo. Para ele (RAWLS, 2008, p. 364), o quanto uma sociedade deve estar disposta a poupar é algo que se define através do ponto de vista dos menos beneficiados naquela geração específica. Da mesma maneira, quando se poupa, o que deve ser levado em consideração são, sobretudo, as necessidades futuras dos menos privilegiados nas gerações vindouras. Esse parece um bom guia para pensar fraternidade e desenvolvimento, temas que alcançam um grau de considerável intrincamento quando se abordam os problemas relacionados à justiça entre gerações. Rawls (2008, p. 365), cuja obra serviu de ponto de partida fundamental nas reflexões de Amartya Sen, um dos nomes mais célebres nessa seara, falava inclusive de “um dever natural de apoiar e promover instituições justas”, algo que só é possível, segundo ele, com o aprimoramento das civilizações humanas até certo nível.

5 CONCLUSÕES

A obra de John Rawls foi sujeita a toda sorte de críticas. Ele próprio submeteu sua teoria da justiça a uma revisão substancial com o objetivo de atender a algumas dessas críticas. Apesar disso, há quem considere que para chegar aos princípios de justiça por ele enunciados, Rawls tomou como pressupostas concepções de justiça específicas, o que comprometeria a força teórica da ideia de posição original. Fala-se, por outro lado, da necessidade de avaliar a teoria de Rawls como uma teoria apropriada ao contexto de reflexão política norte-americana. Outros críticos, além disso, afirmam que os princípios de justiça de Rawls não deixam de ser compatíveis com uma doutrina moral utilitarista, embora esse seja um aspecto que o pensador norte-americano se tenha empenhado em refutar.

Não há dúvida, porém, que seu pensamento esteja dotado de uma riqueza de possibilidades raras vezes observada no século XX. É uma obra, nesse aspecto, que consegue dialogar com tradições de pensamento distintas daquela em que foi concebida. Prova disso é a própria receptividade de suas ideias no domínio da filosofia continental. Circunscrever o alcance de sua obra à sociedade norte-americana é ignorar boa parte dos acontecimentos históricos dos últimos cinquenta anos. O mundo é cada vez mais interdependente e as soluções razoavelmente bem-sucedidas para os problemas de uma sociedade são cada vez mais suscetíveis de passarem por adaptações para aplicação em outras sociedades. Noções como constitucionalismo são a prova viva disso. Nesse sentido, a ideia de um constitucionalismo fraternal não se pode esquivar dos inevitáveis pontos de contato com outros modelos teóricos, em especial se esses modelos convergem para preocupações e soluções assemelhadas.

Assim é que fizemos questão de realçar as convergências entre essas duas formas de pensar o futuro. Parece evidente que o princípio da diferença de Rawls tem uma nítida correspondência com o valor fraternidade. Para o constitucionalismo fraternal, por sua vez, a fraternidade é catalisadora dos princípios de liberdade e igualdade. Está-se diante, no Direito e na Filosofia Política, de uma noção de fraternidade que é baliza para compreensão do estado atual das sociedades pós-industriais, seja

como o elemento ausente, a revelar as suas maiores falhas, seja como solução, a revelar perspectivas de superação de um paradigma individualista e ególatra de sociedade. Os desafios, então, são os mesmos: consagrar um modelo de convivência e cooperação social que seja realmente emancipador e que potencialize as capacidades pessoais de cada um. As discussões sobre desenvolvimento são terreno fértil para esse tipo de preocupação: como garantir um presente pleno de oportunidades para todos sem comprometer o futuro dos que virão; como assegurar o futuro dos que virão sem sacrificar o presente dos desafortunados de agora?

É mais uma vez demonstrativo da grandeza de amplitude obra de Rawls e da grandeza de propósito do constitucionalismo fraternal, portanto, que as conclusões acerca das indagações apresentadas confluem para o tema da dignidade da pessoa humana. Dizer que a fraternidade é corolário deste valor fundamental é, a esta altura, redundante. Mas, na segunda metade do século XX, foi Rawls quem soube dizê-lo da maneira que mais fez jus à matriz kantiana dessas discussões.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Razão pública e pós-secularismo: apontamentos para o debate. *ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 3, p. 155-173, maio 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2009v8n3p155/21871>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

ÁVILA, Flávia de. *Direito e Direitos Humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual*. Curitiba: Appris, 2014.

BERGO, Bettina. Emmanuel Levinas. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=levinas>>. Acesso em: 03 dez. 2016.

D'AGOSTINO, Fred; GAUS, Gerald; THRASHER, John. Contemporary Approaches to the Social Contract. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/contractarianism-contemporary/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

GREEN, Leslie. Legal Obligation and Authority. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>>. Acesso em: 03 dez. 2016.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KOLME, Serge-Cristophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Constitucionalismo fraternal. *Diálogos Possíveis*, Salvador, ano 14, n. 2, p. 3-19, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/viewFile/307/241>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

MANDLE, Jon. *A Theory of Justice - An Introduction*. New York, US: Cambridge University Press, 2009.

MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral: uma visão da nova ordem cristã*. 5ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfrancesco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Justiça e Direito).

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez. 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2919/2207>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. *RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraternal_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Recebido em: 31/07/2017

Aprovado em: 03/07/2018

Como citar este artigo (ABNT):

FALCÃO, Clóvis Marinho de Barros; ROCHA, Vinícius Andrade de Carvalho. O neocontratualismo de Rawls como aporte teórico para os estudos sobre a fraternidade: um olhar sobre o tema da justiça entre gerações. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.132-143, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.

JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA NO BRASIL: REFERENCIAL TEÓRICO DA PRODUÇÃO ACADÊMICA NACIONAL *STRICTO SENSU*¹

RESTORATIVE JUVENILE JUSTICE IN BRAZIL: THEORETICAL BACKGROUND OF NATIONAL ACADEMIC PRODUCTION *STRICTO SENSU*

Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima²
Jéssica Silva da Paixão³

RESUMO: Este artigo visa analisar o referencial teórico da produção acadêmica nacional *stricto sensu* acerca da Justiça Juvenil Restaurativa no período 2001 a 2015. A metodologia observada foi qualitativa e contou com o levantamento de teses e dissertações nos bancos de dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior e da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações. Para estudar o referencial teórico dos trabalhos encontrados utilizou-se a técnica da análise de conteúdo. Foram identificadas as diferentes áreas de conhecimento que produziram sobre o tema, assim como as suas regiões de origem, tendências e aspectos regionais, ano de publicação, metodologias aplicadas e as principais discussões realizadas. A análise revelou que, na área do adolescente autor de ato infracional, a Justiça Restaurativa teve abordagem teórica de natureza interdisciplinar, com foco em teorias críticas e princípios tais como a dignidade da pessoa humana, a corresponsabilidade e a participação. A partir deste estudo foi possível considerar que o paradigma restaurativo, construído a partir de compromissos éticos, é possível não só para o adolescente, mas para vítimas e respectivas famílias.

Palavras-Chave: Justiça restaurativa; justiça juvenil; ato infracional; cultura de paz.

