

Organizadores:
Paulo Junior Trindade dos Santos
Feliciano Alcides Dias
Suelen Carls

Liberdade, Contrato e Propriedade:
por um direito privado contemporâneo frente
à complexidade social e a experiência jurídica



Vol. 3

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

**editora
unoesc**

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro

Revisão metodológica: Carlos Libman

Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes

Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

L695

Liberdade, contrato e propriedade: por um direito privado contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica: vol. 3 / organizadores Paulo Junior Trindade dos Santos, Feliciano Alcides Dias, Suelen Carls. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2023.
340 p. ; 23 cm

ISBN e-book: 978-85-98084-30-5

1. Direito fundamental. 2. Liberdade. 3. Contratos. 4. Dignidade. 5. Propriedade I. Santos, Paulo Junior Trindade dos, (org.). II. Dias, Feliciano Alcides, (org.). III. Carls, Suelen, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Carlos Eduardo Carvalho

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Carla Fabiana Cazella

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitora de Ensino
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-
Graduação, Extensão e Inovação
Kurt Schneider

Diretor Executivo

Jarlei Sartori

Conselho Editorial

Tiago de Matia

Sandra Fachineto

Aline Pertile Remor

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DO VOLUME 3 DA COLETÂNEA	7
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	11
A CONFIANÇA NAS REDES CONTRATUAIS: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, ORGANIZAÇÃO E CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS	21
DIREITOS DE AUTOR: HISTÓRIA E TECNOLOGIA	51
REDES DE CONTRATOS: ASSIMETRIA INFORMACIONAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIAS	73
O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AUTODETERMINAÇÃO REPRODUTIVA: UMA ANÁLISE SOBRE O EXERCÍCIO DE DIREITOS EXISTENCIAIS NA (NOVA) TEORIA DAS INCAPACIDADES	87
DIREITO, RISCO E CONSUMO: OS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E A RACIONALIDADE AMBIENTAL*	121
ENTRE PRERROGATIVA E ABUSO: ENFORCEMENT E ASSERTION DE STANDARD-ESSENTIAL PATENTS	141
PARCELAMENTO DE SOLO URBANO: DO REGULAR AO IRREGULAR E OS REFLEXOS DOS PARCELAMENTOS IRREGULARES E CLANDESTINOS NA PROPRIEDADE URBANA.....	161
APADRINHAMENTO AFETIVO: NECESSIDADE DE PROMOÇÃO E INCENTIVO	187
A ERA DAS NANOTECNOLOGIAS NO MERCADO CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DOS “NANOPRODUTOS” AO COTIDIANO E O DIREITO À INFORMAÇÃO	223

EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO CLIMA EQUILIBRADO PELA INSERÇÃO DE CLÁUSULAS DE DESCARBONIZAÇÃO E RESSONÂNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL	249
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A FUNÇÃO DO INTÉRPRETE DO DIREITO: DIÁLOGOS COM A CARTA EUROPEIA SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMA JUDICIAIS	283
O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A TRANSFORMAÇÃO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA	315

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS FELICIANO ALCIDES DIAS SUELEN CARLS

Liberdade, contrato e propriedade: por um direito privado contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica (volume 3)

Suelen Carls, é Professora de Direito da Propriedade Intelectual na Universidade de Bournemouth, Reino Unido, onde é membro do Centro de Política e Gestão de Propriedade Intelectual (CIPPM). É Pesquisadora Afiliada ao Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência, Alemanha. Também é Expert em Propriedade Intelectual da Academia da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Suíça. Colabora como Professora Visitante na Universidade de Marília (Unimar), onde realizou Estágio de Pós-Doutorado. É Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com período de pesquisa na Universidade de Oxford, Reino Unido. É também Mestre em Desenvolvimento Regional e Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB).

Paulo Junior Trindade dos Santos, é Advogado e Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado, e efetivação de direitos). Pós-Doutorando em Direito pela Unoesc/SC (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede – 2019). Pós-Doutor (direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade – 2019), Doutor (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2018) e Mestre (filosofia do direito processual como gênese do direito – 2014) em Direito pela Unisinos, com auxílio de Bolsas Capes e CNPq. Ganhador do Prêmio Caed-JUS 2019 de Teses (Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito). Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do

Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; 3) Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia.

Feliciano Alcides Dias, é Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2017). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2003). Especialista em Direito Civil pela UNIVALI (1995). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB (1992). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (FURB). Coordenador e Professor da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC), extensão de Blumenau (FURB). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB: SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça e membro dos Grupos de Pesquisa CNPq/FURB: Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça e DTIn - Direito, Tecnologia e Inovação, além do Grupo de Pesquisa CNPq/UNOESC: Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias. Atua nas áreas de Direito Processual Civil, Direito Civil, Empresarial, Análise Econômica do Direito, Mediação e Arbitragem, Direito Digital.

APRESENTAÇÃO DO VOLUME 3 DA COLETÂNEA

O século XXI revela para a humanidade importantes desafios. Em um contexto densamente articulado por meio de Tecnologias, em especial relacionadas à Informação e à Comunicação, a sociedade vivencia intensamente muitas de suas angústias e contradições históricas. Conflitos globais e locais pautados por concepções polarizadas e expectativas utilitaristas acentuam-se, ao mesmo tempo que ecoam vozes que reivindicam paz, respeito às diferenças e dignidade existencial.

A liberdade, conceito fundamental para a ordem jurídica, apresenta-se sob múltiplas faces, fenômeno que exige da ciência jurídica atenta observação. Os contratos e seus fundamentos, assim como as bases que conferem legitimidade às pretensões de apropriação material e simbólica, transformam-se dinamicamente nos fluxos das relações sociais cuja marca contemporânea é a complexidade.

A intensa e refinada interdependência, assim como o reconhecimento do caráter interconstitutivo das diferenças, são aspectos que nutrem este conceito. O domínio privado não pode ser mais reconhecido como estranho ao domínio público e vice versa.

A partir dessa perspectiva temos a grata satisfação de apresentar os trabalhos aqui colecionados, fruto da dedicação de estudos promovidos por pesquisadores de diversos espaços de formação acadêmica. A riqueza plural dos assuntos abordados, ao mesmo que traduzem diferenças epistêmicas, apontam para inúmeros aspectos em comum, o que representa um extrato do caráter complexo da realidade contemporânea.

Inicialmente Arnaldo Rizzardo Filho e Paulo Junior Trindade dos Santos debatem **A confiança nas redes contratuais: um ensaio sobre direito, organização e congruência de sentidos**. Nesse ensaio os autores tratam da necessidade de compreender o princípio da confiança nos negócios em congruência teórica jurídica e organizacional.

No texto **Direitos de autor: história e tecnologia**, Alejandro Knaesel Arrabal, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira e Christian Panini Carvalho abordam elementos relacionados a história dos Direitos de Autor, a fim de subsidiar a avaliação dos desafios futuros diante dos avanços tecnológicos contemporâneos.

Djeymes Amélio de Souza Bazzi e Wilson Engelmann exploram as **Redes de contratos: assimetria informacional nos contratos de franquias**, estudo no qual procuram demonstrar a necessidade da coordenação em uma rede contratual bem estruturada, assim como da aplicação do monitoramento para o completo desenvolvimento da atividade empresarial.

Anita Spies da Cunha e Fernanda Maria Grasselli Freitas tratam do tema **O estatuto da pessoa com deficiência e a autodeterminação reprodutiva: uma análise sobre o exercício de direitos existenciais na (nova) teoria das incapacidades**.

Por sua vez, **Direito, risco e consumo: os direitos humano-fundamentais e a racionalidade ambiental** é o trabalho de Carlos Alexandre Michaello Marques e Leonel Severo Rocha.

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli e Luiza Severnini Sima investigam **O direito do consumidor como direito fundamental constitucional e o superendividamento na pandemia de Covid-19**. Nesse trabalho as autoras destacam a relação entre os direitos do consumidor e os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social, dos valores sociais do trabalho e da ordem econômica.

Entre prerrogativa e abuso: enforcement e assertion de standard-essential patents, é o trabalho de Otávio Henrique Baumgarten Arrabal no qual debate os limites e possibilidades do exercício de direitos de exclusividade no campo das patentes essenciais.

Ricardo Hack segue com o tema **Parcelamento de solo urbano: do regular ao irregular e os reflexos dos parcelamentos irregulares e clandestinos na propriedade urbana**.

O texto **Apadrinhamento afetivo: necessidade de promoção e incentivo**, de Patrícia Gabriele Soares Barbosa e Cristhian Magnus De Marco, trata da importância do apadrinhamento afetivo como instrumento para integrar crianças que aguardam adoção ao convívio familiar e social, fortalecendo vínculos afetivos e sociais.

As autoras Daniele Weber S. Leal e Raquel von Hohendorff desenvolvem o tema **A era das nanotecnologias no mercado consumidor: a inserção dos nanoprodutos ao cotidiano e o direito à informação**.

Sabrina Lehnen Stoll e Fernanda Analú Marcolla propõem o debate sobre a **Efetivação do direito ao clima equilibrado pela inserção de cláusulas de descarbonização e ressonâncias na responsabilidade civil**.

A **Inteligência artificial e a função do intérprete do Direito: diálogos com a carta europeia sobre o uso de inteligência artificial em sistemas judiciais** é o estudo apresentado por Haide Maria Hupffer e Luana Mayara Fipke.

Por fim, Feliciano Alcides Dias e Lucas Gabriel Luchetta da Fonseca apresentam o estudo **O Superior Tribunal de Justiça e a transformação da arbitragem brasileira**.

Esperamos que as reflexões e resultados aqui integrados possam contribuir para novos estudos e ações concretas voltadas ao aperfeiçoamento da realidade social contemporânea e da ciência jurídica.

Note-se que esta obra é fruto de uma interrelação entre diversos grupos de pesquisa, e principalmente pelo grupo de pesquisa de Desenvolvimento Local e Democracia Participativa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc conjuntamente com o grupo de pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça integrado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FURB. Tal iniciativa reflete a preocupação dos pesquisadores em realizar pesquisa de rede e que opere e se desenvolva entre o local-global e o global-local.

Desta integração e da profusão e desenvolvimento de pesquisa em rede, temos a contribuição da Professora Suelen Carls, cuja trajetória internacional soma-se aos esforços acadêmicos em favor do aperfeiçoamento da pesquisa jurídica contemporânea.

Paulo Junior Trindade dos Santos
Feliciano Alcides Dias
Suelen Carls
Organizadores

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

ALEJANDRO KNAESEL ARRABAL

Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAd) da FURB. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-FURB). Vice-líder do Grupo de Pesquisa SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB). Membro do grupo de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB). Membro da AGIT – Agência de Inovação Tecnológica da Universidade Regional de Blumenau – FURB. E-mail: arrabal@furb.br

ANITA SPIES DA CUNHA

Mestranda em Direito, vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, orientada pela Profa. Dra. Ms. Lisiane Feiten Wingert Ody. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2017). Advogada. Vinculada ao núcleo de pesquisa de direito comparado e internacional. E-mail: anitadacunha@hotmail.com

ARNALDO RIZZARDO FILHO

Doutorando em Administração de Empresas pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. MBA em Empreendedorismo,

Startups e Inovação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Atualmente é sócio de Arnaldo Rizzardo Advogados Associados e Negócios em Rede. Professor de Pós-Graduação. Direito do Departamento de Direito Civil do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - IARGS.

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-doutorado em Epistemologia Moral pelo PPGFil/UFPEL. Licenciado em Filosofia pela UFPEL. Pesquisador do Grupo Transdisciplinar em pesquisa jurídica para uma sociedade sustentável - GTJus (CNPq) do Centro de Ciências Jurídicas - CCJ da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, e do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito - GPTDir (CNPq) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor Substituto da Faculdade de Direito - FADIR da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Advogado e Cientista de Dados.

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: cristhian.demarco@unoesc.edu.br

CHRISTIAN PANINI CARVALHO DANIELE WEBER DA SILVA LEAL

Doutoranda e Mestra do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (LFG). Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (2009). Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPQ) e do Grupo de Meios autocompositivos no Vale do Paranhana. Professora no Centro Universitário e faculdades UNIFTEC. Professora da FACCAT -Faculdades Integradas de Taquara. Professora visitante no Curso de Especialização da ESCOOP. Professora visitante na UNIFIN-Faculdade São Francisco. Advogada em escritório familiar com ênfase em Direito civil, Direito de Família, Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, nanotecnologias, empresarial.

DJEYMES AMÉLIO DE SOUZA BAZZI

Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Unisinos/RS. Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Advogado. E-mail: djeymes@hotmail.com

FELICIANO ALCIDES DIAS

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Regional de Blumenau - FURB. Coordenador e Professor da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, extensão em Blumenau-SC. Líder do Grupo de Pesquisa Sociedade, Instituições e Justiça – SINJUS, certificado pelo CNPq-FURB. Integrante dos Grupos de Pesquisa:

Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça; Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn, certificados pelo CNPq-FURB. Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias (CNPq-UNOESC). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogado e Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br

FERNANDA ANALÚ MARCOLLA

Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-graduanda em Propriedade Intelectual pela Verbo Jurídico. Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). Advogada inscrita na OAB/SC nº. 53.746. Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - CONSTINTER (CNPq-FURB) e SINJUS - Sociedade, Instituições e Justiça (CNPq-FURB), com estudos em direito de propriedade intelectual, desenvolvimento tecnológico e inovação. Membro da Comissão Criminal da OAB/SC da Subseção de Brusque. E-mail: f.marcolla@furb.br

FERNANDA MARIA GRASSELLI FREITAS

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, orientada pelo Prof. Dr. Ms. José Alcebíades de Oliveira Júnior. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2019). Advogada. Assistente de pesquisa e colaboradora do Grupo Fundamentos Epistêmicos da Bioética do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos e do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos – BioTecJus - da Universidade Federal do Paraná. E-mail: fernandagrasselli@gmail.com

HAIDE MARIA HUPFFER

Pós-Doutora e doutora em Direito Pela Unisinos. Professora e Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/ Feevale Direito e Desenvolvimento. Líder do Projeto de Pesquisa Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo risco da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br

ISADORA LEITÃO WILD SANTINI PICARELLI

Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade, Interesses Públicos x Interesses Privados, coordenado pelo professor José Tadeu Neves Xavier. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: isadorawildpicarelli@gmail.com

LEONEL SEVERO ROCHA

Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Etudes em Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito). Líder do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito - GPTDir (CNPq) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

LIVIA SOLANA PFUETZENREITER DE LIMA TEIXEIRA

Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR (2021). Graduada em Direito pela FURB - Fundação Universidade Regional de Blumenau (2009), especialista em Direito Constitucional pela ABDConst (2021), e Mestre em Direito no programa público da UNINTER, na linha de pesquisa de Teoria e História da Jurisdição (2019). Leciona as disciplinas Direito Administrativo, Hermenêutica Jurídica, Oficina de Pesquisa e Oficina de Produção Textual na Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB, desde o ano de 2016. Servidora Pública concursada (TJA) no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Área de pesquisa principal: História do Direito, notadamente História do Direito Administrativo. E-mail: liviasolana@gmail.com

LUCAS GABRIEL LUCHETTA DA FONSECA

Pós-Graduando em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Pesquisador e membro do Grupo de Pesquisa Sociedade, Instituições e Justiça – SINJUS certificado junto ao CNPq pela FURB. E-mail: lucasluchetta1997@gmail.com

LUANA MAYARA FIPKE

Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo Tributário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. Tecnóloga em Administração de Gestão de Negócios. E-mail: luanamfipke@gmail.com

LUÍZA SEVERNINI SIMA

Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Pós-graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, coordenado pela Prof. Dra. Cristina Stringari Pasqual, do PPGD/FMP. Egressa do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas na Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS (2020). Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2019). E-mail: luizasima@hotmail.com

OTÁVIO HENRIQUE BAUMGARTEN ARRABAL

Graduando em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Bolsista da AGIT FURB.

PATRÍCIA GABRIELE SOARES BARBOSA

Graduanda em Direito. E-mail: patriciatoniall@gmail.com

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS

Pós-Doutorando em Direito pela UNOESC/SC (2019). Pós-Doutor (2019), Doutor (2018) e Mestre (2014) em Direito pela UNISINOS, com auxílio de Bolsas Capes e Cnpq. Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses. Grupos de Pesquisa em que atua: 1) Virada de Copérnico - Núcleo

de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias - Unoesc; 3) Direitos Fundamentais Sociais e Desenvolvimento Sustentável: Teorias do Direito e Políticas Públicas - Unoesc; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder - Unisinos. Pesquisador nas áreas: 1) Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; 2) Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; 3) Constitucionalização do Direito; 4) Filosofia do-no Direito e 5) Direito e Tecnologia. E-mail: pjtrindades@hotmail.com

RAQUEL VON HOHENDORFF

Pós Doutora em Direito Público pela Universidade de Las Palmas de Gran Canaria- Espanha. Doutora em Direito Público Unisinos (bolsista CAPES). Mestre em Direito Público pela Unisinos (Conceito CAPES 6, bolsista CAPES). Professora do Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado da UNISINOS, ministrando a disciplina Educação, Transdisciplinaridade e Transformação Social. Participante do grupo de pesquisa JUSNANO (CNPq/ Unisinos). Participa do setor da Formação Docente, no Núcleo de Inovação, Avaliação e Formação - NIAF na UNISINOS. Conselheira Municipal do Meio Ambiente, pela Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Conselheira titular da Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Possui especialização em direito do trabalho pela Unisinos, com atuação na área trabalhista preventiva, especialmente voltada para a saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998), graduação em Bacharelado Em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009) e mestrado em Ciências Veterinárias pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2003). Atualmente é advogada - e técnico superior

medicina veterinária da SEMA RS. Tem experiência na área de Zoologia, com ênfase em Comportamento Animal, atuando principalmente nos seguintes temas: animais silvestres, manejo, patologia, cativeiro e doenças infecciosas. E-mail: vetraq@gmail.com

RICARDO HACK

Mestrando em Educação, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) (2010). Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), *campus* de Joaçaba. E-mail: hack.ricardoadv@hotmail.com

SABRINA LEHNEN STOLL

Mestranda em Direito FURB. Especialista em Direito Público pela FURB-ESMESC. Membro do grupo de Pesquisas Constinter - Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização. Bolsista FURB. Pesquisadora vinculada às seguintes linhas de pesquisa: i) Sustentabilidade Socioambiental, ii) Gestão de Riscos de Desastres e Gestão Integrada de Recursos Hídricos, e; iii) Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. E-mail: sstoll@furb.br

WILSON ENGELMANN

Realizou estudos de pós-doutorado em Direito Público - Direitos Humanos, no Centro de Estudos de Seguridad da Faculdade de Direito da

Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (2018). Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000). Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988). Professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Pesquisador colaborador do Latin American Nanotechnology & Society Network. Pesquisador associado do Portucalense Institute for Legal Research, do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, todos de Portugal. Membro do Comitê de Assessoramento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul e professor adjunto da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: wengelmann@unisinis.br

A CONFIANÇA NAS REDES CONTRATUAIS: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, ORGANIZAÇÃO E CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS

Arnaldo Rizzardo Filho
Paulo Junior Trindade dos Santos

INTRODUÇÃO

Em contratos comerciais ou (inter)empresariais, nas situações em que as empresas se relacionam economicamente, ou seja, quando contratam entre si, a confiança costuma ser analisada em conjunto com a boa-fé. Essa é uma visão de confiança externa à empresa, que considera o momento em que a empresa está no mercado. Ao encontro disso, o artigo 422 do Código Civil dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Embora esse dispositivo legal não faça menção expressa ao termo “confiança”, mas apenas aos termos “probidade” e “boa-fé”, há um contínuo de sentido que pode ser estabelecido entre os três. Forgioni (2010, p. 95), por exemplo, afirma que a boa-fé objetiva diz respeito à confiança no contrato e que confiança (*trust*) significa “[...] determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual o agente avalia que um outro agente ou grupo de agentes praticarão uma determinada ação; a existência de confiança, assim, aperfeiçoa a fluência das relações de mercado”. Pode-se notar, assim, a perspectiva exógena com que a confiança nas empresas é tratada pelo Direito; a confiança e a boa-fé são pensadas nas relações entre empresas.