ABSTRACT: This article aims to analyze the theoretical framework of the national academic production strictly speaking about the Restorative Juvenile Justice from 2001 to 2015. The observed methodology was qualitative and included a survey of theses and dissertations in databases of Higher Education Personnel Improvement Coordination and Digital Library of Theses and Dissertations. It was used the content analysis technique in order to study the theoretical reference of the found works. There were identified different areas of knowledge that were produced on the subject, as well as their regions of origin, trends and regional aspects, year of publication, applied methodologies and the main discussions. The analysis revealed that, in the area of adolescent who commits an infraction, Restorative Justice had a theoretical approach of an interdisciplinary nature, with focus on critical theories and principles such as the dignity of the human person, co-responsibility and participation. From this study, it was possible to consider that the restorative paradigm, built from ethical commitments, is a possibility not only for the teenager, but also for the victims and their respective families.

Keywords: Restorative justice; juvenile justice; infractionary act; culture of peace.

1 Artigo vinculado ao projeto de pesquisa “Justiça Restaurativa e Famílias: Regiões Norte e Nordeste” com apoio CAPES/FAPESB.

2 Doutora em Saúde Pública (ISC-UFBA). Estágio pós-doutoral Fulbright em Direitos Humanos (EUA). Estágio pós-doutoral em Justiça Restaurativa (EUA). Professora do Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Coordenadora do Projeto de pesquisa “Justiça Restaurativa e Famílias: Regiões Norte e Nordeste.” Juíza de Direito aposentada.

3 Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Assessora da FUNDAC/BA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivou analisar o referencial teórico na produção acadêmica nacional *stricto sensu* sobre Justiça Juvenil Restaurativa no período de 2001 a 2015. O estudo desse referencial revisita a trajetória da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil e lança um olhar sobre a base epistemológica de teses e dissertações que tratam sobre este tema na convergência com Justiça Juvenil.

A Justiça Restaurativa é um paradigma recentemente assimilado na realidade brasileira, mediante a cooperação de diversos segmentos sociais, especialmente em projetos executados em Varas da Infância e Juventude e nas Escolas. Esta pesquisa buscou compreender como o referencial teórico sobre a Justiça Juvenil Restaurativa vem sendo apresentado na produção acadêmica nacional *stricto sensu* no século XXI. Considerou-se como hipótese que as discussões sobre este paradigma despertaram o interesse de distintas áreas do conhecimento e não apenas do Direito, revelando um potencial de caráter interdisciplinar e configurando-se como tendência em trabalhos sobre resolução pacífica de conflitos e estudos da paz.

Quanto ao percurso metodológico adotado, organizou-se um levantamento das teses e dissertações publicadas no Brasil sobre Justiça Juvenil Restaurativa entre os anos de 2001 a 2015. Esta etapa foi possível pela disponibilidade do acervo nos sites da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e Biblioteca Digital de Teses e Dissertações - BDTD. O recorte cronológico adotado, relativamente ao período de 2001 a 2015, referiu-se ao início do século XXI, buscou o alinhamento com o advento das primeiras práticas restaurativas no país.

A construção do levantamento foi realizada em três fases. Primeiramente, identificaram-se as produções acadêmicas a partir da palavra-chave “Justiça Restaurativa” inserida nos campos de buscas da CAPES e da BDTD, respectivamente. A partir desta palavra-chave obteve-se como resultado um total de 72 trabalhos, sendo 61 dissertações e 11 teses. A partir da identificação das publicações existentes sobre Justiça Restaurativa, em um segundo momento, procedeu-se um recorte temático mediante o acréscimo das palavras-chaves “Adolescente” e “Ato Infracional”, de forma a identificar, entre as 72 publicações encontradas, específica e unicamente as que abordavam o tema do adolescente autor de ato infracional. Ao longo desta triagem de trabalhos acadêmicos *stricto sensu*, foram elaborados quadros com identificação dos títulos das pesquisas, autores e área do conhecimento que subsidiaram a pré análise dos dados e exploração do material coletado.

Por fim, realizou-se a análise de conteúdo, seguindo, assim, o modelo desenvolvido por Bardin (1977). Este enfoque orientou a inferência e a interpretação dos dados obtidos. Estes dados encontraram-se dispostos da seção do desenvolvimento do artigo e indicam as áreas que produziram dissertações e teses de doutorado sobre Justiça Juvenil Restaurativa no período apontado na pesquisa, além das principais discussões teóricas realizadas.

Por se tratar de um paradigma em construção, justificou-se uma reflexão sobre suas bases conceituais atuais a análise do referencial teórico sobre segmentos relevantes para Justiça Restaurativa. Nesta senda é possível observar o estado do conhecimento, identificando possíveis lacunas, os direcionamentos que a academia tem seguido e seus indicadores para os próximos anos. Investiga-se o crescente movimento de expansão dos princípios restaurativos, sobretudo no âmbito da infância e da juventude. Nesta área específica do direito a temática restaurativa encontrou reciprocidade na Doutrina da Proteção Integral, assimilada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como na Lei Nº 12.594/12. Esta legislação especial, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, incentiva, no seu artigo 35, III, a adoção de práticas restaurativas que acolham a vítima sempre que possível. Observar os princípios e as bases teóricas norteadoras na elaboração de programas, sessões e reuniões restaurativas constitui, portanto, uma oportunidade de fortalecimento e sustentação desse novo paradigma. Ademais, esta dinâmica admitida em lei facultou a identificação do potencial

de interlocução entre os temas da Justiça Restaurativa e da Justiça Juvenil.

As regiões brasileiras têm acolhido projetos e técnicas voltadas à redução da litigiosidade, valorização dos indivíduos, inclusão da comunidade e promoção da paz. Experiências diversas, iniciadas nas regiões Sul e no Sudeste do país, foram reverberando em outras áreas e com outras parcerias com vistas à geração e afirmação de valores necessários à superação da violência. Os pesquisadores, teóricos e docentes da área, ao tempo em que refletem sobre as bases conceituais e a sua implementação operacional, ensinam que a experiência de justiça é necessária às relações humanas para a interrupção dos ciclos de violência.

A proposta de uma justiça mais dialógica, comprometida com a reparação do dano e atenta às necessidades humanas, está a ganhar espaço. Este avanço se dá mediante iniciativas daqueles que estão continuamente insatisfeitos com a fragilidade das respostas proporcionadas por um sistema de justiça calcado, apenas, na retribuição. Ao longo do tempo, a perspectiva exclusivamente adversarial passou a ser questionada, facultando diversos debates sobre o papel da formação dos profissionais jurídicos e sobre o empoderamento da comunidade na dinâmica da díade vítima-ofensor.