Em termos gerenciais, a confiança é analisada nos relacionamentos internos e externos das empresas, ou seja, na estrutura organizacional interna

das empresas e nas suas relações de mercado. Trata-se das perspectivas endógena e exógena à empresa, que analisam a confiança, respectivamente, no relacionamento interno entre cargos e funções das empresas e no relacionamento comercial entre empresas.

Poderiam essas perspectivas, também denominadas jurídica e gerencial-organizacional, ser tratadas em um contínuo de sentidos? Em caso positivo, qual seria o resultado dessa abordagem para o Direito? Com o intuito de perscrutar essa questão, nas seções a seguir, são retomadas: a literatura sobre confiança para a teoria de direito contratual, sobretudo para a teoria de contratos (inter) empresariais; a literatura sobre a confiança para a teoria gerencial, com ênfase ao comportamento organizacional; a visão sociológica da confiança para o sistema jurídico a partir das lentes luhmannianas; e os resultados que podem ser gerados ao Direito pela análise continuada (congruente) da confiança de dentro para fora da empresa.

O presente artigo tem caráter de ensaio. Trata-se, portanto, de um texto voltado a discutir o tema da confiança segundo as perspectivas jurídica e organizacional, com o intuito de mostrar sua relevância teórica, principalmente ao Direito das redes contratuais, que, por vezes, apresenta-se demasiadamente generalizado a ponto de gerar uma aplicação jurídica do princípio da confiança incongruente com sua dimensão prática e social.

1 A CONFIANÇA EM TERMOS JURÍDICO-CONTRATUAIS

Em termos empresariais (contratos comerciais), a confiança é vista da empresa para fora, ou seja, na relação contratual entre empresas. Faz-se importante entender essa faceta exógena porque assim é tratado o tema da responsabilidade civil, ou seja, as consequências do cometimento de falta ou de descumprimento contratual (ato ilícito).

Na obra *A boa-fé no Direito Privado*, Martins-Costa (2018) cita quatro princípios que regem os negócios nesse ramo do Direito: autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade. Há uma ligação significativa entre o princípio da confiança e os demais princípios do Direito Privado. A autonomia privada é o poder de autorregulamentação dos interesses privados, que constitui fundamento de ação e fonte normativa, gerando o dever de cumprimento das expectativas criadas antes, durante e após o processo contratual (isto é, no transcorrer operacional).

Boa-fé e confiança possuem uma raiz comum, a *fides*, e mantêm uma relação de superposição e de diferenciação. Há superposição porque, enquanto a confiança tutela as legítimas expectativas, a boa-fé tutela os comportamentos no tráfico negocial, e há diferenciação (funcional) em relação ao comportamento imediatamente protegido, porque, enquanto a confiança exerce o papel negativo de proibir a violação da legítima expectativa, a boa-fé exerce o papel ativo de direcionar e coordenar a interação social.

Dessa forma, a autorresponsabilidade faz fluir a autonomia privada, substituindo o longo período necessário à formação da confiança de que não ocorrerá frustração injustificada de expectativas legítimas.

Confiança, portanto, em termos de direito contratual e, especialmente, em termos de contratos interempresariais, diz respeito à tutela das expectativas legítimas geradas pelo tráfico negocial. Exsurge disso a necessidade de caracterização do tráfico negocial, tendo em vista que cada negócio ou segmento de negócios possui seu próprio tráfico contextual.

1.1 A CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS LINEARES E NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS EM FORMATO DE REDE

Certamente, a legítima expectativa é diferente no tráfico de uma relação contratual “linear” entre empresas e no tráfico de uma relação contratual “em

rede”. Neste artigo, considera-se relação contratual “linear” como a compra e venda, o fornecimento e a prestação de serviços. Já a relação contratual “em rede” é entendida como negócios de franquia empresarial, de agência e de distribuição, parcerias, alianças, economia de plataforma etc.

A esse respeito, cabe mencionar que teóricos da sociologia jurídica, como Teubner (2011), aduzem que rede não é um conceito legal. Inobstante, em termos legais, considera-se a existência de três espécies de contratos legislados no Brasil aptos à formatação de redes: o contrato de franquia (Lei nº 8.955/1994), o contrato de representação comercial ou agência (Lei nº 4.886/1965 e artigos 710 a 721 do Código Civil) e o contrato de concessão de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729/1979).

Em termos organizacionais, Todeva e Knoke (2005) classificam as redes como relações hierárquicas, *joint ventures*, união para investimentos de capitais, cooperativas, consórcios de pesquisa e desenvolvimento, acordos de cooperação estratégica, cartéis, franquias, licenças, redes subcontratantes (terceirização), grupos de padronização industrial, grupos de ação (para *lobbies* e influência política) e relações de mercado. Balestrin e Verschoore (2016), por sua vez, referem que as redes de cooperação pressupõem três condições fundamentais: objetivos comuns, interação e gestão. Neste ensaio, entende-se que os “objetivos comuns” indicam que as redes são “coletividades” de atores econômicos (constituindo direitos coletivamente pensados, portanto) e que, por isso, há uma dimensão de direitos coletivos.

Além disso, considera-se que a “interação” no interior das relações em rede é preponderantemente “cooperativa” (posto que a competição no interior causa seu esfacelamento) e que isso importa na caracterização desses contratos como cooperativos (sendo pautados pelo princípio da boa-fé contratual, disposto no artigo 422 do Código Civil). Já a “gestão” representa a condição de “coordenação” das redes (reguladas pelo princípio da probidade contratual, disposto no artigo 422 do Código Civil), pois redes não são eventos

econômicos aleatórios). Esses são os três critérios utilizados para identificar as relações contratuais em rede: coletivismo, cooperação e coordenação.

Nas relações contratuais das redes de franqueados ou de distribuidores, de agentes ou de prestadores de serviços em plataformas, a legítima expectativa é muito mais intensa, estando ligada a interesses “coletivos” e a deveres de “coordenação” e “cooperação”.

O “coletivismo” consiste em estratégia econômico-organizacional, conceito esse que, segundo Balestrin e Verschoore (2016), surgiu com maior vigor a partir da década de 80 do século XX, por meio de estudos desenvolvidos principalmente por Astley e Fombrun. Tais estudos concluíram que as estratégias empresariais não precisam se limitar a relacionamentos concorrenciais, uma vez que existem inúmeras possibilidades para o desenvolvimento de ações colaborativas que substituem as ações competitivas por ações cooperativas, horizontalizando a organização empresarial. As coletividades interorganizacionais são, assim, organizações horizontalizadas de cooperação.

Para as relações econômicas coletivas alcançarem os objetivos e benefícios comuns, ou seja, coletivos, as suas conexões constituintes devem ser “colaborativas” e “cooperativas”. Segundo Balestrin e Verschoore (2016, p. 16):

[...] a cooperação entre organizações emerge como consequência de agentes individuais buscando equilibrar interesses individuais e coletivos; isto é, as empresas colaboram entre si visando a ganhos que não poderiam obter de forma isolada. E esta cooperação pode ocorrer inclusive entre empresas concorrentes.

Child, Faulkner e Tallman (2005) referem que as organizações realizam seus objetivos via cooperação com outras organizações, em vez de apenas competirem e concorrerem. Enquanto a estratégia competitiva está preocupada com a questão de como uma empresa pode obter vantagem sobre seus concorrentes, a estratégia cooperativa busca angariar vantagens a partir da cooperação entre concorrentes.

Realmente, não há motivo para formatar coletivos interempresariais cujas conexões constituintes (*relações interna corporis*) reflitam relações econômicas competitivas e concorrenciais. Nesse caso, as redes simplesmente se desintegrariam e voltariam ao *status quo*: o livre mercado. As organizações em formato de rede cooperam internamente para competir no livre mercado, que é o seu exterior.

Ainda, faz-se necessário atentar ao fato de que “coletividades empresariais” não “cooperam” aleatoriamente. É preciso organização, ou melhor, “coordenação”, justamente em razão de não haver aleatoriedade em coletividades cooperadas. Entende-se que a coordenação, nas organizações em formato de rede, é composta por governança e gestão. Wegner (2019, p. 124) refere que:

Governança e gestão representam dois pilares fundamentais para o desenvolvimento e a consolidação de uma rede, aliança ou parceria. Enquanto a governança representa as regras de operação da rede, a gestão consiste na definição de estratégias, estruturas e processos que conduzem as redes aos resultados coletivos.

Locke (2001) entende que as redes alcançam seus objetivos a partir do campo organizacional. Elas reúnem atributos que permitem uma ação mais forte no ambiente competitivo, em uma estrutura dinâmica. Essa ação é uniforme entre os participantes, porém descentralizada e flexível, possibilitando o ganho de escala a partir da união.

Bortolaso et al. (2012), por sua vez, esclarecem que a coordenação das redes envolve a adoção de instrumentos contratuais e de mecanismos que regulamentam, protegem e estabilizam a ação coletiva. Esses instrumentos e mecanismos são complexos e formatam a abertura do sistema para o seu ambiente, onde enfrentará a contingência econômica e captará o que lhe for útil para seguir evoluindo.

Conforme Bakken, Hernes e Wiik (2009), a coordenação de uma rede deve fomentar os benefícios que a estratégia coletiva tem a potencialidade de gerar,

pois é justamente pelos benefícios que representam que as redes são modelos de ação econômica. Ao encontro disso, Provan e Kenis (2008), ao analisarem a coordenação (governança e gestão) das redes organizacionais e o seu impacto sobre a eficácia do empreendimento coletivo, defendem que as vantagens da coordenação são mensuráveis, incluindo, por exemplo, a aprendizagem reforçada, o uso mais eficiente dos recursos, o aumento da capacidade para planejamento de ações e resolução de problemas e a maior capacidade competitiva.

Ademais, ressalta-se que as redes contratuais devem ser vistas como espécies de “contratos híbridos” ou “contratos relacionais”. Tal afirmação tem peso teórico significativo para o entendimento das redes contratuais.

1.2 QUADRO COMPARATIVO ENTRE RELAÇÕES CONTRATUAIS LINEARES E RELAÇÕES CONTRATUAIS EM REDE

No Quadro 1, a seguir, consta um comparativo entre os principais institutos das relações contratuais “lineares” e das relações contratuais em formato de “rede”.

Quadro 1 – Comparativo entre os principais institutos das relações contratuais “lineares” e das relações contratuais em formato de “rede”

Relações contratuais lineares, verticais e de curto prazo (instantâneas)	Relações contratuais em rede, horizontais e de longo prazo (relacionais)
<ul style="list-style-type: none"> - Individualidades de interesses - Relações de competição 	<ul style="list-style-type: none"> - Coletividades de interesses - Relações de cooperação - Obrigação de coordenação
Díade: individualismo/competição	Tríade: coletivismo/cooperação/coordenação

Fonte: os autores.

Tal comparativo permite concluir que a confiança possui um grau de incidência muito maior nas relações contratuais em formato de rede do que nas relações contratuais lineares. Independentemente do tipo de relação, em termos de direito contratual, a confiança diz respeito à proteção da

legítima expectativa. Nos contratos lineares, a expectativa é de que cada contratante cumpra com suas principais obrigações contratuais, que são identificadas como “dar” (contrato de compra e venda e desdobramentos) ou “fazer” (contrato de prestação de serviço e desdobramentos), em perspectiva individualista e atomizada. Nas redes contratuais, “cooperar” e “coordenar” são as obrigações contratuais principais, oriundas da confiança no ente “coletivo” que cada rede contratual institucionaliza (NORTH, 1991).

1.3 SÍNTESE: EVOLUÇÃO GERENCIAL E EXPLORAÇÃO DO MERCADO

Posto que os contratos lineares compõem quase a totalidade da história dos contratos, cuja origem remete ao período significativamente anterior à Roma Antiga, e que as redes contratuais são fenômenos recentes, desenvolvidos com as duas primeiras revoluções industriais, mas tornados exponenciais com a terceira e a quarta¹, entende-se que a evolução gerencial das operações econômicas é recente em perspectiva jurídica, tendo em vista os tipos de contratos vigentes no mercado. Nos últimos duzentos anos, uma diferenciação operacional-funcional de caráter gerencial passou a se inserir de forma marcante no mercado, já que as redes contratuais se formam e se desenvolvem por comunicação (gerenciamento) tecnológica. Nesse sentido, Castells (2007) refere que a economia em rede não surgiu da tecnologia da informatização, mas se tornou exponencial em face dela.

Destaca-se, ainda, que a exploração do mercado pode ser feita por diferentes regimes jurídicos. No momento em que a empresa está individualmente no mercado, as demais empresas são concorrentes. Todavia, se a empresa está no mercado a partir de uma organização contratual (rede contratual), nem todas as empresas são concorrentes; são sistemas interempresariais com regime

¹ Para mais detalhes sobre a terceira revolução industrial, consultar a obra de Manuel Castells intitulada *A sociedade em rede: do conhecimento à política*, em especial os três primeiros capítulos. Já a quarta revolução industrial remete à indústria 4.0 e à economia de plataforma.

jurídico coletivo, cooperativo e coordenativo, cuja confiança representa a legítima expectativa que tal regime jurídico faz expandir.

2 A CONFIANÇA EM TERMOS ORGANIZACIONAIS

A literatura organizacional faz rica análise da relação entre confiança e organização. Para começar, crê-se importante para o direito empresarial compreender a distinção entre “organização” e “empresa”. Enquanto a empresa é o todo, a organização é parte desse todo, ou seja, é uma “função administrativa”. Fayol (1990) aponta seis funções fundamentais de administração de negócios: as funções técnicas (relacionadas com produção de bens ou de serviços da empresa); as funções comerciais (relacionadas com compra, venda e permutação/troca); as funções de segurança (relacionadas com proteção e preservação dos bens e das pessoas); as funções contábeis (relacionadas com inventários, registros, balanços, custos e estatísticas); e as funções administrativas (organizadoras das demais cinco funções da empresa). Vê-se que é a função administrativa que organiza a empresa, sendo exatamente essa função que o direito dos contratos interempresariais deve focar.

2.1 A CONFIANÇA COMO PRINCÍPIO ORGANIZADOR DA EMPRESA: ESTRUTURA E MOBILIZAÇÃO

McEvily, Perrone e Zaheer (2003), no artigo *Trust as an organizing principle*, desenvolveram a noção de confiança como um princípio organizador. O propósito fundamental das organizações é atingir objetivos econômicos, que dependem de esforços coordenados de atores que naturalmente possuem objetivos e subjetividades próprios. Gerenciar essa interdependência de incertezas comportamentais constitui um desafio-chave, de modo que os princípios organizadores são:

[...] uma maneira de resolver o problema da interdependência e da incerteza. Um princípio de organização é a lógica pela qual o trabalho é coordenado e as informações são coletadas, disseminadas e processadas dentro e entre as organizações (Zander e Kogut 1995). Um princípio de organização representa uma heurística de como os atores interpretam e representam informações e como selecionam comportamentos e rotinas apropriados para ações de coordenação (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER, 2003, p. 92).

São exemplos de princípios organizadores o mercado, a hierarquia, os preços, as normas e a confiança. Esses princípios, que, por mecanismos próprios, orientam, permitem e restringem o comportamento econômico, podem atuar em separado ou em conjunto.

Dirks e Ferrin (2001) apontam duas formas pelas quais a confiança influencia o comportamento organizacional. Uma delas ocorre quando a confiança causa “efeito direto” sobre fenômenos organizacionais importantes, como comunicação, conflitos, negociação, satisfação e desempenho, levando a atitudes mais positivas, níveis mais elevados de cooperação e níveis superiores de desempenho. Nesse caso, o aumento na confiança leva a processos empresariais melhores e a um desempenho também superior.

Ao encontro disso, Jones (1998) evidencia o papel da confiança e suas implicações para a cooperação e o trabalho em equipe. A confiança é determinada pela interação entre valores, atitudes, humores e emoções das pessoas, sendo passível de evolução e mudança ao longo do tempo. Constitui, assim, um componente importante do desempenho organizacional e uma vantagem competitiva.