Enquanto um movimento social, a Justiça Restaurativa tem sido acolhida em diversos países, promovendo valores universais, tais como o respeito e a igualdade. Este modelo dialoga tanto com o sistema de justiça formal quanto com as universidades e, sobretudo, com comunidades. Destaca-se a ampla adesão da Justiça Juvenil nesta vertente, seja na perspectiva da doutrina de proteção integral ou diante da prevenção do ato infracional do adolescente. Este, enquanto pessoa em desenvolvimento, vivencia um período próprio à sua faixa etária relativamente à autonomia progressiva, conforme estudo de Landsdown (2005). O campo da infância e da juventude tornou-se propício para novas tecnologias sociais, sobretudo a partir do esforço que integra eixos da interinstitucionalidade e da interdisciplinaridade, expandindo-se para outras jurisdições e áreas do conhecimento que demandam novos estudos e sistematizações.

2 JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA: O ESTADO DO CONHECIMENTO

As modernas teorias de justiça demonstram que o conceito do que é justo varia de acordo com os valores de cada civilização. A partir da noção de igualdade como ponto comum às variadas definições de justiça, Perelman (1996) distingue três elementos da ideia de justiça nos sistemas normativos, quais sejam: o valor, a regra e o ato. O valor constitui a base que fundamenta a norma em sentido amplo e concreto, a regra, por sua vez, anuncia a forma e, finalmente, o ato a materializa.

O paradigma de justiça restaurativa se estrutura a partir de valores como o respeito, a solidariedade e a interconexão dos relacionamentos. De acordo com Elliott (2007), os valores estruturantes do modelo restaurativo são fundamentalmente construídos a partir da perspectiva da ética do cuidado. Heidegger (2005) e Boff (1999) entendem o cuidado como elemento pelo qual nos relacionamos com o mundo, afirmando-o como um componente ético que marca a própria condição humana: um fenômeno ontológico que se revela quando o outro passa a ser relevante, evitando-se a indiferença a partir do respeito à sua dignidade e à construção de uma responsabilidade solidária. Esta dimensão humanista é da essência da proposta restaurativa e se integra com a proteção da infância (VERONESE, 2013). Evocando a ética biofílica consubstanciada em Morin, Costa e Lima (2002) organizaram um manual de cuidado para e com adolescentes no qual revisitam elementos teórico e pragmáticos desta interlocução. Evidenciam os autores a necessidade de integração interdisciplinar de práticas dos professores e das famílias com a comunidade e com os estudantes adolescentes.

A palavra “cuidado” tem a mesma origem latina de “cura”, constituindo-se, segundo Zoboli (2004, p.22), como sinônimos eruditos. Embora o tema do cuidado seja relevante à existência humana, a ética do cuidado vem sendo desenvolvida de forma mais recorrente a partir de estudos no

campo da saúde. Nessa direção, McWhinney (2010) explana que não há como compreender a doença sem compreender a própria pessoa enferma. Existe uma relação de vulnerabilidade que requer respeito e atenção às dificuldades e potencialidades específicas de cada sujeito para melhoria das suas condições de vida e da sua dor.

Um paradigma de justiça orientado pela ética do cuidado pressupõe abordagem contextual e não isolada, prioriza a conexão humana e os relacionamentos comunitários (ZOBOLI, 2004). Desta forma, confere a oportunidade para aqueles envolvidos no conflito verbalizarem os seus sentimentos. Estudos iniciados a partir do século XX demonstram que a dor ou o conflito podem ser entendidos como um fenômeno biopsicossocial com aspectos multidimensionais (MARQUEZ, 2011). A resolução pacífica dos conflitos depende, pois, de uma combinação de fatores sociais e individuais para a promoção do bem-estar social e do desenvolvimento saudável dos sujeitos.

A carta de Ottawa (OPAS, 1986, p.1), elaborada na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, afirma que existem condições e recursos fundamentais para a saúde das pessoas e das suas comunidades. As noções de justiça, saúde e bem-estar social estão interligadas à perspectiva do desenvolvimento humano saudável e à construção de uma cultura da paz. Assim, desenvolver sistemas de justiça que possam ser adequados a esses princípios, constitui um esforço necessário.

Para Tony Marshall (1996, p.37), pensar em uma justiça restaurativa é facilitar “um processo através do qual todas as partes ligadas a uma ofensa em particular, se reúnem para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro”. A Justiça Restaurativa busca compreender diferentes contextos sociais, culturais e subjetivos. Esta é a razão pela qual consegue obter melhores resultados com crianças e adolescentes, promovendo a efetivação dos seus direitos e protegendo os seus interesses (ONU, 2002; NOVA IORQUE, 2013), inclusive em situações de ato infracional.

Para os adolescentes que ingressam no sistema de justiça juvenil, a construção de estratégias restaurativas pautadas pela ética do cuidado podem oferecer novas oportunidades. Com base no reconhecimento mútuo e no respeito entre os participantes, os procedimentos restaurativos tornam-se mais flexíveis e capazes de revisitar a trajetória infracional de cada adolescente em qualquer fase do processo de responsabilização. A partir de iniciativas restaurativas, as famílias são igualmente integradas nas dinâmicas e aproximam outros elos subjetivos e objetivos.

As primeiras publicações nacionais que discutiram a Justiça Juvenil na perspectiva restaurativa datam de 2006. Destaca-se que o tema adolescente em conflito com lei se constituiu como escopo de pesquisa entre as primeiras dissertações e teses identificadas, vislumbrando-se, a partir de então, o potencial de assimilação das práticas restaurativas pelo sistema socioeducativo.

Analisando-se os acervos da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, respectivamente, no período de 2001 a 2016 foram identificadas 13 produções acadêmicas nacionais *stricto sensu* sobre Justiça Restaurativa relacionadas ao tema do adolescente autor de ato infracional, sendo duas teses e onze dissertações. Esta produção foi analisada a partir do seu referencial teórico buscando-se identificar quais os principais conceitos e interpretações acerca das práticas restaurativas e do paradigma de Justiça Restaurativa.

2.1 A Justiça Juvenil Restaurativa nas teses de doutorado

A primeira tese identificada foi publicada em 2012, no curso de Direito da Universidade Federal de Fortaleza – CE. A segunda, em 2014, no curso de Educação, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Observa-se que as produções no doutorado, no âmbito da Justiça Juvenil Restaurativa, iniciaram-se há menos de cinco anos, revelando a atualidade do tema e sua recente integração nos cursos de Pós-Graduação *stricto sensu* no Brasil, sobretudo no doutorado.

As teses identificadas destacam a afirmação histórica dos direitos da criança e do adolescente, trabalhando as concepções sociais e jurídicas relativas a este segmento populacional. A tese desenvolvida na área de educação discutiu elementos históricos da proteção, da assistência e da educação social para adolescentes. A discussão proposta avançou os aspectos legislativos, enfatizou a influência dos instrumentos normativos nacionais e internacionais na conduta social.

A tese supramencionada teve como objetivo “compreender a história de vida de jovens em conflito com a lei, internos no Centro Educacional Patativa do Assaré (CEPA), considerando suas percepções acerca do significado da experiência de privação de liberdade em suas trajetórias” (FIALHO, 2012, p.8). Ao longo do trabalho, foi apresentada a “história da assistência à criança e ao adolescente no Brasil, do conceito de punição adotado pelo Estado e do sistema de atendimento socioeducativo no Ceará” (FIALHO, 2012, p. 8). Quanto ao aspecto metodológico, esta produção doutoral adotou a metodologia qualitativa com estudo de caso. Participaram da pesquisa sete adolescentes no estado do Ceará.