A outra forma acontece quando a confiança causa “efeito indireto”, de maneira apenas a facilitar os efeitos de outros determinantes sobre os resultados perseguidos. Nessa situação, a confiança não propicia diretamente os resultados perquiridos, mas fornece “condições” para que esses resultados se efetivem, ou seja, cria e aprimora condições de entendimento, que, por sua vez, repercutem como comportamento organizacional cooperativo e coordenado (DIRKS; FERRIN, 2001).

Mayer, Davis e Schoorman (1995) e Rousseau *et al.* (1998) seguem essa linha de raciocínio, entendendo a confiança como postura de aceitação da vulnerabilidade em face das expectativas positivas sobre as intenções ou os comportamentos do outro. Para acreditar no outro contratante, é preciso tornar-se vulnerável, de modo que a confiança constitui uma expectativa positiva sobre os motivos e as intenções do outro.

Em um grande hiato de sentidos que separa as posturas de segurança e de vulnerabilidade, a confiança faz-se presente, mediando a postura contratual orientada para uma ampla possibilidade de comportamentos – distintos dos clássicos comportamentos contratuais de proteção/competição. McEvily, Perrone e Zaheer (2003) entendem que a confiança orienta (efeito indireto) a organização por meio de duas vias causais principais: estruturação e mobilização. Essa lógica conceitual explica como e por que os elementos da organização se combinam. Estruturação significa:

[...] desenvolvimento, manutenção e modificação de um sistema de posições relativas e ligações entre os atores situados em um espaço social. O resultado é uma rede de padrões de interação estáveis e contínuos, tanto formais (por exemplo, rotinas e unidades organizacionais) quanto informais (por exemplo, cliques e coalizões). A estruturação também cria estratificação social que produz status, poder e conhecimento diferenciais (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER., 2003, p. 94).

E mobilização significa:

[...] o processo de conversão de recursos em atividades finalizadas realizadas por atores interdependentes. Os recursos, tanto materiais como não materiais (como tempo, esforço, atenção e conhecimento), são descentralizados e desigualmente distribuídos entre os atores. Mobilizar envolve motivar os atores a contribuírem com seus recursos, combiná-los, coordená-los e usá-los em atividades conjuntas e direcioná-los para a realização dos objetivos organizacionais. A mobilização de resultados na ação organizacional e, argumentamos, influencia os caminhos pelos quais tais ações surgem (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER., 2003, p. 97).

Dirks e Ferrin (2001) apresentam, ainda, duas proposições sobre os efeitos indiretos da confiança: a) a confiança modera a relação entre os construtos motivacionais e os comportamentos e resultados organizacionais; e b) a confiança modera a relação de ação e resposta entre parceiros econômicos. Assim, a confiança enquanto geradora de efeitos indiretos na organização é caracterizada como um princípio organizador da empresa, e a organização da estruturação e da mobilização da empresa é função administrativa empresarial. Sem essa função, a empresa não prospera em toda a sua potencialidade.

2.2 OS EFEITOS DA CONFIANÇA INTERORGANIZACIONAL NO DESEMPENHO EMPRESARIAL

McEvily, Perrone e Zaheer (2003) explicam que a confiança nas relações de troca interorganizacionais é de suma importância, definindo a confiança interorganizacional como a extensão da confiança depositada na organização parceira pelos membros da outra organização parceira. Além disso, a confiança organizacional é entendida como a previsibilidade nas expectativas de alguém sobre o comportamento de outrem, não se tratando de uma convicção, mas de uma expectativa. Esse tipo de confiança é baseado em três componentes – confiabilidade, previsibilidade e justiça – e repercute de três maneiras – fomentando desempenho, intermediando negociações e mediando conflitos.

Harris (2006, p. 169-197) refere que está cada vez mais evidente que a confiança interorganizacional constitui um fator importante que afeta as ações e o desempenho das organizações. Especificamente em relação às redes contratuais, a confiança é reconhecida como um elemento importante do capital social e é invocada como a lógica para os benefícios de redes coesas. A densidade dos laços da rede social está positivamente relacionada à confiança interfirmas, e muitos efeitos da rede dependem de mecanismos de confiança.

Larson (1992), por sua vez, aduz que a confiança interorganizacional tem efeitos positivos sobre a governança das redes de empresas. Com o tempo, à medida que relacionamentos de confiança se desenvolvem entre os parceiros, os contratos formais se tornam cada vez menos importantes. As empresas engajam-se em relacionamentos relativamente estáveis e sustentáveis, caracterizados por normas de confiança e reciprocidade, transações múltiplas e alto grau de cooperação e colaboração.

Já McEvily e Zaheer (2004, p. 189-213) desenvolvem o tema da confiança como algo a ser projetado e construído propositadamente: os “arquitetos da confiança” desempenham um papel vital de facilitadores das redes empresariais em aglomerados geográficos, onde as empresas colaboram e competem simultaneamente. Os facilitadores de rede criam confiança a partir de ações específicas, tais como identificação de interesses compartilhados, desenvolvimento de expectativas comuns, aproveitamento de uma massa crítica de influência e compressão de redes no espaço físico e no tempo.

Vangen e Huxham (2003) referem que muitas organizações buscam vantagem operacional e econômica a partir da relação colaborativa (parcerias), mas, como essas colaborações são difíceis de gerenciar, existe uma grande probabilidade de resultados adversos. Para que essa busca seja bem-sucedida, a relação interempresarial necessita de um contínuo desenvolvimento de processos colaborativos, o que, por si só, possui uma complexidade relevante em termos gerenciais.

Nesse sentido, a literatura sugere três aspectos fundamentais para a gestão da confiança: formação de expectativas, assunção de riscos e vulnerabilidade. As teorias sobre a confiança baseiam-se na noção de interdependência entre a parte que confia e a parte em que se confia, de modo que a confiança remete à capacidade de formar expectativas sobre os objetivos e comportamentos futuros dos parceiros em relação a esses objetivos. Ademais, o conceito de risco (medo de que um parceiro aja oportunisticamente)

é central para a noção de confiança, fazendo com que confiança e risco formem uma relação recíproca: a confiança leva à assunção de riscos, e, desde que as expectativas iniciais se materializem, a assunção de riscos reforça a confiança. Tomados em conjunto, os argumentos sobre expectativas, risco e vulnerabilidade indicam que desenvolver confiança é um processo cíclico.

2.3 SÍNTESE: O CONTINUUM DA CONFIANÇA INTERNA E A CONFIANÇA INTERORGANIZACIONAL

A confiança constitui um princípio organizador da empresa, ou seja, uma maneira de resolver o problema da interdependência e da incerteza empresarial. Constitui, ainda, a lógica pela qual o trabalho é coordenado dentro e entre as organizações, representando uma heurística de como os atores interpretam informações e se comportam nas rotinas e nos processos empresariais.

Sabe-se, além disso, que a confiança influencia o comportamento organizacional direta e indiretamente. No primeiro caso, a confiança leva a melhores processos e desempenho empresariais. No segundo caso, a confiança cria e aprimora condições de entendimento, que, por sua vez, repercutem como comportamento organizacional cooperativo e coordenado.

No que concerne à confiança na relação interempresarial, pode-se afirmar que se trata de uma extensão da confiança depositada na organização parceira pelos membros da outra organização parceira. A confiança é entendida, nesse caso, como uma expectativa baseada em três componentes (confiabilidade, previsibilidade e justiça), atuando como impulsionador de desempenho, negociação e conflito de troca. É um fator importante que afeta as ações e o desempenho das organizações, constituindo elemento importante do capital social e sendo invocada como a lógica para os benefícios de redes coesas.

Em ambas as perspectivas, interna e externa à empresa, a confiança determina o desempenho operacional dos eventos econômicos. Para

aquelas empresas que atuam no mercado a partir de redes contratuais, a máxima eficiência será conseguida quando a confiança estiver arraigada no comportamento interno da organização e no comportamento exterior da organização, ou seja, nas suas práticas gerenciais hierárquicas e nas práticas gerenciais das redes contratuais às quais está conectada (seja como coordenadora, seja como coordenada). Para as redes contratuais, a confiança torna-se um duplo problema de eficiência empresarial, o que demonstra seu grau de complexidade. Afinal, se as redes contratuais são estratégias organizacionais, reputa-se que essa estratégia tenha sua própria complexidade, conforme referido na seção 2.1, quando se falou em dimensão coletiva das redes contratuais.

3 A CONFIANÇA DO DIREITO EM TERMOS SOCIOLÓGICOS

A sociedade é o sistema geral composto por subsistemas, como o econômico, o jurídico e o educacional, sendo todos constituídos de comunicação. A função do (sub)sistema jurídico é promover a manutenção da (mínima) ordem social (2016). Conceitos como dupla contingência, expectativas normativas e cognitivas e dimensões temporal, material e social são essenciais para entender como conferir congruência ao Direito. Vejamos abaixo esses conceitos.

3.1 A FUNÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO, A IDENTIFICAÇÃO DE EXPECTATIVAS COMPORTAMENTAIS E A CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS

Luhmann (2016) expõe que o sistema jurídico tem uma função principal e várias subfunções. Para chegar à identificação dessa função principal, questiona-se qual problema da sociedade é resolvido pelo Direito.

O problema temporal está alocado na função principal do Direito. Deve-se estabilizar as expectativas comportamentais, e uma forma de fazer isso é identificando sentidos invariáveis. Há condensação e confirmação de sentidos, o que prepara a sociedade para enfrentar e até mesmo conformar o futuro e pode ser realizado por meio da simbologia das normas. As normas jurídicas, dessa forma, constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas que expressam os sentidos sociais. Apesar da contínua evolução social, as normas estabilizam os sentidos em um exercício contrafático (por mais que os fatos neguem a norma, a norma segue válida).

O conceito de dupla contingência auxilia a entender como a função do sistema jurídico é exercida. Durante a comunicação, os indivíduos geram expectativas sobre as expectativas dos demais indivíduos quanto às infinitas possibilidades comportamentais, de modo que *ego* e *alter ego* entram em um jogo de recíproca antevisão do comportamento do outro, ponto em que atua o sistema jurídico, na tentativa de resolver essas incertezas do trato social. Assim, a dupla contingência faz exsurgir no seio social a necessidade de estabilização de expectativas. E o Direito desempenha essa função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas, reduzindo a complexidade social (LUHMANN, 1983).

Ressalta-se, ainda, que apenas as expectativas normativas passam pelo crivo do Direito². Existem outras expectativas, as cognitivas, que são aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento (LUHMANN, 1983). Por exemplo, se alguém não dá bom-dia a um vizinho quando o encontra na porta de casa para ir ao trabalho, nada cabe ao Direito fazer, pois essa não é uma expectativa normativa. Contudo, se alguém agredir seu vizinho, o Direito tem muito a fazer, pois a expectativa normativa é de que as pessoas não se agridam.

Para que uma expectativa seja normativamente generalizada, deve haver congruência em três dimensões: temporal, social e material (prática). A

² Aqui encontramos uma diferença entre norma e Direito segundo Luhmann.

congruência é importante para que o Direito não “invente” a sociedade. Assim, questiona-se, por exemplo, se uma lei que permitisse a ofensa física (legítima defesa) em caso de *bullying* seria congruente com o que se passa em sociedade e com o que a própria sociedade entende sobre a questão.

A dimensão temporal diz respeito à normatização propriamente dita das expectativas. Já a dimensão social concerne à aceitação social e ao consenso esperado de terceiros (suposições fictícias do consenso), aspectos que são presumidos e que ocorrem por meio de mecanismos de institucionalização. E a dimensão material (prática), por sua vez, remete ao conteúdo das expectativas que devem estar estabelecidas materialmente na sociedade, identificando-se sentidos idênticos, uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. A função do sistema jurídico consiste na seleção de expectativas comportamentais congruentes nas três dimensões de sentido (LUHMANN, 1983).

A partir da generalização congruente das expectativas normativas nas três dimensões de sentido, o sistema jurídico gera confiança social. Ao encontro disso, Almeida (2017) refere que a confiança do sistema do Direito garante limites para o exercício da discricionariedade na aplicação da norma.

O Direito tem a função de estabilizar coerentemente as expectativas comportamentais, e é a partir dessa função principal que florescem subfunções (LUHMANN, 1983). O argumento verte agora para a identificação das expectativas normativas relacionadas às redes empresariais e à sua coerência jurídica.

3.2 EXPECTATIVAS COMPORTAMENTAIS EM NÍVEL DE REDE E INTERPRETAÇÃO DAS PRELIMINARES DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS EM GERAL DO CÓDIGO CIVIL

Conforme quadro comparativo apresentado na seção 2.2, as relações prototípicas no modelo da compra e venda (troca) são lineares, verticais, de

curto prazo e instantâneas, caracterizando-se pela individualidade de interesses e pelas relações de competição. Já as relações prototípicas no modelo de rede são horizontais, de longo prazo e relacionais, caracterizando-se pela coletividade de interesses, pelas relações cooperadas e pelas obrigações de coordenação. As expectativas comportamentais nas redes contratuais giram em torno desses três critérios – “coletividade”, “cooperação” e “coordenação” –, que precisam ser compreendidos em termos organizacionais e jurídicos de forma congruente.

Nas linhas abaixo esses três critérios serão relacionados com os artigos 421 a 424 das Preliminares das Disposições Gerais dos Contratos em Geral do Código Civil.

a) Na seção 2.1, explicou-se que o “coletivismo” é uma estratégia econômico-organizacional que leva a objetivos e benefícios comuns. Ao passo que a tradicional estratégia individual trata da obtenção de vantagem sobre a concorrência, a estratégia coletiva trata da obtenção de vantagem a partir da cooperação com aqueles tradicionalmente tidos por concorrentes. Se há interesses coletivos envolvidos, há função social do contrato.

Martins-Costa (2005), tratando da função social do contrato disposta no artigo 421 do Código Civil, observa que as obrigações contratuais foram pensadas pelo Direito das obrigações a partir do protótipo de compra e venda (troca) enquanto contrato padrão, de modo que as relações obrigacionais passaram a ser pensadas como relações entre dois polos vinculados por um laço de subordinação. Por essa razão, não se pensa na eficácia de contratos para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos. Entretanto:

[...] importante grupo de casos diz respeito à consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no fenômeno social da interdependência cujas manifestações

são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade (MARTINS-COSTA, 2005, p. 54).

Martins-Costa (2005, p. 56) exemplifica a dimensão transubjetiva com as redes contratuais, as mais diversas formas de parcerias, as associações estratégicas e outros contratos com interdependência funcional. É essa dimensão transubjetiva da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil) para formas contratuais de rede que interessa aqui.

b) A “cooperação”, por sua vez, representa a relação *interna corporis* das redes. Entende-se que o princípio da boa-fé objetiva, disposto no artigo 422 do Código Civil, faz nascer deveres de cooperação e proteção.

Martins-Costa (2018, p. 574) refere que “O dever de cooperação é tradicionalmente conotado ao princípio da boa-fé” e que sua finalidade é alcançar o adimplemento satisfatório. Entretanto, a boa-fé não se destina apenas ao adimplemento satisfatório, principalmente quando se trata de relações organizacionais em formato de rede.

Magalhães e Sanchez (2009), sob a perspectiva autopoiética, definem as redes como sistemas gerados por um processo fechado de cooperação, que tende a se autorreproduzir por meio da interação de seus próprios componentes (autorreferência cooperativa). Sob o ponto de vista institucionalista, Macedo Júnior (2007) refere-se à confiança existente no interior dos sistemas empresariais cooperados e afirma que uma grande gama de expectativas de cooperação faz parte dos contratos relacionais – dentro desse gênero, encontram-se as relações contratuais em formato de rede.

Forgioni (2010), citando a doutrina francesa, cita a existência de *affectio cooperandi* nas redes de distribuição. Do Couto et al. (2015, p. 32), por sua vez, menciona que existem relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude, “[...] como nas de sociedades, em parte nas de trabalho e, primordialmente, na comunidade familiar [...]”, em que se trata mais do que simplesmente considerar o outro. Acrescem-se ao argumento do grande mestre as relações contratuais em formato de rede.

Já os deveres de proteção advindos do princípio da boa-fé objetiva estão também dispostos no Código Civil por normas hermenêuticas de proteção dos contratantes aderentes: artigos 423 e 424. Frise-se que a quase totalidade das relações contratuais em rede são adesivas, ou seja, os aderentes às redes não têm possibilidade de discutir e modificar as cláusulas dos contratos, até por motivos de padronização da rede. Para situações como essas a proteção do contratante aderente é de suma importância, e por isso o legislador previu que nos contratos de adesão a) as cláusulas ambíguas ou contraditórias deverão ser interpretadas mais favoravelmente ao aderente (artigo 423 do Código Civil) e que b) são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigo 424 do Código Civil).

c) As coletividades empresariais não cooperam aleatoriamente, pois requerem “coordenação”, representada pela governança (regras operacionais) e pela gestão (definição de estratégias), dois pilares fundamentais para o desenvolvimento e a consolidação de uma rede. Martins-Costa (2018) explica que a probidade, disposta também no artigo 422 do Código Civil, orienta axiologicamente a boa-fé, determinando a correção da conduta, isto é, o seu direcionamento ético. Nesse sentido, pode-se afirmar que Martins-Costa considera a probidade uma qualificação da boa-fé. De forma semelhante, o entendimento da probidade enquanto qualificação da boa-fé é

desenvolvido na temática da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa). No âmbito administrativo, a probidade tem relação com deveres “específicos” do cargo público. Já a moralidade, princípio mais abrangente, tem relação com deveres “gerais” do cargo público (OSÓRIO, 1998).

No âmbito do Direito Público, probidade e moralidade administrativas são institutos diversos e possuem, conseqüentemente, funções diversas na disciplina de Direito Administrativo. A proposta aqui é, no âmbito do Direito Privado, diferenciar probidade de boa-fé. Para isso, busca-se, em Martins-Costa (2018), o ponto em comum que difere probidade de moralidade e probidade de boa-fé. A autora refere, por exemplo, que no cenário internacional os textos doutrinários indicam o princípio da boa-fé sendo utilizado “[...] como ‘instrumento de moralização das relações econômicas’ (isto é: como sanção à má-fé) [...]” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 319).

Martins-Costa (2018) aponta, ainda, que a boa-fé e a moralidade são conceitos que andam juntos. Neste ensaio, entende-se que probidade e moralidade também são noções que andam juntas. Para as organizações em formato de rede, defende-se que a probidade tem relação com deveres específicos de coordenação da coletividade que coopera (ou de coordenação da moralidade coletiva). Enquanto a boa-fé é um instrumento de moralização das relações econômicas, a probidade é um instrumento de especialização das relações econômicas.

O que indicam os textos doutrinários é que, no cenário internacional, o princípio da boa-fé é utilizado ora como via para assegurar a relevância da prática e dos usos, assegurando a previsibilidade dos comportamentos; ora direciona a soluções previamente postas no sistema, oferecendo um fundamento a que tal ou qual instituto seja convocado como solução ao caso; ora é visto como ‘instrumento de moralização das relações econômicas’ (isto é: como sanção à má-fé); ora é equiparado à equidade (comportando o risco de permitir um julgamento por equidade nas ocasiões em que tal não seria permitido) (MARTINS-COSTA, 2018, p. 319-320).

Diante disso, já é possível compreender a importância do responsável por coordenar (no sentido de gestão e governança) as redes contratuais, como as franquias ou as plataformas digitais organizadas em rede. Em redes contratuais, o franqueador ou a empresa proprietária da plataforma são os responsáveis pelos prejuízos causados à rede em caso de má coordenação (considerada a coletividade de individualidades que a compõem). A jurisprudência, inclusive, tem mandado indenizar danos morais quando problemas decorrentes da má coordenação de rede causam prejuízos excedentes aos aderentes, como é possível observar na Apelação Cível nº 70079955050, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 12 de dezembro de 2019:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA (FRANCHISING) CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CULPA DA EMPRESA FRANQUEADORA. PROVA. EXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA UNILATERAL DE ALTERAÇÃO DO PONTO COMERCIAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. RESCISÃO CONTRATUAL: Comprovado nos autos que o desfazimento do negócio ocorreu por culpa exclusiva da empresa franqueadora, que exigiu alteração do ponto comercial no qual a empresa franqueada estava se instalando, mesmo após ter participado ativamente do processo de escolha do ponto comercial original. Obrigação da franqueadora de dar suporte técnico a empresa franqueada, nos termos do art. 2º da Lei 8.955/94, e conforme estabelecido na Circular de Oferta de Franquia. Recurso não provido. [...] DANOS MORAIS: Os fatos narrados autorizam indenização pelo inquestionável dano moral sofrido, não podendo este ser tratado apenas como descumprimento contratual, quando a quebra do contrato gerou evidente frustração da autora que sequer deu início a atividades de seu empreendimento, somado este fato ao expressivo valor desembolsado entre custos com taxa de franquia e demais gastos [...]. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n.º 70079955050. Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgado em: 12/12/2019).

Para as organizações em formato de rede mais horizontais que as redes de franquia, como é o caso das associações comerciais, ainda assim, acredita-se haver o dever de coordenação e a responsabilidade pelos

prejuízos causados decorrentes desse dever mal cumprido. Martins-Costa (2018, p. 309) refere que o Direito Empresarial tem a peculiaridade de ser demasiadamente influenciado pela prática:

[...] que condiciona o sentido da boa-fé, apresentando-a em conformidade com o standard da probidade específica [...] Assim, devendo ser concretizada em imediata ligação com os usos do tráfico e com o ambiente do mercado, nesse campo adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés confiança em seus matizes: a confiança como confiabilidade ou credibilidade [...] e a confiança como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio, ou empresário para poder mensurar o risco, apresentando-se especialmente, então, como elemento da segurança jurídica. A confiança é, como bem aponta Anna Lygia Costa Rego, elemento no processo decisório do investidor, espinha dorsal das transações econômicas tanto em seu viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações.

Concorda-se, portanto, com a perspectiva de que a probidade é um *standard* específico, que gera confiança e credibilidade e que, no caso das organizações em formato de rede, diz respeito à coordenação do evento coletivo cooperado. Os atores econômicos, pessoas jurídicas (franqueado, distribuidor e lojista) ou naturais (motoristas de aplicativos de transporte como a Uber e a 99 ou proprietários de imóveis de locação por aplicativo como a Airbnb), que aderem às organizações em formato de rede esperam que a coordenação siga o objetivo comum da organização, trazendo vantagens a todos que a compõem. É, assim, a crença nos objetivos comuns que gera confiança e credibilidade no interior das organizações em formato de rede.

3.3 SÍNTESE: CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS

A função do (sub) sistema jurídico é manter a (mínima) ordem social, o que é feito por meio da estabilização coerente das expectativas comportamentais em três dimensões de sentido: temporal, material e social. Para tanto, os três critérios que caracterizam as redes contratuais – coletivismo, cooperação

e coordenação – devem ser entendidos para que possam ser incorporados na interpretação das Preliminares das Disposições Gerais dos Contratos em Geral do Código Civil – artigos 421 a 424 do Código Civil Brasileiro.

Enquanto o coletivismo está identificado com a função social do contrato disposta no artigo 421 do Código Civil, a cooperação e a coordenação estão identificadas com a probidade e a boa-fé objetivas, respectivamente, dispostas no artigo 422 do mesmo *Codex*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A confiança consiste em um princípio que atua sob as mais diversas dimensões sociais. Na perspectiva jurídica, a confiança tutela a legítima expectativa decorrente do tráfego contratual, tráfego esse que é distinto nas relações contratuais lineares (contrato de compra e venda e contrato de prestação de serviços) e nas relações contratuais em rede (franquia empresarial, representação comercial, concessão comercial, distribuição, economia de plataforma – Uber, Rappi, Loggi, Airbnb, Triider, Cargo X – etc.). Os tráfegos contratuais lineares e em rede distinguem-se por uma díade e uma tríade de critérios: enquanto as lineares seguem critérios de ação individualistas e competitivos, os em rede seguem critérios de ação coletiva, cooperada e coordenada.

Na perspectiva gerencial “empresarial”, a confiança é tida como um princípio organizador (organização *interna corporis*), que permite à empresa se tornar eficiente para se lançar em relações lineares. Já na perspectiva gerencial “interempresarial”, a confiança é tida como um princípio governamental, que irradia confiabilidade, previsibilidade e justiça nas relações em rede, pois a formação de expectativas importa na assunção de riscos e de vulnerabilidade.

Em termos de responsabilidade contratual, na perspectiva gerencial “empresarial”, a falta de confiança gera desorganização empresarial-operacional

(desorganização *interna corporis*), e o prejuízo advindo dessa desorganização importará apenas aos empresários organizadores de suas próprias empresas. Na perspectiva gerencial “interempresarial”, por sua vez, a falta de confiança gera desorganização da coletividade empresarial (desorganização da rede), e o prejuízo advindo disso importará a todos os agentes econômicos da rede, sejam aqueles que organizam as redes, sejam aqueles que simplesmente aderem às redes e se submetem à organização em rede.

Tendo isso em vista, o que está em jogo é a responsabilidade pelo descumprimento de obrigação contratual em nível de rede. Quais as responsabilidades de estar em rede? Para obter resposta a essa pergunta, deve-se entender a função que cada agente econômico desempenha na rede. Deve-se entender qual agente econômico é responsável por fomentar e manter a organização da rede, bem como a quem a organização da rede deve beneficiar, pois, se o empreendimento é coletivo, a eficiência econômica deve ser coletiva.

Como é possível notar, a partir da literatura organizacional, a confiança pode alcançar sentidos jurídicos até então inexplorados, tais como obrigação organizacional (obrigações específicas de quem organiza e de quem se submete à organização), eficiência coletiva, tratamento justo da vulnerabilidade (proibição de se aproveitar da posição superior na rede para angariar vantagem econômica), entre outros aspectos que somente o conhecimento operacional (gerencial) é capaz de ilustrar e então apoiar o desenvolvimento de uma teoria jurídica das redes contratuais.

Para tanto, a leitura dos artigos 421 a 424 do Código Civil, que dispõem sobre as disposições gerais dos contratos, precisa estar devidamente contextualizada, ou seja, associada a conhecimentos práticos e sociais sobre o relacionamento em rede, conhecimentos esses que se encontram na literatura organizacional. Tal questão se mostra necessária porque o desenvolvimento

racional transdisciplinar é fundamental nas ciências humanas para buscar um entendimento mais holístico ou congruente sobre os fenômenos sociais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. G. V. de. Confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, p. 241-264, 2017.

BAKKEN, T.; HERNES, T.; WIIK, E. Innovation and organization: an overview from the perspective of Luhmann's autopoiesis'. In: MAGALHÃES, R.; SANCHEZ, R. (ed.). **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, p. 69-88, 2009.

BALESTRIN, A.; VERSCHOORE, J. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na Nova Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2016.

BORTOLASO, I. et al. Estratégias cooperativas: avaliando a gestão da estratégia em redes de pequenas e médias empresas. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 14, n. 45, p. 419-437, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

BRASIL. Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 27 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13966.htm.

BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 12692, 10 dez. 1965.

BRASIL. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 29 nov. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm.

CASTELLS, M. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CHILD, J.; FAULKNER, D.; TALLMAN, S. **Cooperative strategy**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DIRKS, K. T.; FERRIN, D. L. The role of trust in organizational settings. **Organization Science**, v. 12, n. 4, p. 450-467, 2001.

DO COUTO, C. V. *et al.* **A obrigação como processo**. Editora FGV, 2015.

FAYOL, H. **Administração industrial e geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

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

HARRIS, A. Z. Interorganizational trust. In: SHENKAR, O.; REUER, J. (ed.). **Handbook of strategic alliances**. Thousand Oaks: SAGE Publications, p. 169-197, 2006.

JONES, G. The experience and evolution of trust: implications for cooperation and teamwork. **Academy of Management Review**, v. 23, p. 531-546, 1998.

LARSON, A. Network dyads in entrepreneurial settings: a study of the governance of exchange relationships. **Administrative Science Quarterly**, v. 37, p. 76-104, 1992.

LOCKE, R. M. Construindo confiança. **Econômica**, v. 3, n. 2, p. 253-281, 2001.

LUHMANN, N. **O direito da sociedade**. Martins Editora, 2016.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO Jr. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES, R.; SANCHEZ, R. (ed.). **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005.

MAYER, R. C.; DAVIS, J. H.; SCHOORMAN, F. D. An integrative model of organizational trust. **Academy of Management Review**, v. 20, p. 709-734, 1995.

MCEVILY, B.; PERRONE, V.; ZAHEER, A. Trust as an organizing principle. **Organization Science**, v. 14, n. 1, p. 91-103, 2003.

MCEVILY, B.; ZAHEER, A. Architects of trust: the role of network facilitators in geographical clusters. *In*: KRAMER, R. M.; COOK, K. S. (ed.). **Trust and distrust in organizations**. New York: Russell Sage Foundation, p. 189-213, 2004.

NORTH, D. C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

OSÓRIO, F. M. **Improbidade administrativa**. Observações sobre a Lei, v. 8, p. 92, 1998.

PROVAN, K. G.; KENIS, P. Modes of network governance: structure, management, and effectiveness. **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 18, n. 2, p. 229-252, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n.º 70079955050**. Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgado em: 12/12/2019.

ROUSSEAU, Denise M. et al. Not so different after all: A cross-discipline view of trust. **Academy of management review**, v. 23, n. 3, p. 393-404, 1998.

TEUBNER, G. **Networks as connected contracts**: edited with an introduction by Hugh Collins. Bloomsbury Publishing, 2011.

TODEVA, E.; KNOKE, D. **Strategic alliances and models of collaboration**. Management decision, 2005.

VANGEN, S.; HUXHAM, C. Nurturing collaborative relations: building trust in interorganizational collaboration. **Journal of Applied Behavioral Science**, v. 39, n. 1, p. 5-31, 2003.

WEGNER, D. **Redes, alianças e parcerias**: ferramentas e práticas para a gestão da cooperação empresarial. Porto Alegre: Exclamação, 2019.

ZAHEER, A.; MCEVILY, B.; PERRONE, V. Does trust matter? Exploring the effects of interorganizational and interpersonal trust on performance. **Organization Science**, v. 9, n. 2, p. 141-159, 1998.

DIREITOS DE AUTOR: HISTÓRIA E TECNOLOGIA¹

Alejandro Knaesel Arrabal

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

Christian Panini Carvalho

INTRODUÇÃO: A HISTÓRIA “DO” DIREITO E “PARA” O DIREITO

A necessidade de justificar a importância de determinado campo disciplinar, o famoso “para que” se estuda isso ou aquilo, parece padecer de uma armadilha utilitarista: defender a produção do conhecimento em si, para que ele sirva a um propósito bastante claro, e normalmente econômico. Mas essa pergunta já é conhecida da História do Direito há muito. A serventia de uma pesquisa em História do Direito é questionada tanto no sentido utilitarista (se não desenvolve um produto, para que serve?), quanto no sentido político-doutrinário (se não produz nada, serve para propósitos políticos/doutrinários escusos?).

Para Hespanha, a função da História do Direito vem a ser justamente desnaturalizar os institutos jurídicos, demonstrando como estes institutos estão submetidos às vontades do poder ao longo da história, ou seja, consiste em “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas” (HESPANHA, 2012, p. 13). Já para Costa, a maior serventia da historiografia como um todo é “uma ocasião para entrar em contato com o distante e com o diferente”, explicando, metaforicamente, como no curso de um viajante “distraído e curioso” que entende a complicação e confusão do

¹ Este texto contém partes atualizadas do artigo originariamente publicado na Revista Jurídica do Curso de Direito da FURB (ARRABAL, 2003). Os autores agradecem a Otávio Henrique Baumgarten Arrabal pelo auxílio na revisão de fontes doutrinárias.

local para onde vai (passado), mas que vê sentido em viajar para sentir o estranhamento em si (COSTA, 2008, p. 21-28).

A partir dessa perspectiva, Fonseca registra que a pergunta da serventia paradoxalmente deixa de ser descabida porque nenhum saber se impõe em si mesmo, com alguma razão supra-histórica ou metafísica que o justifique autonomamente, e também porque os juristas em geral “não estão acostumados a olhar para o fenômeno jurídico como algo a ser compreendido em perspectiva temporal” (FONSECA, 2012, p. 23).

E ao negligenciar a temporalidade dos institutos jurídicos, muitos conceitos perdem grande parte de sua espessura teórica, caindo em armadilhas anacrônicas e sendo contaminados pelo presentismo: ou são vistos como o “auge teórico da atualidade”, ou buscam no passado ferramentas para justificar as atitudes do hoje.

É justamente para evitar esse tipo de armadilha teórica que a história do direito se apresenta como ferramenta importante à disposição do jurista. Longe de qualquer pretensão universalista, realizar uma história “do” direito não é recriar a narrativa e buscar aproximações entre os institutos, mas, ao contrário, encontrar na temporalidade, nas especificações, nas localizações do direito, seus traços marcantes, suas diferenças temporais e espaciais, valorizando a alteridade.

Noutras palavras, fazer história do direito e, conseqüentemente, produzir cultura jurídica, é compreender as nuances, os motivos, as causas, as premissas, enfim, a cultura que envolve um instituto, observando o mundo jurídico muito além dos textos legislativos, ou das jurisprudências dos Tribunais e até mesmo da doutrina jurídica. É compreender um instituto como fenômeno que existe em meio a uma rede de poderes, que está inserido em um contexto político e social muito maior do que a simples instância jurídica. Com isso, é possível entender o direito não como um sistema hermético e autônomo, ensimesmado, mas sim como algo que produz e reproduz política

e cultura, como um processo de lutas, de avanços e retrocessos, afirmações e negações, ou seja, de uma experiência jurídica muito maior.

Partindo, então, dos fragmentos deixados no presente, tenta-se conhecer experiências jurídicas passadas. Ciente da impossibilidade de reconstituir o passado “como ele realmente foi”, a historiografia reconta um pedaço, ressignifica possibilidades jurídicas, investiga as pistas para compreender aquilo que foi. É muito menos encontrar familiaridades e muito mais escapar de uma visão linear, positiva, progressiva do direito.

Mas é possível que se pergunte, enfim, se a historiografia jurídica serve, também, para a compreensão da atualidade. A resposta é afirmativa. A compreensão da história costuma ensinar o hoje. É que, ao analisar o instituto jurídico como fenômeno em toda a sua temporalidade, abre-se um vasto e produtivo campo de entendimento dos institutos na atualidade, pois é possível que se evitem erros passados, que se repitam tropeços, enfim, que se compreendam os avanços e retrocessos, rupturas e continuidades. Engrossar a visão do jurista a partir dos estudos jus-historiográficos acaba, assim, por “servir”, também, a atualidade.

É importante destacar, porém, que não se trata de anacronismos ou utilitarismos previamente determinados. A história serve “para” o direito e “para” o futuro apenas quando incrementa a visão do jurista, quando realiza a abertura da mentalidade jurídica para outros campos, quando ressignifica padrões e paradigmas.

Nesse sentido, usar a história do direito como um modo de problematizar os institutos jurídicos é realizar um processo relacional entre passado e futuro, pois conhecer o passado, a história, é poder pensar maiores e melhores projetos para o futuro. Conscientizar-se do passado é também abrir possibilidades para um futuro mais justo, mais inclusivo, mais democrático, enfim, um futuro com qualidade.

Considerando esses pressupostos, propõe-se aqui o estudo dos aspectos históricos relacionados a formação dos Direitos de Autor, a fim de subsidiar a avaliação dos desafios futuros frente aos avanços tecnológicos contemporâneos. Por opção metodológica, o contorno evolutivo deste instituto é esboçado no campo do projeto civilizatório ocidental, frente a relação entre as categorias autor e autoridade no contexto das formulações discursivas que marcam o trânsito do medievo ao liberalismo moderno, assim como o domínio tecnológico dos meios comunicação.