Para discussão da Justiça Restaurativa no Sistema Socioeducativo, a doutoranda utilizou as experiências acerca do tema das autoras Aginsky e Capitão (2008), no Rio Grande do Sul, discutindo os aspectos sociais da infância no Brasil a partir de Rizzini, Pilotti (2009) e Del Priore (2010).

A autora abordou a teoria das representações sociais com base em Menin (2000) e as teorias acerca da concepção de justiça e desenvolvimento moral da criança e do jovem. Foram identificadas as contribuições da área da educação para o desenvolvimento de práticas restaurativas junto a adolescentes em conflito com lei. Foi enfatizada a interdisciplinaridade no estudo do novo paradigma, sobretudo do direito penal.

A tese analisada não direcionou sua investigação para defender um determinado modelo de prática restaurativa. Ao cumprir seu objetivo explicitado, recomendou desenvolver práticas restaurativas no sistema socioeducativo, promovendo o diálogo e valorizando a autonomia a fim de superar o aprisionamento (FIALHO, 2012, p. 330).

A segunda tese, defendida por Paiva (2014), enfatizou a prática da mediação aplicada junto aos adolescentes autores de ato infracional como um instrumento de democratização da Justiça Juvenil. Objetivou verificar a compatibilidade da mediação com as peculiaridades dos direitos dos adolescentes, para defender o potencial da mediação enquanto abordagem de mudança do paradigma retributivo. Para corresponder ao objetivo formulado, a doutoranda valeu-se de metodologia qualitativa com revisão de literatura e destacou a opção pelo procedimento dedutivo na condução do trabalho.

A tese de doutorado destacou a modalidade de mediação transformativa focada nos relacionamentos, que prioriza a problema concreto e o acordo, em detrimento da modalidade satisfativa (PAIVA, 2014, p. 323). Segundo a autora, há um esforço significativo para a ampliação da mediação com o adolescente em conflito com a lei. Este trabalho evidencia esta prática e, por vezes, denomina a aplicação da Justiça Restaurativa em âmbito penal de “mediação restaurativa” (p. 149 e 173). Foi mencionado o teórico Silvan Tomkis e sua “Teoria do Script” ou “Teoria do afeto”, a quem foi atribuído o desenvolvimento da denominada “mediação penal/socioeducativa restaurativa” (PAIVA, 2014, p. 179). Abordou a pesquisadora a visão da sociologia e da criminologia consoante Braithwaite (1989), assim como o seu conceito de “vergonha reintegradora”, vinculado a um processo de reintegração que integra a necessidade de reprovação cumulada ao estímulo do perdão.

A segunda tese supra aludida traz citações de Konzen (2007) e Santana (2011) ao discutir a aplicação da mediação com adolescentes em conflito com a lei. Reconhece, ademais, a influência dos projetos piloto implementados em 2005, para criação da Lei do Sinase, em 2012. Paiva (2014, p. 182) entendeu que o paradigma restaurativo permite que os ofensores compensem seus erros e reparem o dano causado oportunizando a participação da vítima. O trabalho faz referência a Howard Zehr (2008), mas não distingue a Justiça Restaurativa enquanto paradigma de justiça autônomo e diferenciado do processo de mediação.

Ambas as teses falam do Sinase e das medidas socioeducativas, embora com abordagens distintas acerca da utilização de práticas restaurativas com adolescentes em conflito com a lei. Contribuem, igualmente, com diferentes conceitos a partir da sua área de concentração. Não se verificou investigação direta acerca no núcleo familiar dos adolescentes.

Ressalta-se que o primeiro trabalho foi estruturado antes da vigência da lei do Sinase e o outro, posteriormente, evidenciando a recepção do conceito de práticas restaurativas pela referida lei e a influência do movimento em prol da Justiça Restaurativa no Brasil, que culminou com a escrita do artigo 35, incisos II e III da mencionada lei.

A partir da observação das citações realizadas, pôde-se verificar que, embora as teses sejam de áreas diferentes – uma de Educação, outra de Direito - possuem citações em comum, especialmente quando se trata de direitos da criança e dos adolescentes. A defesa da doutrina da proteção foi ponto convergente entre os trabalhos analisados. Ambas as autoras consideraram a concepção proposta pela Justiça Restaurativa como um instrumento democrático de resolução dos conflitos apropriado ao tratamento de adolescentes em conflito com lei e situações de violência.

2.2 Justiça Juvenil Restaurativa: discussões no mestrado acadêmico

Foram identificadas 11 dissertações, somente a partir de 2006 e até 2013, posto que inexistem produções anteriores sobre a temática específica. As áreas de concentração estão predominantemente relacionadas às ciências sociais aplicadas, Serviço Social e Direito, assim como às ciências humanas, Sociologia e Psicologia. Quanto à região de origem das dissertações, evidencia-se a tendência das Regiões Sul, Sudeste e Nordeste, destacando-se a primeira.

O marco da produção sobre Justiça Juvenil Restaurativa no mestrado inicia-se em 2006, logo após a implementação dos primeiros projetos piloto no país, iniciados em 2005 no eixo Sul-Sudeste. Em período posterior, observa-se que há uma média de três publicações sobre o tema, considerando-se a presença de um hiato entre os anos de 2007, 2009, 2010, 2014 e 2015.

Ademais, identifica-se a tendência interdisciplinar na abordagem do tema Justiça Juvenil Restaurativa: quatro dissertações publicadas em mestrados na área do Direito, quatro em Serviço Social, duas em Sociologia e uma em Psicologia.

As Regiões Sul e Sudeste concentram um total de dez das onze dissertações, revelando a necessidade de incentivo a estudos que contemplem a realidade das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, especialmente a respeito da Justiça Juvenil.

A partir da identificação das dissertações, segue a análise do referencial teórico utilizado. Para um melhor detalhamento da base conceitual adotada e mais clareza na organização das informações, as produções analisadas são agrupadas segundo a sua área do conhecimento.

2.2.1 Dissertações por área do conhecimento (Direito, Serviço Social, Sociologia e Psicologia).

As dissertações identificadas no âmbito do direito versam sobre aspectos jurídico-filosóficos do paradigma de Justiça Restaurativa, destacando seus elementos éticos no atendimento ao adolescente em conflito com a lei. Revisam aspectos conceituais necessários à implementação deste novo modelo de justiça na administração dos conflitos, discutindo a influência do paradigma punitivo do Direito Penal no sistema de responsabilização juvenil.

O Direito foi uma das áreas que publicaram mais sobre Justiça Juvenil Restaurativa na produção nacional *stricto sensu* com quatro publicações. Duas estão concentradas na Região Sul, uma no Sudeste e uma no Nordeste. Quanto à metodologia aplicada, todos os trabalhos analisados adotam natureza qualitativa com análise documental e revisão de literatura. Apenas um deles empreendeu um

estudo de caso para análise em profundidade. Todas as dissertações encontradas fazem parte de linhas de pesquisas ligadas ao Direito Público e às Ciências Criminais.