1 AUTORIA, AUTORIDADE, DISCURSO E PROPRIEDADE

A linguagem é a morada do ser, a casa do homem, como afirma Heidegger (1967). As pessoas se reconhecem enquanto sociedade e reconhecem o mundo e a si mesmas por meio da linguagem. Disso decorre que as condições para o exercício do poder se instituem também a partir dela.

Durante muito tempo determinados códigos linguísticos e escrituras eram domínio dos deuses, gestados por seus representantes terrenos. Assim, a legitimidade do que era dito e escrito pressupunha esse domínio. Autoridade e autor confundiam-se enquanto fonte originária do que era dito pelos legítimos titulares dos códigos e respectivos suportes físicos.

Observa Bittar (2019, p. 28) que a antiguidade não conheceu os direitos de autor como efetivamente compreendido no humanismo moderno, ainda que “alguns autores procurem vislumbrar a existência de um ‘direito moral’ entre os romanos, em virtude da *actio injuriarum*, que admitiam para defesa dos interesses da personalidade”.

Observa Foucault (2001, p. 274) que:

Os textos, os livros, os discursos começaram a ter realmente autores (diferentes dos personagens míticos, diferentes das grandes figuras sacralizadas e sacralizantes) na medida em que o

autor podia ser punido, ou seja, **na medida em que os discursos podiam ser transgressores. O discurso, em nossa cultura (e, sem dúvida, em muitas outras), não era originalmente um produto, uma coisa, um bem; era essencialmente um ato - um ato que estava colocado no campo bipolar do sagrado e do profano, do lícito e do ilícito, do religioso e do blasfemo.** Ele foi historicamente um gesto carregado de riscos antes de ser um bem extraído de um circuito de propriedades (Sem destaque no original).

Na Idade Média, a centralidade dos temas religiosos implicou a “[...] dificuldade de identificação de autoria (direito moral) e a provável ausência de interesse econômico” (COSTA NETTO, 2018, p. 99). Nesse período, a grande massa da população voltava-se ao labor da terra, ao cuidado com a prole e à participação em guerras e conquistas. Assim, com o baixo índice de pessoas alfabetizadas, sendo a reprodução de exemplares feita a mão apenas por escribas, padres e monges, o número de escritos era muito limitado.

No final do século XIV, o implemento de técnicas como a xilogravura e posteriormente a tipografia vieram simplificar a reprodução de obras, sincretizando a questão da legitimidade do discurso ao seu papel como “produto” em um contexto mercantil em ascensão. A facilidade na obtenção da reprodução dos trabalhos literários fez surgir um ambiente concorrencial e a produção de edições abusivas. O controle sobre a multiplicação de exemplares, decorrentes da posse do manuscrito original, tornou-se inviável, vez que cada possuidor de uma cópia impressa podia facilmente reproduzi-la. Neste contexto, emerge com vigor a expectativa em reprimir juridicamente a reprodução desautorizada (CHAVES, 1995, p. 41-42).

A utilização cada vez maior da técnica de impressão com tipos móveis fez decair o custo de fabrico dos livros e, por consequência facilitou sua aquisição. “Esta inovação permitiu imprimir e reproduzir um número considerável de exemplares de um manuscrito e difundir-los ao público” (UNESCO, 1981, p. 14). Em razão disto, as obras tornaram-se objeto de comércio, de início, beneficiando economicamente os que detinham o equipamento necessário para a reprodução corrente, os impressores. Nesse momento, autores e

editores não eram titulares de um verdadeiro direito. Contentavam-se com a garantia de que os privilégios de sua produção intelectual (para os autores), e o ingente capital empregado na indústria (para os editores), não sofreria concorrência (CHAVES, 1995, p. 42).

O poder secular e o clero, tanto na Inglaterra como no continente europeu, começaram a intervir diretamente na difusão de obras impressas, pois sabiam da força política e social que o fenômeno editorial representava (UNESCO, 1981, p. 15). No contexto ainda orientado pela lógica do poder absoluto do Estado, os soberanos concediam privilégios² à publicação de certos textos para determinados impressores. Esta medida fez surgir verdadeiros monopólios e, paralelamente, instituiu um mecanismo de controle e censura das obras publicadas³.

Na Inglaterra, a influência dos ideais liberais surgidos a partir do século XVII, com a significativa influência de John Locke⁴, reduziu progressivamente o regime de privilégios e monopólios de impressão. Segundo Locke, o homem detém direitos naturais anteriores à sociedade, como a liberdade pessoal e a propriedade, os quais devem ser respeitados e protegidos. Em razão destas premissas liberais, emerge um movimento crescente favorável à liberdade de imprensa e aos direitos dos autores, combatido pela *Stationers Company* de Londres, poderosa corporação que defendia os impressores e livreiros e que detinha o privilégio de censura dos escritos da época (LIPSZYC, 1993, p.

² “Os privilégios eram *monopólios de exploração* que o poder governante outorgava aos impressores e livreiros, por um tempo determinado, na condição de haver obtido a aprovação da censura – a qual servida de recurso político para controlar a difusão de doutrinas que se consideravam perigosas.” (LIPSZYC, 1993, p. 30).

³ “Do fim do século XV ao início do XVIII, a história da imprensa foi marcada pela publicação de diversos éditos reais e ordenanças que concediam privilégios”. (UNESCO, 1981, p. 15).

⁴ John Locke (1632-1704) sustenta que o direito de propriedade se fundamenta num estado de natureza (leis naturais), anterior ao governo (Estado). Este, de caráter essencialmente não interventor, surge a partir de um pacto social, tendo como principal atribuição garantir certos direitos individuais como a vida, a liberdade e a propriedade. Para Locke, o poder supremo não pode tirar do homem uma parte de suas propriedades sem o seu consentimento, pois a finalidade de um governo e de todos os que entram em sociedade é a conservação da propriedade. O Estado é soberano, mas sua autoridade vem somente do contrato que o faz nascer. Por consequência, o poder político deve ter origem na democrática e na voz do parlamento. (LOCKE, 1999, p. 97-99, 156-159).

31). Neste contexto, em 10 de abril de 1710 surge, ao que parece, o primeiro estatuto que reconhecia o direito exclusivo dos autores de imprimir ou de dispor de cópias de qualquer livro, conhecido pelo nome de Lei da Rainha Ana (UNESCO, 1981, p. 15-16)⁵.

Este instrumento conferia ao autor o direito exclusivo de imprimir a obra durante o período de catorze anos. Qualquer impressor ou livreiro, membro ou não da *Stationers Company*, podia adquirir do autor, por meio de uma seção de direito civil, o direito exclusivo de publicar o livro pelo mesmo prazo (LIPSZYC, 1993, p. 31-32.). Ao término deste período, estando o autor ainda vivo, poderia ele assumir este direito exclusivo, novamente, por mais quatorze anos⁶. Após o decurso deste tempo, a utilização da obra era livre. Quanto aos livros já impressos à época da adoção desta lei, estava previsto o prazo de vinte anos⁷. Os infratores perderiam os livros contrafactados encontrados em seu poder, além de pagar uma multa de um *penny* para cada folha. Metade do valor da multa era destinado à Coroa britânica e a outra metade, ao ofendido (STEWART *apud* COSTA NETTO, 2018, p. 105). A proteção exigia a inscrição da obra nos registros da *Stationers Company*⁸ e o depósito de nove exemplares para encaminhamento a diversas universidades

⁵ Vide texto original em: (THE STATUTE OF ANNE, 1710).

⁶ Texto da lei da Rainha Ana: “[...] That after the Expiration of the said Term of Fourteen Years, the sole Right of Printing or Disposing of Copies shall return to the Authors thereof, if they are then Living, for another Term of Fourteen Years”. (THE STATUTE OF ANNE, 1710).

⁷ Texto da lei da Rainha Ana: “That from and after the Tenth Day of April, One thousand seven hundred and ten, the Author of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy or Copies of such Book or Books, Share or Shares thereof, or the Bookseller or Booksellers, Printer or Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy or Copies of any Book or Books, in order to Print or Reprint the same, shall have the sole Right and Liberty of Printing such Book and Books for the Term of One and twenty Years, to Commence from the said Tenth Day of April, and no longer [...]”. (THE STATUTE OF ANNE, 1710).

⁸ Texto da lei da Rainha Ana: “[...] to the Forfeitures or Penalties therein mentioned, for or by reason of the Printing or Reprinting of any Book or Books without such Consent, as aforesaid, unless the Title to the Copy of such Book or Books hereafter Published shall, before such Publication be Entred [sic], in the Register-Book of the Company of Stationers, in such manner as hath been usual, which Register-Book shall at all times be kept at the Hall of the said Company”. (THE STATUTE OF ANNE, 1710).

e bibliotecas, entre elas as universidades de Oxford, Cambridge, a Faculdade de Advogados de Edinburgo e o Colégio Sion em Londres⁹.

Em França, o processo de reconhecimento de direitos aos autores também evoluiu gradativamente do regime de privilégios ao reconhecimento do direito autoral como direito de propriedade. Os livreiros e impressores de Paris, em defesa de seus privilégios concedidos pelos soberanos, frente ao descontentamento dos editores das demais cidades da França, afirmavam que os seus direitos eram fundados na aquisição dos manuscritos dos autores, pois a transmissão da propriedade era realizada de forma integral e perpétua. Consideravam os privilégios reais nada mais que autênticas aprovações destas tratativas (LIPSZYC, 1993, p. 32-33). Posteriormente, esta ideia de substituir os privilégios pela noção de propriedade literária foi aproveitada e defendida pelos próprios autores e seus herdeiros.

Deflagrada a Revolução Francesa em 1789 e aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁰, a Assembleia Nacional então instaurada derogou todos os privilégios de indivíduos, cidades, províncias, compreendidos os outorgados em favor dos autores e editores (UNESCO, 1981, p. 17). O reconhecimento dos direitos dos autores como decorrentes

⁹ Texto da lei da Rainha Ana: “[...] and it is hereby Enacted, That Nine Copies of each Book or Books, upon the best Paper, that from and after the said Tenth Day of April, One thousand seven hundred and ten, shall be Printed and Published, as aforesaid, or Reprinted and Published with Additions, shall, by the Printer and Printers thereof, be Delivered to the Warehouse-Keeper of the said Company of Stationers for the time being, at the Hall of the said Company, before such Publication made, for the Use of the Royal Library, the Libraries of the Universities of Oxford and Cambridge, the Libraries of the Four Universities in Scotland, the Library of Sion College in London, and the Library commonly called the Library belonging to the Faculty of Advocates at Edinburgo respectively” (THE STATUTE OF ANNE, 1710).

¹⁰ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional da Revolução Francesa em 26 de agosto de 1789, apresenta três núcleos doutrinários essenciais: a) a condição natural dos indivíduos que precede a sociedade civil “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” na condição de hipótese racional e não constatação empírica; b) a finalidade da sociedade política, cujo surgimento precede do estado de natureza “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais imprescritíveis do homem” como liberdade, propriedade, segurança e a resistência à opressão; c) princípio da legitimidade do poder que cabe à nação, na ideia que a representação é una e indivisível. “O direito de propriedade considerado como um direito “inviolável e sagrado” caracterizou historicamente a revolução de 1789 como Revolução burguesa.” (BOBBIO, 1992. p. 93-94).

não mais das concessões arbitrárias do poder, mas, sim, da ordem natural¹¹, do fato da criação intelectual, foi confirmado em janeiro de 1791, quando “a Assembleia sancionou o Decreto 13-19 que consagrou o direito dos autores a representação de suas obras como um direito de propriedade, por toda vida do autor e cinco anos mais em favor de seus herdeiros” (LIPSZYC, 1993, p. 34). Logo após, em 1793, através do Decreto 19-24, a mesma Assembleia “[...] estendeu a tutela ao direito dos autores a reprodução de suas obras literárias, musicais e artísticas, garantindo as faculdades de distribuição e venda por toda vida do autor, mais dez anos em favor dos herdeiros” (LIPSZYC, 1993, p. 34).

No século XIX, a evolução do direito autoral nos países da Europa continental recebeu um aporte fundamental em virtude dos estudos realizados na Alemanha. Kant¹², ao criticar o empirismo racionalista dos ingleses, sustentando que o conhecimento pode ter sua existência independentemente dos sentidos, permitiu que a visão tradicional, fundada na propriedade material, migrasse para a uma discussão mais ampla, culminando no entendimento de que “o direito de autor se exerce sobre uma criação intelectual – a obra – e não sobre uma coisa, pois a propriedade do objeto material sobre o qual está fixada a obra não se confunde com o direito de autor sobre ela” (LIPSZYC, 1993, p. 20, 37).

Por sua vez, o modelo norte-americano, a exemplo do modelo inglês, evoluiu sob a perspectiva de considerar o direito de autor como direito de propriedade. “A Constituição de 1787 (art. 1, Séc. 8) deu ao Congresso a faculdade ‘de promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo por um tempo limitado aos autores e aos inventores um direito exclusivo sobre seus respectivos escritos e descobrimentos’” (LIPSZYC, 1993, p. 33).

¹¹ A noção de direito natural, sob uma perspectiva eminentemente individualista, surge como fundamento em substituição ao Déspota.

¹² “Kant sustentou que [...] embora o conhecimento surja da experiência, não deriva exclusivamente dela. Poderíamos expressar isto de maneira diferente, dizendo que a experiência sensorial é necessária, porém não suficiente, para o conhecimento.” (RUSSELL, 2001, p. 342).

No mesmo sentido, “a lei do estado de Massachusetts, de 17 de março de 1789, declarava, ao instituir a proteção do direito do autor, que não existia <propriedade alguma mais inerente à pessoa do homem que a produzida pelo trabalho do seu espírito>” (UNESCO, 1981, p. 17). Logo a *Federal Copyright Act* estabeleceu em todo país um sistema uniforme de proteção legal das obras publicadas (LIPSZYC, 1993, p. 35).

Do exposto, verifica-se que a origem da moderna concepção do direito autoral consagra-se no final do século XVIII através da legislação editada nos Estados Unidos da América do Norte, sob a influência do Estatuto da Rainha Ana, bem como da orientação normativa franco-germânica.

Contudo, essas duas orientações, calcadas na percepção de propriedade, diferem em razão do foco de valoração. Na concepção construída pela Revolução Francesa (*droit d’auteur*¹³), o criador da obra, o autor, encontra-se no centro de referência. Já no sistema anglo-americano (*copyright*¹⁴), a proteção dirige-se à obra, em função da necessidade de reger a reprodução. Orientado comercialmente, o sistema anglo-americano, vigente nos países de tradição jurídica baseada no *common law*¹⁵, atende à regulação da atividade de reprodução das obras. Por sua vez, a concepção jurídica latina do direito de autor, considera originariamente o direito de autor como um direito pessoal (LIPSZYC, 1993, p. 40), ainda que possa também atribuir a relação autor-obra à natureza patrimonial.

¹³ Expressão francesa correspondente a “direito do autor” (na língua alemã *Urheberrecht*), empregada para designar o pensamento franco germânico sobre a propriedade imaterial.

¹⁴ *Copyright* significa originariamente apenas o direito de cópia ou reprodução. Porém, a muito este termo corresponde também a outras prerrogativas, tais como o direito de comunicação e o direito de execução pública. (UNESCO, 1981, p. 36).

¹⁵ “O Direito continental europeu é aquele onde foi mais intensa a recepção do Direito Romano, sendo-lhe características a proeminência do Direito escrito e a codificação. A lei, como norma geral criada pelo legislador, é a fonte primeira do Direito, cabendo a jurisprudência penor [...] O Direito do grupo anglo-americano engloba o Reino Unido, a Austrália, Nova Zelândia, Canadá (menos Quebec) e os Estados Unidos da América. Nele, a influência do Direito Romanístico é bem menor e a lei não é fonte principal do Direito. Nesse sistema, chamado de *common law*, é através dos casos – *case law* – mais que nos *statutes* (leis) que se cria a regra de conduta. Ao contrário, a *statute law* faz-se necessária para determinar a exceção, para estabelecer a norma que foge aos princípios da *common law* e exige, por isso, interpretação restrita.” (PEREIRA, 1988, p. 69).

Com a evolução das tecnologias de comunicação, houve um acréscimo natural da regulamentação voltada ao direito autoral. Este aspecto, aliado à internacionalização dos mercados, tornou necessária a expansão da tutela aos direitos de autor de origem nacional, tentando atingir de forma homogênea todos os lugares aonde a obra pudesse ser utilizada.

A proteção internacional evoluiu mediante diferentes meios: “tratados bilaterais de reciprocidade, incorporação às leis nacionais de normas de proteção a obras estrangeiras sob a condição de reciprocidade e, finalmente, as grandes convenções internacionais [Berna – 1886, Universal – 1952]” (LIPSZYC, 1993, p. 37).

O sistema francês, por sua abrangente influência territorial, teve vinculação estreita com os fundamentos da Convenção Internacional de Berna para Proteção de Obras Literárias e Artísticas, celebrada em 1886^{16,17} e ratificada pelo Brasil em 1922¹⁸.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, os direitos de autor assumem formalmente a condição de direitos humanos (LIPSZYC, 1993, p. 38), resguardando os interesses de ordem moral e material provenientes das produções científicas, literárias e artísticas¹⁹.

A inserção dos direitos de autor no rol dos direitos humanos, assim como nas constituições nacionais na qualidade de direitos fundamentais²⁰,

¹⁶ Devido à evolução tecnologia, a Convenção de Berna sofreu sucessivas atualizações: Aditamentos em 4/5/1896 (Paris) e 20/3/1914 (Berna); Revisões em: 13/11/1908 (Berlim), 2/6/1918 (Roma), 26/6/1948 (Bruxelas), 14/7/1967 (Estocolmo) e 24/6/1971 (Paris). (COSTA NETTO, 2018, p. 58).

¹⁷ Berna é considerada a referência mais importante da atualidade, congregando países de quase todo o Mundo, tendo o Brasil como signatário desde 1922. Os Estados Unidos, embora originariamente não a tenha integrado, tornou-se signatário em 1989. (GUEIROS Jr, 1999, p. 31).