A pesquisa empírica desenvolvida por Barboza (2013) analisou a institucionalização da Justiça Restaurativa no juizado da infância e juventude de Porto Alegre, visando contribuir para uma mudança de paradigma na administração judicial dos conflitos. O marco teórico concentrou-se nos estudos sobre dominação e reprodução de valores sociais, em âmbito escolar, do sociólogo francês Pierre Bourdieu. Destacam-se, igualmente, as pesquisas sobre a administração judicial dos conflitos no Brasil, sobretudo nas questões judiciais da infância e juventude.

Em um estudo qualitativo, Konzen (2006) debruça-se sobre a fundamentação ético-filosófica para proceder o atendimento ao adolescente autor de ato infracional. Em contraposição ao modelo retributivo, o autor explicita que a Justiça Restaurativa se fundamenta no pensamento filosófico de Emmanuel Lèvinas e se relaciona ao contexto do adolescente autor de ato infracional a partir da doutrina da proteção integral. Na revisão sobre a perspectiva da alteridade, o pesquisador enuncia que a dimensão relacional com o outro faculta a perspectiva do intangível. Segundo o autor, a ética da alteridade se fortalece “A partir de temas como o mesmo e o outro, a fenomenologia do rosto, a questão da justiça como sinônimo de prioridade, do outro antes da liberdade do mesmo e a linguagem dialógica como modo e transcendência” (KONZEN, 2006, p.15). Esta dissertação da área jurídica integra os fundamentos relacionais das práticas de natureza restaurativa, salientando a natureza singular do encontro, ou seja, da participação dos envolvidos na resolução do conflito.

A produção elaborada por Alencar (2013), a partir do procedimento de análise bibliográfica, demonstrou o processo histórico de transformação do aparato normativo e institucional de atenção à criança e ao adolescente no Brasil. Com base em Wacquant (1999), Foucault (1987) e Baratta (2002), a dissertação alinhou o tema da responsabilidade penal juvenil à crítica criminológica. O autor preocupou-se em evidenciar, de forma reflexiva, as violações de direitos humanos no modelo atual de responsabilização de adolescentes e destacou as contribuições da teoria com vistas a sua não estigmatização. Mediante esta moldura, à luz da perspectiva de Zaffaroni (2007), reafirmou-se a importância do inimigo do direito penal. Alencar destacou, ainda, a necessidade de formulação de políticas públicas adequadas à adolescência e a introdução de práticas e procedimentos restaurativos por meio dos autores tais como Zehr (2008), Brancher (2012) e Konzen (2007). Alencar apontou como uma construção de iniciativas comunitárias de justiça pode ser capaz de favorecer a emancipação dos sujeitos e de promover os princípios democráticos. Nesse sentido, ele discutiu a necessidade de introdução de práticas e procedimentos restaurativos no âmbito da justiça juvenil.

O estudo formulado por Bessa (2008), investigou a influência do paradigma punitivo do Direito Penal no tratamento concedido pelo Estado ao adolescente a quem se atribui prática de ato infracional. A metodologia empregada foi à pesquisa bibliográfica e documental. Examinando a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa com o sistema de mediação, considerando uma alternativa para resolução de conflitos com a lei dos adolescentes, além de aplicação dos princípios constitucionais relativos à sua proteção integral.

O autor pontua as teorias penais e do garantismo penal a partir de Zaffaroni (1989; 2004) e Ferrajoli (2006) e aspectos da pena restritiva de liberdade segundo Foucault (1987), para o qual a pena materializa o controle social pelo medo e imposição de sofrimento no corpo do próprio condenado. Esta dissertação considera o modelo restaurativo como um instrumento democrático de resolução de conflitos envolvendo adolescentes em conflito com a lei. Nessa direção, frisou a capacidade da mediação para otimizar os resultados previstos para as medidas socioeducativas e a superação da influência do paradigma retributivo do Direito Penal (SICA, 2007; ZEHR, 2008; KONZEN, 2007; VEZZULLA, 2006).

O Serviço Social também contribuiu com quatro produções. Todos os trabalhos encontrados neste campo do conhecimento foram originários da Região Sul do Brasil e discutiram o enfoque restaurativo

aplicado ao adolescente em conflito com a lei, por meio de diferentes abordagens metodológicas, privilegiando-se a experiência empírica. As quatro produções de mestrado investigaram a operacionalização da prática restaurativa no âmbito das medidas socioeducativas em meio aberto e no enfrentamento da violência escolar, discutindo a democratização do sistema socioeducativo e da medida socioeducativa de internação. Os pesquisadores salientam a importância dos valores éticos da Justiça Restaurativa para a juventude em conflito com a lei, para as vítimas e comunidades, além das manifestações de um espaço público destas iniciativas e suas repercussões no Sistema de Justiça Juvenil.

A pesquisa realizada por Battisti (2011) investigou as manifestações de um espaço público das práticas restaurativas, com foco nas repercussões no Sistema de Justiça Juvenil, a partir da experiência do município de Porto Alegre. Estudo qualitativo a partir do método dialético-crítico, elegeu a pesquisa de natureza exploratória com levantamento bibliográfico, análise documental e estudo de caso na Central de Práticas Restaurativas do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Nesta produção acadêmica, o modelo restaurativo foi percebido como um novo paradigma de justiça para ampliação de um espaço público pautado na ética e na dignidade humana e na participação de vítimas, ofensores e comunidade. Os principais teóricos citados foram Froestad e Shearing (2005), Oxhorn e Slakmon (2005), Rosenberg (2006) e Marshall (1996). Como conclusão, Battisti defendeu que a Justiça Restaurativa pode agregar valor ao processo de responsabilização de adolescentes, considerando a perspectiva histórica do modelo retributivo e das respostas formuladas à prática infracional na adolescência.

A investigação realizada por Oliveira (2007) teve por objetivo identificar e analisar as possibilidades e limites da contribuição da Justiça Restaurativa na afirmação de valores éticos para a juventude em conflito com a lei, vítimas e comunidades, participantes de práticas restaurativas. Configurou-se como um estudo exploratório de natureza qualitativa, com base no método crítico-dialético. A pesquisa tem como campo a 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre e determinou como procedimentos de pesquisa a análise documental a partir de processos judiciais, termos de audiências e relatórios técnicos e entrevistas com os adolescentes, vítimas e comunidades, participantes dos procedimentos restaurativos no sistema de justiça.