¹⁸ VIANA FILHO, Luiz. Exposição de motivos ao projeto de Lei do Senado nº 249, de 1989 – Altera, atualiza e consolida a Lei nº 5.988 de 24 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais – CN. In: Diário do Congresso Nacional, p. 4404, 31 ago. 1989.

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 27º: “2 - Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”. (DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 18).

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5, XXVII – “aos autores pertence o direito

importa “no reconhecimento de que se trata de um atributo inerente ao ser humano e que, como tal, sua proteção adequada e eficaz não pode ser desconhecida” (LIPSZYC, 1993, p. 39).

Em síntese, depreende-se que a tutela específica destinada aos direitos de autor surge tão somente após o advento da imprensa (século XV) e, primeiramente, na forma de privilégios e monopólios de impressão concedidos aos impressores e livreiros (LIPSZYC, 1993, p. 39). Frente à transformação do contexto político e social do século XVIII, calcada nos ideais liberais, o regime de privilégios decaiu gradativamente, dando lugar às primeiras manifestações do direito autoral, como é conhecido na atualidade.

2 DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E OS DIREITOS DE AUTOR

Afirmar que atravessamos o mais relevante momento histórico das grandes descobertas ou o ápice criativo do conhecimento humano, certamente despertará resistências contundentes. Não apenas opostas em razão de leituras apressadas e imprecisas, mas também porque as criações de hoje podem impactar decisivamente no futuro da inventividade humana. Não incomuns são as narrativas que colocam sob suspeita o desenvolvimento tecnológico, como outrora ocorreu com a distribuição de energia elétrica ou o automóvel.

É inegável, porém, que, graças às grandes inovações das últimas décadas, ocorreu uma transformação nunca vista ou quiçá imaginada, a partir da qual o conhecimento humano tornou-se amplamente acessível. As Tecnologias de Informação e Comunicação não apenas possibilitaram a distribuição de conhecimento e o exercício da criatividade de forma exponencial, mas também promoveram a emergência de novas mídias e formas de distribuição.

exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

O consumo de músicas migrou dos meios analógicos em discos de vinil e fitas magnéticas para os discos lasers digitais e daí para a distribuição totalmente digital por arquivos de computador em formato MP3. Atualmente, sequer são distribuídas na forma de arquivos, passando – assim como ocorre com as produções cinematográficas e televisivas –, à uma distribuição massiva através da tecnologia de *streaming* por serviços de assinatura.

A digitalização do mercado literário presencia a emergência dos “audiolivros”, convertendo a palavra escrita em falada e entregue diretamente para toda uma gama de aparatos eletrônicos pessoais. O surgimento de dispositivos eletrônicos para acesso a livros digitais nos apresenta conceitos como *e-ink* (tinta eletrônica), a par da venda e distribuição sem aviamento físico, em lojas estabelecidas somente no mundo virtual, o que confirma a previsão de Gates apresentada a mais de vinte anos:

O papel estará conosco infinitamente, mas sua importância como meio de encontrar, preservar e distribuir informação já está diminuindo [...]. À medida que os documentos ficarem mais flexíveis, mais ricos de conteúdo de multimídia e menos presos ao papel, as formas de colaboração e comunicação entre as pessoas se tornarão mais ricas e menos amarradas ao local onde estão instaladas (GATES, 1995, p. 145).

Nem mesmo a produção de obras no campo das artes plásticas ficam alheias aos novos modelos de distribuição digital. Com o advento da “impressão 3D”, somada a possibilidade de compartilhamento de criações por meio de arquivos dos softwares de “desenho auxiliados por computador” (CAD – *Computer-Aided Design*), modelos arquitetônicos, estruturais ou esculturais podem assumir forma real e serem amplamente reproduzidos.

Vale anotar que a impressão 3D é reconhecida como tamanha inovação que, aplicada aos modelos de desenhos industriais, conduz alguns a acreditar que esta tecnologia vai inaugurar uma nova revolução industrial (VISCONTY; GASS; VIRGIEN, 2014, p. 17). Materializa-se uma realidade

que já permite até mesmo a impressão de casas (SOUZA, 2021)²¹ das quais os projetos arquitetônicos, nos termos da legislação brasileira, têm garantida a proteção autoral (BRASIL, Lei 9610/98, art. 7º, X).

Outra tendência tecnológica diz respeito a tentativa de resgate do valor da originalidade autoral em relação a obras digitalmente produzidas, a partir do emprego de tecnologia criptográfica. Trata-se da criação de NFTs (*Non-Fungible Tokens*), um recurso que procura incorporar ao meio digital, via *Blockchain*, o sentido de singularidade, antes presente apenas nas obras expressas em meio físico (ARRABAL, 2021).

O emprego cada vez mais expressivo de algoritmos de Inteligência Artificial tem suscitado debates a respeito do reconhecimento de direitos autorais, em relação aos resultados obtidos por meio dessas tecnologias (LANA, 2019). A discussão alastra-se em diversos campos de produção, a exemplo da criação de softwares, obras técnicas e artísticas.

As tecnologias disruptivas impactam os mercados e os sistemas jurídicos em escala global. Na medida que uma nova tecnologia se desenvolve, os campos tradicionais de proteção da autoria – e da propriedade intelectual como um todo – demandam novos parâmetros regulatórios sobre a utilização e proteção de bens intelectuais. Posto que as mudanças tecnológicas, especialmente as mais disruptivas, atingem “fatos e atos do homem, desde a mais restrita esfera pessoal até a mais ampla esfera das atividades produtivas” (ROSSI, 1992, p. 5).

Pode-se ilustrar os conflitos emergentes nesse contexto a partir de disputas havidas na década de 1980 nos Estados Unidos da América. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, discutiu-se a demanda “*Sony Corp.*

²¹ “Se há apenas alguns anos a impressão 3D era vista com uma certa desconfiança, várias notícias recentes têm mostrado que essa é uma tecnologia possível, viável e que veio para ficar. No dia 30 de abril de 2021 os inquilinos da primeira casa de concreto impressa na Holanda receberam suas chaves. A casa em Eindhoven - a primeira de cinco dentro do ‘Projeto Milestone’ - cumpre totalmente com todos os rigorosos requisitos de construção do país” (SOUZA, 2021).

of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)”, que ficou conhecida como o “caso Betamax”. O conflito versou sobre os direitos do uso doméstico dos usuários de gravadores de videocassetes para gravar obras protegidas por direitos autorais e dos detentores sobre aqueles direitos autorais de vedar a gravação das obras (PINHEIRO, 2018).

Outro exemplo também vindo dos Estados Unidos, mas no âmbito legislativo, decorreu da maciça popularização das fitas cassetes de áudio, levando o Congresso dos Estados Unidos a promulgação da “Emenda de Aluguel de Registros de 1984 (*Record Rental Amendment of 1984, in liu of H. R. 5938*)”, alterando a lei de direitos autorais daquele país para proibir o aluguel não autorizado de um registro fonográfico para obter vantagens comerciais. Estes exemplos mostram caracteristicamente a aplicabilidade da lei e do enfrentamento que se faz necessário para a regulamentação de direitos autorais frente ao surgimento de uma nova tecnologia ou da modificação de um modelo comercial decorrente da inovação (PINHEIRO, 2018).

Segundo Pinheiro (2018) o surgimento do direito autoral se deu exatamente para proteger a inovação, equilibrando, em concomitância, a vontade do acesso público e coletivo da obra – quando do decurso do prazo para domínio público – e a remuneração de seu criador para retornar o investimento feito em sua criação. “Não proteger o direito autoral na Sociedade do Conhecimento é o mesmo que estimular a paralisia de pensamento” (PINHEIRO, 2018, p. 177).

Em que pese o atual estabelecimento da “sociedade do imediatismo”, efeito colateral da relação entre a “Sociedade do Conhecimento” referida por Pinheiro, com a imediatidade da disponibilização de respostas e conteúdo de praticamente toda a produção intelectual humana, o enfrentamento das dificuldades para proteção dos direitos do autor são semelhantes aos que afligiam os autores nos tempos da *Stationers Company*. Isto porque, como estatui Moraes (2008, p. 27), leis são frutos de injunção social e, tratando-se

de direitos de autor, advém a necessidade de regulamentação para a garantia dos interesses dos criadores intelectuais.

A intangibilidade trazida pela sociedade digital impõe um grande desafio para os operadores do Direito, já que provoca a necessidade de se repensar o próprio modelo econômico de exploração da propriedade intelectual. Isso já vem ocorrendo há bastante tempo, mas com a facilidade de acesso e as tecnologias de reprodução, a situação de infração deixou de ser uma exceção, uma ocorrência pontual, para se tornar não apenas comum, mas também “socialmente aceita” (PINHEIRO, 2018, p. 176).

O cuidado com a proteção e a dificuldade em conter as violações perpetuam-se no tempo, posto que a instrumentalização orientada ao ilícito afronta os meios técnicos e jurídicos desenvolvidos para impedir a replicação e distribuição não autorizadas. A dificuldade se impõe dado que o objeto de proteção de direito autoral não é o meio físico em que a obra se apresenta, mas a concepção intelectual contida na mídia. Netto (2018, p. 47) explica que “não é o livro, mas a obra literária, não é o jornal ou a revista, mas a obra jornalística, não é a tela, mas a obra de arte, não é o disco, mas a obra musical (contidas nesses suportes) que recebem a proteção jurídica no terreno dos direitos autorais”.

Assim como o desenvolvimento de novas tecnologias desafia as garantias da produção autoral, surgem novos métodos para tornar efetiva a proteção destes direitos. Retornando ao exemplo dos serviços de *streaming*, a ampliação desta tecnologia adotada pelos serviços de distribuição de músicas e filmes por assinatura oportunizou em uma considerável redução do mercado de contrafação e pirataria de CDs e DVDs. Embora não tenha eliminado completamente as práticas ilícitas, foi justamente o desenvolvimento e ampliação de uma nova tecnologia de distribuição que reduziu o mercado ilegal.

Em contrapartida, a mesma tecnologia *streaming* que permitiu o estabelecimento de serviços de acesso a conteúdo autoral por assinatura, fez surgir um mercado ilegal de distribuição de mídia digital por IPTV. “Acrônimo

de Internet *Protocol Television*, é exatamente o que o nome sugere: a transmissão de um sinal de TV via protocolo IP. Ou seja, pela internet” (GOGONI, 2019). Quando utilizada para o acesso desautorizado de canais de TV por assinatura, a prática é considerada uma evolução da pirataria. Segundo números da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), essa prática causa um prejuízo anual da ordem de 15,5 bilhões de reais, desfalcando a arrecadação de impostos em 2 bilhões de reais (CASTRO, 2021). Naturalmente estes prejuízos decorrentes da violação dos direitos de autor impactam também no fomento público e no investimento privado de novas produções artísticas e culturais.

Atualmente, dada a instantaneidade da interações em meio digital, o acesso, a distribuição e a circulação de obras autorais acontecem em escala antes impensável. A massificação da utilização da internet oferece o potencial de popularização da troca de todo tipo de conteúdo, ampliando o acesso a obras artísticas, técnicas e científicas em benefício, tanto de quem as usufrui, quanto de seus criadores que passam a contar com um veículo poderoso de publicação. Por outro lado, paira o risco de vulnerabilização dos direitos autorais dos criadores, organizadores e distribuidores, o que lança o desafio de equilibrar a proteção de direitos autorais, garantindo o amplo o acesso ao conhecimento e a cultura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ensina Santo Agostinho (1987) que o futuro corresponde às expectativas que formulamos no presente sobre o que há de vir. Assim, só é possível falar do futuro a partir do que o presente oferece como substrato para projetos existenciais.

Nesse sentido, o resgate dos fatores sociais de ordem cultural, econômica e política que atravessaram a institucionalização das condições

de vida é fundamental para situar o Direito. A história revela que o desenvolvimento tecnológico foi determinante na constituição dos direitos do autor, na medida que também foi para a consecução das condições que possibilitaram a emergência das liberdades individuais.

O desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação oportunizaram transformações sem precedentes em relação ao compartilhamento de conhecimentos e objetos artísticos e técnicos que compõem a realidade cultural. Integradas a esse aspecto, as condições para o exercício da liberdade de expressão criativa pressupõem fatores econômicos que, no cenário contemporâneo, dizem respeito também ao modo como as tecnologias são implementadas e incorporadas ao cotidiano.

A par da caracterização dos direitos de autor como direitos humanos, nas estruturas que conformam as práticas de mercado, prevalece o valor dos bens na sua condição de produto, ou seja, em relação ao que o objeto (obra) oferece como benefício ao consumidor. Em seu fundamento humanístico, o regime de garantias dos direitos autorais consagra também uma outra perspectiva de valor, aquela que diz respeito ao trabalho humano intelectual empenhado pelos sujeitos criativos. A conformação presente e o futura dos direitos de autor pressupõe um diálogo cada vez mais estreito entre essas concepções de valor, aspecto que deve ser observado com acuidade quando da proposição de novos modelos normativos.

REFERÊNCIAS

- ARRABAL, A. K. Direito autoral: evolução histórica e natureza jurídica. **Revista Jurídica da FURB** (Impresso), Blumenau, v. 13, p. 107-126, 2003.
- ARRABAL, A. K. Tecnologia NFT e direitos de autor: o retorno à originalidade? **Revista Fórum de Direito na Economia Digital**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 9-22, jan./dez. 2021.

BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2019.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 3, 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.

CASTRO, L. F. Aparelhos da TV Box são a evolução da pirataria, crime cercado de riscos. **Veja**. 4 set., 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/aparelhos-da-tv-box-sao-a-evolucao-da-pirataria-crime-cercado-de-riscos/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CHAVES, A. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. 294 p.

COSTA NETTO, J. C. **Direito autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, P. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 21-28, 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v47i0.15733>. Acesso em: 5 jun. 2022.

DIREITOS HUMANOS: Atos Internacionais, Normas Correlatas de Direito Interno, Artigo de Doutrina, Índice do Tribunal Penal Internacional. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

FONSECA, R. M. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FOUCAULT, M. O que é o autor? In: FOUCAULT, Michel. **Estética**: literatura e pintura, música e cinema. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. [Ditos e escritos: vol. III].

GATES, B. **A estrada do futuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GOGONI, R. O que é IPTV? **Tecnoblog**, 2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-iptv-e-por-que-tanta-polemica/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

GUEIROS Jr, N. **O direito autoral no show business**. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

HEIDEGGER, M. **Carta sobre o humanismo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HESAPANHA, A. M. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Portugal: Gráfica de Coimbra, 2012.

LANA, P. de P. A questão da autoria em obras produzidas por inteligência artificial. **ESTUDOS - Doutorado & Mestrado**, out. 2019. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: https://www.uc.pt/site/assets/files/435666/sm_10.pdf. Acesso em: 28 maio 2022.

LIPSZYC, D. **Derecho de autor y derechos conexos**. Argentina: Zavalía, 1993.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 318 p. (Coleção clássicos do pensamento político).

MORAES, R. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETTO, J. C. C. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

PEREIRA, C. de T. “Common law” e “case law”, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 638, p. 69, dez. 1988.

PINHEIRO, P. P. **#Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

ROSSI, M. D. Aspectos jurídicos do EDI. **Informativo ABDI**, a. 6, n. 11, abr. 1992.

RUSSELL, B. **História do pensamento ocidental**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SOUZA, E. O futuro é agora: casas impressas em 3D começam a ser habitadas na Holanda. **ArchDaily Brasil**, 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.archdaily.com.br/br/961076/o-futuro-e-agora-casas-impressas-em-3d-comecam-a-ser-habitadas-na-holanda> Acesso em: 5 jun. 2022.

THE STATUTE OF ANNE, 1710. Disponível em: https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1710 Acesso em: 5 jun. 2002.

UNESCO. **Abc do direito do autor**. Lisboa: Editorial Presença, 1981.

VIANA FILHO, L. Exposição de motivos ao projeto de Lei do Senado nº. 249, de 1989 – Altera, atualiza e consolida a Lei nº. 5.988 de 24 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais – CN. *In*: **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, p. 4401-4405, 31 ago. 1989.

VISCOUNTY, P. J.; GASS, A. M.; VIRGIENA, K. A. 3D Printing: new technology challenges the existing intellectual property framework. **Orange County Lawyer magazine**, v. 56, n. 10, p. 16-19, out. 2014.

REDES DE CONTRATOS: ASSIMETRIA INFORMACIONAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIAS

Djeymes Amélio de Souza Bazzi¹

Wilson Engelmann²

INTRODUÇÃO

A Legislação Pátria traz o conceito legal do que vem a ser o contrato de franquia e a partir dessa estrutura conceitual, identifica-se que tal contrato, mesmo celebrado de forma bilateral, experimenta interesses coletivos e compartilha seus objetivos individuais com todos pertencentes à rede dos contratos de franquias. Essa coletividade é compreendida para se desenvolver de forma cooperada e coordenada entre os agentes, que mesmo mantendo sua autonomia jurídica, necessitam de informações e monitoramento recíprocos. Uma das características que envolve o contrato de franquia é, justamente, a gestão da estrutura de governança entre o franqueador e o franqueado.

Observa-se, principalmente nos momentos de crise econômica, que a dinâmica dos contratos em rede – aqui observado os contratos de franquia – conseguem absorver melhor e distribuir os encargos gerados em tais tempos. Diante disso, a coordenação sistêmica torna-se imprescindível para atingir os

¹ Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios com bolsa pela Unisinos/RS Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. E-mail: djeymes@hotmail.com

² Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito Público-Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO; e-mail: wengelmann@unisinos.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>.

propósitos. Assim, utiliza-se de informações, tanto pré-contratual quanto pós-contratual, para monitorar e desenvolver a atividade comercial.

Há diversos benefícios para a criação de uma rede contratual no formato de franquias, sobretudo em momentos de crise, como por exemplo, ao franqueador em fortalecer sua marca e expandir sua distribuição sem que precise realizar aportes financeiros e o franqueador se beneficia em não precisar dispor de tempo testando seus produtos/serviços no mercado já que, em tese, utilizará de toda a informação e conhecimento que o franqueador possui, ganhando assim, tempo. Surge-se, neste ponto, quando se utiliza a troca de informações e experiências, que as adversidades devem ser administradas para o convívio harmônico, que transmita confiança às partes e, até mesmo, aos clientes que consumirão os produtos ou serviços da rede que se pretende instalar.

No sentido de organização e cooperação entre os agentes envolvidos na relação que norteará o presente artigo, utiliza-se como base para a gestão a relação interna dessas redes, o dever de atingir um nível elevado de padronização com o escopo de nivelar as informações necessárias ao fiel desempenho da rede.

1 CONCEITO LEGAL E ESTRUTURAL DOS CONTRATOS DE FRANQUIAS

Está disposto no artigo 1º da Lei nº 13.966/2019 o conceito legal de contrato de franquia:

[...] o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.

A doutrina que trata do contrato de franquia empresarial no Brasil, possui certa “impressão conceitual” pela não compreensão do elemento “sistema” para os negócios de franquia empresarial. A hipótese é de que a doutrina que desenvolve o tema das franquias empresariais, ao não desenvolver o “elemento sistêmico” do seu conceito legal, acompanha um padrão racional individualista e competitivo colocando a abordagem coletiva em desvantagem, quando essa espécie de formação empresarial requer uma abordagem coletiva, cooperada e coordenada (RIZZARDO FILHO, 2022).

Salienta-se que a identificação do elemento “sistema” é baseada nos três pilares dos negócios em formato de rede: um (sub)sistema econômico consiste em uma coletividade de atores que interagem de forma cooperada e coordenada com objetivos comuns. Esses objetivos devem ser entendidos na perspectiva sistêmica, que supõe a existência de interesses coletivos, interagindo com a existência de interesses individuais (RIZZARDO FILHO, 2022).

Coaduna-se com a definição conceitual trazida por Rizzardo Filho (2022, p.179) quando diz:

[...] o negócio de franquia empresarial é um modelo de sistema ou de organização de empresas autônomas (sistema interempresarial) de interação cooperativa que opera a partir da cessão de direitos (uso de marca ou patente; distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços; e uso de tecnologia de implantação e administração). Baseia-se o presente conceito a partir da junção entre a tríade coletivismo-cooperativismo-coordenação e a descrição legal do negócio.

Assim, o coletivismo demonstra que nem todas as estratégias empresariais são baseadas ou limitadas a relacionamentos concorrenciais. Há inúmeras possibilidades para o desenvolvimento de ações colaborativas que substituem as ações competitivas por ações cooperativas, o que acaba por tornar horizontalizada a organização empresarial (RIZZARDO FILHO, 2022). Alguns dos principais benefícios para as organizações interempresariais, segundo Brass et al. (2004), citado por Rizzardo Filho (2022, p.121), é o de

reduzir incertezas, melhorar a legitimidade e poder de mercado, encontrar soluções coletivas, reduzir custos e riscos, acúmulo de capital social, aprendizagem coletiva, inovação colaborativa, acesso a recursos, geração de eficiência, obtenção de flexibilidade e ganhos sinérgicos/ganhos intangíveis.

Diante do exposto, pode-se observar que relacionamento coletivo não se caracteriza como grupos econômicos, tampouco relações de emprego. São, em verdade, coletividades de relações contratuais comerciais e civis em que as personalidades jurídicas dos envolvidos mantêm sua autonomia jurídica. Ainda, as coletividades empresariais não cooperam aleatoriamente, é imprescindível que haja coordenação, ou seja, governança e gestão (RIZZARDO FILHO, 2022).

Essa coordenação, segundo Bortolaso, Orsolin e Perucia (2010) mencionados por Rizzardo Filho (2022, p. 122), deve ser exercida pela liderança nas organizações, pois a ela pertence o desafio de coordenar o crescimento econômico da rede e preservar a cooperação coletiva.

Acredita-se que a coordenação (governança e gestão) das organizações em formato de rede seja responsável por manter a estabilidade e proporcionar o fomento das organizações interempresariais. Estruturas de governança fomentam relações de cooperação e resolvem litígios, sendo indispensáveis ao propósito coletivo (RIZZARDO FILHO, 2022).

Na colaboração de gestão, uma pessoa faz uso de outra para realizar algumas tarefas que ela não pode realizar por si mesma, produzindo assim uma descentralização da execução. O que antes era realizado pelo indivíduo, agora é realizado por outra pessoa (LORENZETTI, 1999).

Quando se aplica a colaboração de gestão nos contratos de franquias, as tarefas até poderiam ser realizadas por determinado agente³, porém pela coordenação e, até estratégia na delegação de afazeres, que se tem uma substituição nessa execução.

³ Agente, tratado no sentido de pessoa física ou jurídica.

O princípio da coordenação é classificado por Lorenzetti (1999) como aquele resultante da existência de contratos em torno de um interesse sistemático ocasionando a existência de obrigações. Não se trata de contratos de coordenação, mas de obrigações ou deveres secundários de conduta, que estão ligados a contratos que coexistem uns com os outros de forma sistemática. O princípio da coordenação se deriva da existência conexa de contratos em torno de um interesse sistemático, causando a existência das obrigações. Isso significa que todos os integrantes têm obrigação de colaborar no funcionamento do sistema, trabalhando de modo que sua conduta sirva para o mantimento dele.

Dessa maneira, entende-se que a coordenação da estrutura que ocorre internamente, pode ser compreendida como uma sistemática de troca de obrigações, onde cada agente possui um papel que visa manter e desenvolver a rede.

Muito embora os contratos sejam firmados de modo bilateral, a Lei nº 13.966/2019 passou a tratar os contratos de franquias como um sistema que proporciona a criação de novos modelos de negócios (LAGASSI; FERREIRA, 2020).

Essa sistemática nas relações empresariais possui extrema relevância para que o desenvolvimento ocorra de forma conjunta com os atores envolvidos, mesmo que indiretamente, dessa relação contratual. Esse desenvolvimento harmônico é o objetivo principal nesses tipos de contratos.

Assim, diante de uma situação de crise econômica, o setor de franquias se destaca. Pois, encontram-se, de um lado o franqueador que alarga seus negócios com menor investimento próprio, robustece a marca efetivando maior inserção no mercado, reduz custo da produção e valores pagos pelos insumos, descentraliza a gestão; e do outro lado, o franqueado que adentra em um negócio no qual restará reduzidos erros rotineiros, com uma sedimentada expertise e credibilidade, utilizando o *know how* do franqueador, o que reduzirá o tempo de implantação do negócio no mercado, dentre inúmeras vantagens (LAGASSI; FERREIRA, 2020).

2 ASSIMETRIA INFORMACIONAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIAS

Compreende-se, primeiramente, que a assimetria de informação expõe o acontecimento segundo o qual alguns agentes econômicos possuem mais informações do que sua contrapartida, modelando um cenário de incerteza e insegurança. Nessa concepção, o grau de incerteza pode assumir a forma contingencial (ações aleatórias da natureza e do mercado consumidor), e de assimetria de informação, retratando o desconhecimento por um tomador de decisão das informações possuídas por outros agentes pertencentes a transação (WILLIAMSON, 1985).

Com o distanciamento entre a sede da unidade e os franqueados vem, também, a assimetria informacional, já que, em lógica, aquela unidade local tem maior conhecimento da demanda regional do que o franqueador. E, em decorrência disso, alguns franqueadores buscam administrar suas lojas em regiões definidas para conhecer e captar melhor os dados da demanda regional. Essa estratégia visa proporcionar ao franqueador o conhecimento sobre o funcionamento do mercado em determinada região, diminuindo, assim, essa assimetria informacional. Muito embora seja uma técnica usualmente utilizada, ou seja, um franqueado sendo um conhecedor da sua região, possui o tempo a seu favor, pois o franqueador levará um intervalo maior para conseguir os dados e informações que necessita (BITTI; AQUINO; AMATO NETO, 2013).

Contudo, busca-se outros contornos que sejam capazes de romper a assimetria de informação. Assim, Bitti, Aquino e Amato Neto (2013) demonstram que um maior nível de automação ou padronização nos processos produtivos poderia causar essa diminuição, com tendência de gerar informações com maior qualidade, além de promover a eficiência de monitoramento. Progressos no nível de automação/padronização dos

processos de produção podem reduzir o poder discricionário do gestor local e, reduzir também, a margem para o comportamento inadequado.

Com isso, não se pode deixar de enfatizar a influência da tecnologia nesses processos, principalmente quando se fala em gestão na relação interna da rede.

De tal sorte, ao utilizar processos padronizados, aqueles definidos pelo proprietário da marca, torna menor a discricionariedade do gerente local e diminui o espaço para que se aja em dissonância com a rede. Como resultado esperado pela padronização, pretende-se uma redução e economia de custo de coordenação gerado pelo uso de lojas franqueadas, se comparados aos processos menos padronizados (BITTI; AQUINO; AMATO NETO, 2013).

Fato é que o estudo das redes de franquias tem sido constantemente desenvolvido a partir de uma aproximação de estruturas híbridas de governança, que compreendem as formas de gerir transações no espectro compreendido entre mercado *spot* e a firma totalmente hierarquizada (MENARD apud BITTI; AQUINO; AMATO NETO, 2013).

Quando existem níveis maiores de padronização em relação aos atributos da função gerencial de loja, em consonância com o mecanismo de incentivo, há tendência em tornar os benefícios da manutenção da propriedade da loja, por parte do franqueador, superior aos custos de agência, ou seja, torna-se mais fácil a mensuração em termo de resultados do desempenho da unidade (BITTI; AQUINO; AMATO NETO, 2013). Assim, a definição e a aplicação de uma padronização almejam como resultado uma maior coordenação na atividade empresarial de todos os envolvidos na cadeia produtiva.

A elevação desses padrões, “tende-se a reduzir disputas com relação ao preço dos diversos insumos envolvidos na produção, incluindo a compensação do gerente”. Diante disso, sendo maiores os níveis de

“padronização com relação aos atributos da função de gerente de loja, em equilíbrio com mecanismos de incentivo,” acaba-se por elevar os benefícios em relação aos custos de agência. “Se uma loja é caracterizada por processos altamente automatizados, por exemplo, a mensuração do desempenho dessa unidade é facilitada em termos de medição de resultados” (BITTI; AQUINO; AMATO NETO, 2013, p. 5-6).

Os atores econômicos decidem estrategicamente pela governança mais eficiente, traçada nas particularidades dos ativos, nas periodicidades das negociações e nas administrações das assimetrias informacionais, isso é muito bem explanado pelo viés institucionalista da economia dos custos de transação (PAULILLO; PINOTTI, 2006).

Quando se fala em contratos de franquia, seu desempenho é melhor observado no segmento varejista, gerando neste setor maior desempenho. Fato é que para o pleno funcionamento dessa rede os esforços para uma coordenação devem ser elevados na mesma proporção e, com isso, refletem em toda a cadeia da atividade empresarial. A tomada de decisão é recorrente para qualquer setor, porém no varejo esse cuidado deve ser redobrado, até mesmo pela dinâmica da economia e seu reflexo no setor.

Nos contratos de franquias de redes varejistas, na maioria das vezes, incube ao franqueador coordenar a cadeia de fornecimento. Assim, nesse modelo de negócio, em princípio, o fabricante/franqueador é o líder e o varejista é o seguidor (XIE *et al.*, 2013).

Observa-se, segundo o princípio da revelação (FUDENBERG, TIROLE, 1991. apud XIE *et al.*, 2013), ou o fabricante oferece um contrato para compelir a revelação de informações verdadeiras ou o varejista pode decidir por transmitir sua credibilidade de informações à parte desinformada.

Essa busca pelo equilíbrio de informações, seja através de qualquer mecanismo utilizado, deve ser visto como um estímulo ao encontro dos

interesses comuns, para o franqueador, o desenvolvimento da rede com solidez, e ao franqueado sua capacidade de produzir lucro.

Dessa maneira, qualquer equilíbrio de estratégias racionais para o varejista pode ser simulado por um mecanismo equivalente de relação direta compatível com incentivos. Assim, é aceitável se concentrar nos contratos em que o varejista revelará suas informações particulares pela opção que escolher. A problemática a ser superada é determinar um menu de contratos que possa maximizar o lucro total esperado pelo fabricante/franqueador. Pois este não só deseja que o varejista escolha um nível de serviço que maximize o lucro total do canal, mas também que obtenha lucro. Para que se consiga isto, o fabricante tem que oferecer ao varejista informações que detém (XIE *et al.*, 2013).

Destarte, a troca de informações é uma via de mão dupla devendo os integrantes da relação empresarial agir de forma a garantir o desenvolvimento recíproco. Na rede empresarial, onde se busca é a contribuição mútua, ou seja, todos os interlocutores devem estar com o nível de confiança elevado, para que possam agir com a seriedade e o comprometimento que uma rede necessita.

É importante ressaltar que esse entendimento se extrai do conceito de rede empresarial segundo a própria sociologia, quando se diz que os elementos de análises são as relações e a legitimidade dos atores que compõem a rede (PINEDA, PINEDA, 2017).

Logo, se o contrato entre dois agentes que possuem informações assimétricas não estabelecer uma espécie de incentivo, tornar-se-á provável o surgimento do chamado Moral Hazard (COSTA, 2008).

Costa (2008, p. 61) exemplifica o entendimento do que vem a ser Moral Hazard, veja-se:

[...] pode-se resumir que dada uma relação contratual entre dois ou mais agentes econômicos, e um deles toma decisão que afeta

seu nível de utilidade e a dos demais envolvidos, sem que os demais saibam a priori qual será essa ação, então essa ação será denominada de Moral Hazard.

Diante disso, a criação de incentivo, aplicação e monitoramento devem ser previstos nos contratos (COSTA, 2008). Assim, mesmo com a presença da incompletude contratual, a diminuição da assimetria de informação nos contratos de rede de franquias contribuirá com a aproximação dos envolvidos na atividade empresária e, com isso, almeja-se a capacidade do crescimento do franqueador e o desenvolvimento lucrativo do franqueado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Legislação Pátria esclarece o conceito legal do que vem a ser o contrato de franquia e, a partir dessa estrutura conceitual, identifica-se que tal contrato, mesmo celebrado de forma bilateral, experimenta interesses coletivos, compartilha seus objetivos individuais com todos que pertencem à rede de contratos da franquia.

Essa coletividade é compreendida de forma cooperada e coordenada nas relações entre os agentes, que mesmo mantendo sua autonomia jurídica, necessitam de informações e monitoramento recíprocos. Uma das características que envolve o contrato de franquia é, justamente, a gestão da estrutura de governança entre o franqueador e o franqueado.

Dessa forma, buscou-se, inicialmente, apresentar o conceito legal exarado pela Lei de Franquias para elucidar a temática tratada em legislação pátria e, com isso, através de olhar doutrinário, explanou-se o elemento sistema, este que foi identificado como sendo baseado através de coletividade, cooperação e coordenação. Retratou-se, assim, a importância de cada elemento que, por vezes, caminha de forma concomitante.

Abordou-se a necessidade do alinhamento dessa tríade (coletividade, cooperação e coordenação) para que se construa uma rede com menor disparidade das assimetrias de informações constantes nesse gênero contratual.

Finalmente, pode-se afirmar que há particularidades na formação da rede dos contratos de franquia, sendo abordado com ênfase, neste artigo, a relação intrínseca entre o franqueador e o franqueado, com o olhar na equidade de informações pré e pós-contratual. Entendendo, assim, que o dever da informação parte de ambas as partes.

No que diz respeito às informações pré-contratual, por exemplo, quando da prestação de informações do franqueador – evidente, inicialmente, na circular de oferta de franquia – ao pretendente ingressante na rede, observa-se que este deve transmitir informações, ou seja, informar sua capacidade em dispor de tempo, sua experiência em administração de negócio, desenvoltura comercial, além da disponibilidade de recursos financeiros para ingressar no negócio.

Dado o exposto, pode-se discorrer que as informações serão tratadas durante todo o período em que a relação se mantiver. Assim, durante a vigência da relação comercial, o franqueador deverá, na maioria das vezes, ser o próprio fornecedor da matéria-prima, além de gerir o crescimento de toda a rede, enquanto o franqueado será o responsável pela operação local entregando o produto ou serviço ao consumidor final. Logo, o funcionamento harmônico dependerá, dentre outros fatos, da correta transmissão informacional, seja para o franqueador ao repassar as atualizações e especificações dos insumos ou atualizações profissionais, seja para o franqueado na transmissão das informações de gerência dos dados levantados pelo regional, tanto financeiras quanto de atendimento aos clientes. Pois, essas informações podem impactar na rede como um todo, por exemplo, se a capacidade comercial e o poder de compra de um determinado franqueado diminuir, a rede terá que absorver os insumos faltantes ou terá impacto no preço quando realizarem novas compras. Outro exemplo que requer o monitoramento constante é a

capacidade dos agentes em manter a imagem positiva da marca do negócio, pois da mesma maneira, causará impacto, negativo ou positivo para a rede.

Assim, não há dúvidas de que mesmo sendo a relação contratual celebrada de forma bilateral, não se pode deixar a coletividade, o cooperativismo e a coordenação desalinhados, sendo imprescindível a simetria da informação, uma vez que este é o ponto crucial para o caminhar harmônico da relação interna nos contratos de franquia.

REFERÊNCIAS

BITTI, E. J. S.; AQUINO, A. C. B.; AMATO NETO, J. Monitoramento e coordenação em redes de franquia: dispersão geográfica e automação impactando o mix contratual. **Revista de Contabilidade e Organizações**, n. 18, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/rco.v7i18.55275>. Acesso em: 4 jun. 2022.

BRASIL. Lei 13.966/2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 27 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13966.htm.

COSTA, D. R. de M. Moral Hazard na relação contratual entre cooperativa e cooperado. **RCO - Revista de Contabilidade e Organizações**, v. 2, n. 4, p. 55-74, set./dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/rco.v2i4.34721>. Acesso em: 4 jun. 2022.

LAGASSI, V.; FERREIRA, J. de S. O contrato de franquia sob o crivo da Lei de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 6, n. 2, p. 23-29, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2020.v6i2.7212>. Acesso em: 4 jun. 2022.