Mediante a experiência de práticas de justiça com adolescentes autores de ato infracional, discutiu-se os valores éticos para trazer novos significados na responsabilização de adolescentes e garantia dos Direitos Humanos. Oliveira (2007) alicerçou-se nas discussões acerca da origem, conceitos e aplicações formulados por Boyack; Bowen (2005); McCold; Wachtel (2003); Morris (2005); Scuro Neto (2004); Oxhorn e Slakmon (2005); Pinto (2006); Rosenberg (2006). Nesta dissertação a autora afirma que o paradigma restaurativo constitui um desafio para a socioeducação, já que aponta “uma revolução cotidiana nas formas usuais de fazer-se justiça” (OLIVEIRA, 2007, p. 55). Esse modelo surgiu como uma crítica urgente ao sistema tradicional de justiça, contribuindo para sua qualificação e humanização diante da complexidade das situações de violência que demandam respostas éticas.

Já a pesquisa realizada por Capitão (2008), analisou as interfaces entre as práticas restaurativas e a democratização da medida socioeducativa de internação com vistas a contribuir com subsídios para o aprimoramento da política de atendimento socioeducativo. Deu-se ênfase ao âmbito da privação de liberdade por meio da experiência desenvolvida na Fundação de Atendimento Socioeducativo (Fase). No referido estudo, buscou-se perceber as contribuições da modelo restaurativo para subsidiar o aprimoramento da política de atendimento socioeducativo com foco na democratização e em valores éticos. No seu trabalho de dissertação Capitão considerou a experiência de vários atores sociais, inclusive os profissionais do atendimento. Destacou, afinal, os fundamentos práticos da Justiça Restaurativa em suas inter-relações com os pressupostos do Serviço Social e do Sinase.

Para discutir o conceito e a aplicação ao contexto da socioeducação, Capitão (2008, p.72) afirmou que “não é uma forma alternativa de se fazer justiça, mas, sim, um novo jeito de olhar a justiça, de

fazê-la através do protagonismo dos atores sociais, visando a uma medida socioeducativa pensada por todos”, sustentando suas colocações a partir dos autores Pinto (2006); Mello (2006); Scuro Neto (2004); McCold e Watchel (2003) e Zehr (2002).

A pesquisa empreendida por Ávila (2013), também no âmbito do serviço social, foi a única produção na área a privilegiar o estudo das medidas socioeducativas (MSE) em meio aberto. Estas medidas e a sua possível interface com a judicialização de conflitos escolares foram analisadas no Serviço de Execução de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, em execução nos nove CREAS de Porto Alegre/RS.

Ávila (2013) pesquisou a questão da violência em ambiente escolar e a sua judicialização, tomando os atos infracionais praticados em âmbito escolar com posterior aplicação de medidas socioeducativas. Trabalhou dimensões que contribuem para a judicialização das violências nas escolas e o cumprimento de medidas socioeducativas: “pobreza”; “violências estrutural, institucional e simbólica”; “exclusão”; “discriminação”; “esvaziamento de ações pedagógicas e autoridade escolar”; “processos de seletividade e criminalização da pobreza”. Para tanto, trouxe para o seu trabalho as contribuições teóricas de Aginsky e Alencastro (2006), Sierra (2011) e Esteves (2012).

Usando o conceito de vulnerabilidade penal de Baratta (2002), a dissertação de Ávila relaciona o processo de criminalização condicionado pela classe social ou por particularidades da socialização à criminalização de questões escolares, acrescentando que a judicialização desse tipo de violência reitera os processos de exclusão e discriminação que resultam em evasão e abandono escolar. Assim, Ávila defendeu o fortalecimento da relação entre a política socioeducativa e a política de educação. Destacou, sobretudo, a articulação e a intersectorialidade entre as políticas públicas.

No campo na sociologia foram identificadas duas dissertações concentradas na região sudeste. A dissertação construída por Becker (2010) visou identificar a experiência e analisar a percepção dos adolescentes como agentes facilitadores no projeto nas escolas municipais de São José dos Campos/SP, quanto ao impacto do projeto no cotidiano escolar, familiar e na sociedade. A coleta dos dados se deu por meio da técnica de triangulação com a História Oral, a partir de entrevistas semiestruturadas, pesquisa documental, bibliográfica e observação dos contextos, nos quais os alunos vivenciaram a experiência restaurativa.

Para complementar a pesquisa, Becker escolheu três adolescentes integrantes do ciclo II do ensino fundamental de escolas públicas inseridas no projeto que se localizam na região norte, sul e leste do município. Os sujeitos entrevistados identificaram o diálogo como um caminho para a resolução de conflitos, frente à contradição entre o ideário coletivo e a prática cotidiana. O autor sinalizou a necessária mudança cultural com a participação ativa e a consciência crítica da realidade pelos adolescentes. Ao final da sua dissertação, o autor refletiu sobre a necessária mudança estrutural do sistema econômico em combate a desigualdade social, circunstância que gera e aprofunda conflitos.

Os aspectos históricos e conceituais da produção acadêmica de Becker se articularam mediante a citação da coletânea de artigos acerca do tema Justiça Restaurativa organizada por Slakmon, De Vito e Pinto (2005) e em escrito de Melo, Ednir e Yazbek (2008). Para o autor, enquanto modelo de justiça para resolução pacífica dos conflitos, a Justiça Restaurativa congrega uma oportunidade de diálogo para a resolução do conflito, priorizando os sujeitos envolvidos. Foi reconhecida, desta forma, a necessidade de preparação da escola para lidar com o fenômeno no cotidiano escolar, a partir de posicionamentos sociais éticos.

O trabalho acadêmico realizado por Brusius (2011) teve como objetivo identificar a experiência e analisar a percepção dos adolescentes como agentes facilitadores no projeto nas escolas municipais de São José dos Campos/SP. Relativamente ao impacto do projeto no cotidiano escolar, familiar e na sociedade, Brusius escolheu a observação participante, a entrevista semiestruturada e a análise de documento. A autora considerou a abordagem do referencial teórico a partir de três eixos. Ela trabalhou

com o reconhecimento intersubjetivo segundo Honneth (2008) e a concepção de violência de Maffesoli (1987). Posteriormente, o autor trabalhou os conceitos de comunidade em Bauman (2003) e de hiperguetos em Wacquant (2001, 2005, 2008). Destacou, igualmente, as interações sociais e conflitos tomando Simel (1983) como referência.

Na área da psicologia identificou-se a dissertação de Zappe (2010), defendida na Universidade Federal de Santa Maria, no Rio Grande do Sul. Este trabalho apresentou estudo de casos múltiplos sobre os processos de identificação de adolescentes privados de liberdade, discutindo como a violência e a prática de atos infracionais podem influenciar na construção da identidade destes adolescentes. Nesta dissertação são destacadas as entrevistas realizadas com os adolescentes.

O método educativo foi discutido na interface com as práticas restaurativas e a noção de protagonismo juvenil de Costa (2006). A partir das considerações de Winnicott (1994), o trabalho sugere que, diante de novos fenômenos, deve ser promovida a revisão dos modelos de intervenção. Como as práticas do atual sistema de justiça não enfatizam a necessidade de reparação os danos, focando-se apenas na retribuição, a Justiça Restaurativa seria mais adequada e coerente para os casos dos adolescentes privados de liberdade.

Com base em Slakmon; De Vitto e Pinto (2005) e Brancher, Todeschini e Machado (2008), a autora defendeu o protagonismo juvenil e os procedimentos restaurativos como metodologias adequadas ao enfrentamento dos conflitos na adolescência, pois valorizam o desenvolvimento da autonomia e a restauração de relações. A autora atribui à comunicação um papel privilegiado para a resolução de conflitos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do referencial teórico das produções acadêmicas nacionais *stricto sensu* possibilitou a assimilação do tema Justiça Juvenil Restaurativa, ressaltando os caminhos metodológicos e os objetivos propostos em cada trabalho analisado. Pode-se verificar, igualmente, quais foram as áreas do conhecimento que mais produziram sobre o tema, especialmente com foco no adolescente autor de ato infracional. Foram observados, ademais, os estudos existentes, conforme cada Região brasileira, revelando-se a tendência regional de produção acadêmica na área. O desequilíbrio entre a produção acadêmica nas regiões do Brasil está correlacionado, dentre outros aspectos, tanto à distribuição desigual dos Grupos de Pesquisa sobre o tema, ainda concentrados nas regiões Sul e Sudeste, quanto ao fato de ter sido nesta geografia seminal o pioneiro desenvolvimento de projetos.

Mediante a análise do referencial teórico das teses e dissertações selecionadas, percebeu-se que as discussões são realizadas a partir de autores internacionais de referência para que a Justiça Restaurativa fosse conhecida mundialmente. Foram trabalhados os aspectos sociais e pedagógicos que atravessam as discussões sobre este paradigma e interessam à contextualização das práticas restaurativas no Brasil.

Há referências comuns entre as publicações, sobretudo aquelas de natureza conceitual sobre Justiça e Não violência configurando interseções e alinhamento teórico, mesmo entre as publicações de áreas diferentes do conhecimento. Foram recorrentes as citações de autores que trabalham a perspectiva social e a afirmação histórica dos direitos da criança e do adolescente.

Também foram citados escritores da teoria crítica desmontando o posicionamento crítico-reflexivo das publicações e sua aplicabilidade prática, sobretudo no caso de sujeitos inimputáveis. Destacou-se, igualmente, o embasamento oferecido por aspectos éticos e principiológicos, ratificando o ideal da ética voltada para o cuidado do outro e das necessidades emergentes por trás dos conflitos no trato das infrações cometidas por adolescentes.

Os trabalhos analisados não deixaram de criticar as bases do sistema retributivo pautado na culpa e no ideal de retribuição do mal causado, situação que, segundo as pesquisas, incentiva a

aplicação de penas privativas de liberdade. As críticas formuladas ao sistema atual foram realizadas, em sua maioria, com base em autores da criminologia, vitimologia e da sociologia. Cabe ressaltar a crítica recorrente ao encarceramento massivo nas sociedades contemporâneas e o limitado efeito do sistema punitivo enquanto medida de modificação do cenário de violência.

Todas as publicações identificadas, independentemente da área do conhecimento e do método aplicado, conceberam a Justiça Restaurativa como um paradigma de justiça democrático e sensível às necessidades dos adolescentes em conflito com lei. Foi reconhecida a necessidade de promoção da autonomia das pessoas envolvidas mediante a ampliação dos espaços de diálogo com reflexos diretos para a resolução pacífica dos conflitos e formulação de novas políticas públicas.

Algumas produções identificaram a parte prática e testaram a viabilidade das práticas restaurativas, por meio de estudos de casos, e outras mapearam a sua evolução no âmbito legislativo nacional e internacional. Nos estudos de caso realizados, a Justiça Juvenil Restaurativa foi defendida como um modelo necessário à prevenção dos conflitos escolares, sendo também aplicado a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto ou com restrição da liberdade.

Ao longo do estudo verificou-se que não houve delimitação a um campo do saber. A produção acadêmica *stricto sensu* entre 2001 a 2015 tampouco se restringiu a uma determinada área de atuação, seja educacional, jurídica, psicológica ou de assistência social. A tendência interdisciplinar foi confirmada e considerada como um dos motores da rápida expansão do paradigma restaurativo em todo território nacional.

A partir do estudo destas publicações foi possível considerar a Justiça Restaurativa como um modelo flexível e constituído a partir de compromissos éticos. Constatou-se, assim, que visitar as bases teóricas da Justiça Juvenil Restaurativa por meio das teses e dissertações publicadas auxilia na construção e na sustentabilidade de um caminho firme e estratégico para a construção da paz na perspectiva transgeracional.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, B.G.; ALENCASTRO, E.H. Judicialização da questão social: rebatimentos nos processos de trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 19-26, jan./jun. 2006. Disponível em: Acesso em: 11 out. 2017.

AGUINSKY, B. G.; CAPITÃO, L. Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa. *Revista Katálysis*, Santa Catarina, v.11, n.2, jul/dez, 2008.

ALENCAR, V.S. *Sistema brasileiro de responsabilização de adolescentes: possibilidades restaurativas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

ÁVILA, L. de F. *As medidas socioeducativas em meio aberto e a relação com a judicialização das violências nas escolas na cidade de Porto Alegre*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 149f. 2013.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOZA, I. *Entre Pirâmides E Círculos: Um Estudo Sobre a Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Porto Alegre, 173f. 2013.

BARDIN, L. *Análise de conteúdo* (L. de A. Rego & A. Pinheiro, Trads.). Lisboa: Edições 70. (Obra original publicada em 1977), p. 95, 101-102.

- BATTISTI, T.S. *Justiça juvenil restaurativa: um novo espaço público no sistema de justiça*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Porto Alegre, 122 f. 2011.
- BAUMAN, Z. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BECKER, V. *Justiça Restaurativa na resolução de conflitos: a vez e a voz dos adolescentes*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Humano, Políticas Sociais e Formação). Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de Taubaté. São Paulo, 150f. 2012. p.24.
- BESSA, A. C. C. *Justiça restaurativa e mediação para o adolescente em conflito com a lei no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 144f. 2008.
- BOFF, L. *Saber Cuidar. Ética do Humano – Compaixão pela Terra*. Petrópolis. Ed. Vozes, 1999.
- BRAITHWAITE, J. (1989) *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- BRANCHER, L.N; TODESCHINI, T. B. e MACHADO, C. *Justiça para o Século 21: instituindo práticas restaurativas. Círculos restaurativos: como fazer? Manual de procedimentos para coordenadores*. Porto Alegre, RS: AJURIS, 2008.
- BRANCHER, L.N. *Justiça restaurativa, democracia e comunidade*. In: *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Organizadores Ana Cristina Cusin Petrucci [et al.]. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012.
- BRUSIUS, A. *Adolescência e Justiça: um estudo sobre a implementação da justiça juvenil restaurativa na comunidade e sua relação com a comunidade do Bairro Bom Jesus*. Mestrado (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade do Vale do Rio Sinos. Unidade Acadêmica de Pesquisa de Pós-graduação em ciências sociais. São Leopoldo, 182f. 2011.
- CAPITÃO, L. C. D. *Sócio-Educação em Xequê: Interfaces entre Justiça Restaurativa e Democratização do Atendimento a Adolescentes Privados de Liberdade*. Mestrado (Mestrado em Serviço Social). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 210f. 2008, p.72.
- COSTA, A. C. G.; *Parâmetros para formação do sócio-educador: uma proposta inicial para reflexão e debate*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.
- COSTA, A.C.G; LIMA, I.M.S.O.. *Programa Cuidar. Livro do Professor Educação para valores com base na ética biofílica*. Rio de Janeiro: Instituto Souza Cruz, 2002.
- DEL PRIORE, M. *O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império*. In: DEL PRIORE, M. (ORG). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.
- ELLIOTT, E. *Segurança, sem cuidados: desafios para os valores restaurativos na prisão*. Tradução: Marcos Fávero Florence de Barros. Texto publicado originalmente na *Contemporary Justice Review* Vol. 10. Nº 2, Junho de 2007, pp. 193-208.
- ESTEVES, J. L. M. *Cidadania e judicialização dos conflitos sociais*. *Revista Jurídica*, Ano I, nº. 1. 2012. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-10.pdf>. Acesso em: 18 out 2017.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FIALHO, L. M. F. *A experiência socioeducativa de internação na vida de jovens em conflitos com a lei*. (2012). Tese (Doutorado em Educação). Programa de Pós-Graduação em Educação Brasileira. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 359 f. 2012. p. 8 e 330.

- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.
- FROESTAD, J; SHEARING C. *Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In: Justiça Restaurativa. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e R. Gomes PINTO (Org). Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Brasília DF. 2005. p. 94.
- HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. 15ª ed. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2008.
- KONZEN, A. A. *Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.73.
- KONZEN, A. A. *Socioeducação Restauratividade e Tempo Ético: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. p.15.
- LANSDOWN, G. *The evolving capacities of the child*. Innocenti Research Centre. United Nations Children's Fund – UNICEF. Florence, Italy, 2005.
- MAFFESOLI, M. *Dinâmica da Violência*. São Paulo: Edições Vértice, 1987.
- MARQUEZ, J. O. *A dor e os seus aspectos multidimensionais*. Cienc. Cult., São Paulo, v.63, n.2, Apr. 2011. Available from: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252011000200010&lng=en&nrm=iso>. access on: 18 out. 2016.
- MARSHALL, C.; BOYACK, J.; BOWEN, H. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em Valores. In: SLAKMON, C. R.; De VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. MARSHALL, T. The Evolution of Restorative Justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy Research*, vol. 4, n. 4. Heidelberg: Springer, 1996, p.37.
- MCCOLD, P; WACHTEL, T. *Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa*. International Institute for Restorative Practices. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. p. 1. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Em-Busca-de-um-Paradigma-Uma-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 02 set 2016.
- MCWHINNEY, I. R. *Manual de medicina de família e comunidade*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- MELO, E. R.; EDNIR, M.; YAZBEK; V. C. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. São Paulo: CECIP, 2008. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2017.
- MENIN, M. S. S. *Representações sociais de justiça em adolescentes infratores: discutindo novas possibilidades de pesquisa*. Psicologia: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 13, n.1. 2000.
- MORRIS, A. *Criticando os críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON; VITTO, C.R. de; PINTO, R.G. (Orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília - DF: Ministério da Justiça - MJ e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2005.
- NOVA IORQUE. *Promoting Restorative Justice for Children*. Special Representative of the Secretary-General on Violence Against Children. 2013. Disponível em: http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/srsgvac_restorative_justice_for_children_report.pdf Acesso em 18 set 2016.
- OLIVEIRA, F.N. *Justiça restaurativa no sistema de justiça da infância e da juventude: um diálogo baseado em valores*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p.55.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conselho Econômico e Social. *Resolução nº 2.002/12 de 24 de julho de 2002*. 37ª Sessão Plenária. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VX7ZkfIVhHw>>. Acesso em: 02 out 2016, p.2.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. 1986. Declaração de Santa Fé de Bogotá, pp. 41-47. In Ministério da Saúde/FIOCRUZ 1996. *Promoção da Saúde: Cartas de Ottawa*, Adelaide, Sundsvall e Santa Fé de Bogotá. Ministério da Saúde/IEC, Brasília. p.1 Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf. Acesso em: 15 nov. 2015.

OXHORN, P.; SLAKMON, C. *Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática. A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO; R. Gomes Pinto (Orgs.) *Justiça restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD. 2005. Disponível em: http://200.169.22.139/justica21orgbr/webcontrol/upl/bib_190.pdf. Acesso em: 09 jun. 2011.

PAIVA, R.M.A.Z. *Adolescente infrator: as práticas restaurativas (mediação) e a nova lei do sistema nacional de atendimento socioeducativo (Sinase) na cidade do Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 245f. 2014. p.149, 173, 179, 182 e 323.

PERELMAN, C. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/cpeed.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

PILOTTI, F. Sobre *La segunda edición del libro*. In: RIZZINI, I; PILOTTI, F. (Orgs). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PINTO, R. S.G. *A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil*. O impacto no sistema de justiça criminal. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Capturado em: 20 nov. 2007. Texto elaborado em Junho, 2006.

PRIORE, M. (ORG). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

RAGO, M. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar-Brasil 1890- 1930*. São Paulo: Paz e Terra, 1985.

RIZZINI, I; PILOTTI, F. (Orgs). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, I. *Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil*. In: RIZZINI, I; PILOTTI, F. (Orgs). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, I. *Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas*. In: RIZZINI, I; PILOTTI, F. (Orgs). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

ROSENBERG, M. B. *Comunicação Não-violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Editora Agora, 2006.

SLAKMON, C.; DE VITTO, R. C. P; PINTO, R. S. G. (org.) *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: Acesso em: 20 mar. 2011.

SANTANA, S. P. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, L. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIERRA, V. M. *A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça*. In: R. Katál., Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802011000200014>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Sabotagem, 1999

WACQUANT, L. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, L. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, L. *Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WINNICOTT, D. W. *Privação e delinquência*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

VERONESE, J.R.P. *Humanismo e Infância: a superação do paradigma da negação do sujeito*. In: MEZZARROBA, Ordes (Org). *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p.421-452

VEZZULLA, J. C. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006.

ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, E.R. *O inimigo do direito penal*. Col. Pensamento Criminológico Nº 14. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAPPE, J. G. *Adolescência, Ato infracional e Processos de identificação: um estudo de caso com adolescentes privados de liberdade*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria-RS, 148f. 2010.

ZEHR, H. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZOBOLI, E. *A redescoberta da ética do cuidado: o foco e a ênfase nas relações*. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/reeusp/article/viewFile/41376/44953>>. Acesso em: 12 out. 2016, p.22.

Recebido em: 27/11/2017

Aprovado em: 09/07/2018

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; PAIXÃO, Jéssica Silva da. *Justiça juvenil restaurativa no Brasil: referencial teórico da produção acadêmica nacional stricto sensu*. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.144-158, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.





Quem se prepara, não para.