LORENZETTI, R. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70573> Acesso em: 4 jun. 2022.

PINEDA, M. S.; PINEDA, L. S. El conocimiento, determinante en procesos de asociatividad: una experiencia en conformación de redes empresariales. **Encuentros**, v. 15, n. 2, p. 83-92, jul./dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-58582017000200083. Acesso em: 4 jun. 2022.

PINOTTI, R. N.; PAULILLO, L. F. de O. A estruturação da rede de empresas processadoras de aves no Estado de Santa Catarina: governança contratual e dependência de recursos. **Gestão & Produção**, v. 13, n. 1, p. 167-177, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-530X2006000100015>. Acesso em: 4 jun. 2022.

RIZZARDO FILHO, A. **Curso de redes contratuais**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2022.

WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

XIE, W. et al. Contract design for cooperative product service system with information asymmetry. **International journal of production research**, v. 52, n. 6, p. 1658-1680, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/00207543.2013.847293>. Acesso em: 23 jul. 2022.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AUTODETERMINAÇÃO REPRODUTIVA: UMA ANÁLISE SOBRE O EXERCÍCIO DE DIREITOS EXISTENCIAIS NA (NOVA) TEORIA DAS INCAPACIDADES

Anita Spies da Cunha¹

Fernanda Maria Grasselli Freitas²

INTRODUÇÃO

Conduzir a própria vida e fazer as próprias escolhas de forma livre, autônoma e independente é ser dono de si mesmo. A construção da individualidade, assim, é elemento central da dignidade, e envolve tanto a decisão sobre aspectos íntimos da vida como também a participação na sociedade. Portanto, “[a] autodeterminação, especialmente nas questões afetas à própria existência, decorre da dignidade da pessoa humana e não da capacidade civil.” (ALMEIDA, 2019, p. 159). Tendo em vista que a capacidade civil e o tratamento jurídico das incapacidades foram moldados a partir de aspectos patrimoniais, sua aplicação para regular o exercício de direitos existenciais exige que o aplicador do Direito adapte os institutos, o que nem sempre traz respostas satisfatórias e adequadas ao caso concreto.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Mestra em Direito pela UFRGS, com ênfase no Direito Europeu e Alemão vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Graduada em Direito pela Unisinos. E-mail: anitadacunha@hotmail.com.

² Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Formada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Colaboradora do Grupo Fundamentos Epistêmicos da Bioética - UNISINOS - RS e da Clínica de Direitos Humanos - CDH UFPR. Coordenadora do Projeto de Educação Ambiental REICLAR. E-mail: freitasegrasselliadvocacia@gmail.com.

A incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência à Constituição Federal, pelo o rito do artigo 5º, §3º da CF em 2008, seguida da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2015, gerou uma mudança de paradigma que acabou por lançar luz sobre a questão dos direitos existenciais de pessoas com deficiência. Isso porque, a partir de então, passou a ser reconhecida a autonomia e a importância da independência dessas pessoas, que, até então, sob um argumento protecionista, tinham suas vontades invisibilizadas e neutralizadas pelo Estado.

Embora a deficiência (neste trabalho, especialmente, a de natureza mental) seja parte da diversidade humana, por muitos anos, prevaleceram políticas de segregação, paternalismo e normalização dos corpos com deficiências.³ Como explica Flávia Piovesan (2008, p. 214-215), a história dos direitos humanos das pessoas com deficiência pode ser separada em quatro momentos: 1) a fase da intolerância, quando a deficiência estava relacionada à impureza, ao pecado, até mesmo sendo considerada um castigo divino; 2) a fase da invisibilidade, em que essas pessoas não eram vistas como sujeitos de direito; 3) a fase assistencialista, quando a deficiência era considerada uma doença a ser curada, numa perspectiva médica; e 4) uma fase orientada pelos direitos humanos e voltada à inclusão social, na qual o problema está na relação do indivíduo com o meio, sendo dever do Estado eliminar, quando possível, os obstáculos e barreiras que prejudicam o pleno exercício dos direitos.

Essa última fase se inicia justamente após a Convenção, que inaugura um novo conceito de deficiência, chamado de modelo social, para o qual “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL, 2009). A deficiência, então, não está na pessoa, mas no

³ O Brasil, inclusive, foi condenado, em 2006, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela morte de Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental. Após ser internado em um hospital psiquiátrico, ele foi torturado e morto dentro da instituição manicomial.

mundo com o qual ela interage. Nesse contexto, não é mais possível negar às pessoas com deficiência o acesso e o exercício de direitos fundamentais, sob o fundamento de que elas não conseguiriam exercer esses direitos.

A Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência adentram o mundo jurídico com a missão de alterar, também, o comportamento social. Agora, em vez de negar sumariamente o exercício dos direitos, especialmente os existenciais, a sociedade deve se esforçar para possibilitar que a pessoa com deficiência consiga exercê-los, com as adaptações necessárias, eliminando ou reduzindo as barreiras que existam no caso concreto. E, devido ao status constitucional da Convenção, essas inovações geram um efeito *cliquet*, ou seja, uma proibição de retrocesso, implicando na abolição permanente da perspectiva assistencialista e limitadora que antes vigorava no Brasil.

Esse (não mais tão novo) tratamento dado às pessoas com deficiência teve como consequência a revolução na teoria das incapacidades do direito civil brasileiro, que foi profundamente alterada para tentar atender à demanda de mais autonomia às pessoas com deficiência. Entretanto, como será demonstrado, as mudanças não foram suficientes para permitir a essas pessoas o exercício dos direitos existenciais, de forma que elas continuam encontrando entraves, especialmente em se tratando de direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a investigar o exercício de direitos existenciais por pessoas com deficiência, especialmente o direito à autonomia reprodutiva. Para tanto, a primeira parte do trabalho apresenta a bipartição atual da teoria das incapacidades, que tem diferentes regimes de capacidade para os direitos patrimoniais e os direitos existenciais. Na segunda parte do trabalho, a pesquisa volta-se para um direito existencial em concreto: o direito à autodeterminação reprodutiva, em especial da esterilização voluntária, analisando a problemática decorrente do seu exercício por pessoas com deficiência e propondo a capacidade de consentir como forma de preencher as lacunas deixadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1 ENTRE O SER E O TER: A NOVA BIPARTIÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Tanto na vigência do Código Civil de 1916, quanto no texto original do Código Civil de 2002 (antes da alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), existia no Brasil um sistema bipartido na teoria das incapacidades, que separava as pessoas com e sem deficiência entre capazes e incapazes, sem considerar as particularidades do caso concreto. Assim, as pessoas com deficiência mental e os excepcionais (ou, no CC/16, os “loucos de todo gênero”) eram consideradas incapazes. A partir de 2002, essa incapacidade até apresenta uma subdivisão, podendo ser incapacidade plena, no caso de quem “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, ou incapacidade relativa, para quem “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e para “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (BRASIL, 2002a).

De todo modo, tanto no Código de 1916 quanto no Código de 2002, a incapacidade era definida a partir do critério médico, analisando a patologia, a deficiência, e não a pessoa e suas habilidades. Bastava, portanto, a prova da deficiência para que a pessoa fosse interditada e sua vontade se tornasse irrelevante para o Direito. Sua vontade era substituída pela vontade do representante, “fomentando um processo de reificação da pessoa com deficiência”. (TERRA; TEIXEIRA, 2019). Para Rosenvald (2015), essa transferência compulsória das decisões e escolhas (tanto patrimoniais quanto existenciais) para o curador resultava na morte civil da pessoa, privando-a de seus direitos fundamentais.

O modelo de incapacidade civil da época tinha um viés protecionista: a privação de direitos não era para prejudicar a pessoa com deficiência, mas para protegê-la diante de sua falta de discernimento. Assim, a pessoa com deficiência era alguém que precisava de extrema proteção do Estado, sem condições de

sobreviver socialmente sem uma ampla representação, sem condições de gerir autonomamente a própria vida. (FLEISCHMANN; FONTANA, 2020)

Ao mesmo tempo, essa anulação da pessoa deficiente também tinha como fundamento uma suposta segurança jurídica, com o objetivo de afastar das relações patrimoniais aqueles que se conduzissem diferente (ROSENVALD, 2015). Embora a Constituição Federal de 1988 tenha elevado a dignidade humana à fundamento da República, e o Código Civil de 2002 tenha tentado romper com o sistema patrimonialista que até então existia, a teoria das incapacidades do “novo” Código ainda se mostrava especialmente intolerante com a diversidade: “Ao ideal de segurança jurídica só convinha dialogar com aqueles que desempenhassem adequadamente os papéis determinados pela legislação, basicamente aqueles relacionados a uma adequada performance produtiva” (ROSENVALD, 2015).

Essa realidade se altera com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, a partir de então, não existe mais sujeito sem vontade. O Estatuto abole a figura da pessoa maior absolutamente incapaz, deixando a incapacidade absoluta exclusivamente para os menores de 16 anos. A partir dos 16 anos, em caso de incapacidade, essa será relativa, limitada a atos patrimoniais e não terá qualquer relação com a deficiência mental: o critério é, exclusivamente, poder ou não exprimir sua vontade.⁴ A pessoa com deficiência, assim como qualquer pessoa, é, em regra, capaz.

Entretanto, embora superada a bipartição capaz (pessoas sem deficiência) x incapaz (pessoas com deficiência), o Estatuto inaugura uma nova e também problemática bipartição: a incapacidade relativa para determinados atos patrimoniais x a capacidade plena para todos os demais atos, especialmente

⁴ Para Lara, pelo que dispõe o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bastaria para a capacidade que a pessoa possa exprimir alguma vontade, ainda que “embaçada pela deficiência mental ou intelectual”, ou seja, ainda que essa vontade não fosse verdadeiramente autônoma. Nesse sentido, a autora defende que o critério do discernimento ainda deve ser observado: “O ordenamento jurídico não pode se contentar com a mera expressão da vontade. Ao contrário, deve privilegiar uma vontade consciente e que traduza a real intenção do agente” (LARA, 2019, p. 60).

os existenciais. Visando emancipar as pessoas com deficiência, o Estatuto acaba ignorando as necessidades de determinadas pessoas que realmente não podem exprimir sua vontade, e, conseqüentemente, ficam impossibilitadas de exercer aqueles direitos que a curatela não alcança:

Se antes tinha-se um sistema inflexível no sentido de que não havia ponderação alguma, onde considerava-se toda pessoa com deficiência mental como absolutamente incapaz, mesmo que pudesse exprimir sua vontade, agora tem-se rigidez no sentido de ignorar a existência de pessoas que de fato necessitam de uma “curatela absoluta” para todos os atos da vida. O problema não está no texto legal, mas sim no âmbito de sua aplicação. (FLEISCHMANN; FONTANA, 2020, p. 7).

Nesse contexto, a primeira parte do trabalho foca justamente nesse tratamento bipartido que o direito civil atual dá aos direitos patrimoniais e para os direitos existenciais. Num primeiro momento, será abordado o exercício de direitos patrimoniais e os critérios e formas de limitação, para, então, tratar do exercício dos direitos existenciais por pessoas com deficiência.

1.1 O VIÉS PATRIMONIAL DAS INCAPACIDADES CIVIS E A CURATELA LIMITADA

A teoria das incapacidades, tanto antes quanto depois do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi moldada para a administração do patrimônio,⁵ prevendo a representação e a assistência como formas de suprimento da vontade, institutos que são adequados para a realização de negócios jurídicos patrimoniais. Sendo a incapacidade das pessoas com deficiência, no máximo, relativa, a regra é a assistência pelo curador, sendo que a doutrina, como

⁵ Nesse sentido, Almeida (2019, p. 174): “É de se registrar, por oportuno, que a construção do conceito de capacidade jurídica, e, por conseguinte, de incapacidade civil e sua regulamentação, ainda vigente no Brasil, teve orientação liberal, vocacionada para atos de natureza patrimonial. O vigente CC promoveu algumas modificações no instituto da incapacidade, mas que foram pontuais, sem realizar uma profunda alteração no regime já tão criticado desde o Código pretérito, deixando, inclusive, de tratar de situações existenciais”.

Almeida (2019), defende ser possível, excepcionalmente, que a decisão judicial determine a representação, quando não houver nenhuma capacidade de exprimir a vontade, como, por exemplo, uma pessoa em coma.

As figuras de assistência e representação também precisam ser ressignificadas com a alteração promovida pelo Estatuto, transformando-se em instrumentos de apoio e auxílio para a promoção da autonomia da pessoa com deficiência: “Não mais como mera substituição de vontade, pois deverá o curador respeitar os traços volitivos, declarados ou reconstruídos, da pessoa com deficiência, com margem de atuação limitada à proteção e ao superior interesse da mesma” (ALMEIDA, 2019, p. 216). No mesmo sentido, para Lara (2019, p. 59), quando o representante tiver que tomar uma decisão em nome da pessoa com deficiência, deve fazê-lo tentando colocar-se no lugar dessa pessoa, decidindo conforme o sistema de valores dela, buscando agir como ela teria agido se pudesse expressar sua vontade e, quando possível, deve pautar-se pelos desejos expressados previamente ou que possam ser deduzidos de suas condutas.

Entretanto, antes das modificações trazidas pelo Estatuto, a assistência e a representação, como substituição de vontade, abarcavam todos os atos, independentemente de sua natureza, permitindo, inclusive, a substituição da vontade no exercício de direitos existenciais. Atualmente, por outro lado, há limitação expressa no artigo 85 do Estatuto, prevendo que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. E, inclusive no âmbito patrimonial, o alcance da curatela é bastante reduzido, tendo em vista que ela alcança apenas os atos determinados na sentença de curatela, que estabelece o projeto terapêutico individualizado.

Aqui reside uma das principais diferenças quanto ao regime de incapacidade referente a atos patrimoniais antes e depois do Estatuto. Isso porque, antes dele, não havia possibilidade de mitigação dessa incapacidade: uma vez declarada, a incapacidade alcançava todos os atos patrimoniais.

Agora, a curatela será limitada no caso concreto, e o juiz, ao nomear curador, “fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito”. Esses limites serão fixados considerando “as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.” (artigo 755 do CPC) (BRASIL, 2015a). No mesmo sentido, o Estatuto, no artigo 84, §3º, prevê que a curatela é medida extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e com a menor duração possível (BRASIL, 2015b).

A legitimidade do representante, portanto, existe apenas para aqueles atos que a pessoa com deficiência não pode realizar sozinha, devendo o juiz, com o auxílio da entrevista pessoal e da equipe multidisciplinar, fixar esse âmbito de abrangência. (LARA, 2019, p. 59). Quanto aos atos que não constarem na sentença, a pessoa com deficiência terá plena capacidade a autonomia para realizar, sem necessitar de assistência ou representação (ALMEIDA, 2019, p. 240).

A curatela se torna, então, um instrumento de proteção e promoção da autonomia da pessoa com deficiência, permitindo que se preserve o processo decisório na medida da compreensão cognitiva de cada pessoa, numa verdadeira “personalização da curatela”, que enxerga as necessidades reais da pessoa para criar uma “curatela sob medida” (ALMEIDA, 2019, p. 244).

Por isso, ao afirmar que uma curatela digna é aquela flexibilizada e moldada às necessidades da pessoa humana que necessita de apoio, permite-se a travessia da abstração do indivíduo idealizado pela norma ao ser humano real e concreto, com todas as suas vulnerabilidades e potencialidades (ALMEIDA, 2019, p. 244).

No mesmo sentido, para Fleischmann e Fontana (2020), essa ponderação da proteção, atendendo ao grau de discernimento e autonomia de cada pessoa, expressa “o acolhimento de um direito civil-constitucional atento à melhor expressão da dignidade humana.”. Acontece que ela está prevista, no

ordenamento jurídico brasileiro, exclusivamente para os atos patrimoniais. Para os atos existenciais, como será visto no próximo ponto, o atual regime jurídico estabelece um regime de plena capacidade e autonomia. Segundo Terra e Teixeira (2019), “o mero estabelecimento de uma disciplina única para os requisitos de validade dos atos patrimoniais e existenciais se revela incompatível com a axiologia constitucional”, sendo verdadeiramente necessário um tratamento diferenciado para o exercício de direitos patrimoniais e existenciais.

1.2 A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS EXISTENCIAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em mais de um momento, reafirma a capacidade plena da pessoa para exercer direitos existenciais. No capítulo II – “Da igualdade e da não discriminação”, o Estatuto traz um rol de direitos que não têm seu exercício limitado pela deficiência, elencando direitos reprodutivos, sexuais e familiares:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015b).

No artigo que trata da curatela, enquanto o *caput* estabelece que a curatela afeta apenas direitos patrimoniais, o §1º frisa que a curatela não alcança determinados direitos existenciais:

Art. 85. A curatela afetar  tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

  1  A defini o da curatela não alcança o direito ao próprio corpo,   sexualidade, ao matrim nio,   privacidade,   educa o,   saúde, ao trabalho e ao voto. (BRASIL, 2015b).⁶

Quanto ao direito ao casamento, o Estatuto também alterou o artigo 1.550 do Código Civil, que passou a prever que “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade n bia (sic) poderá contrair matrim nio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.”. Há, aqui, uma contrariedade no Estatuto, uma vez que o casamento   ato personalíssimo, não se admitindo que a vontade para o contrair seja expressa pelo curador.⁷

Além disso, embora o texto do artigo 85 exclua expressamente o direito ao próprio corpo e o direito   saúde do alcance da curatela, o mesmo Estatuto traz dispositivos que autorizam o suprimento do consentimento da pessoa com deficiência, flexibilizando a disposi o restritiva.⁸

Na medida em que se reconhece que a dignidade humana está diretamente relacionada com a constru o da individualidade e com a possibilidade de decidir sobre aspectos íntimos da vida,   importante assegurar às pessoas com deficiência submetidas   curatela “espaços de liberdade dentro dos quais possa exercer sua autonomia, por menor e mais

⁶ Exemplificando, o direito ao próprio corpo abarca o de fazer tatuagens, piercings e cirurgias est ticas; o direito   sexualidade abrange a defini o da orienta o sexual e a mudança de sexo; o direito   privacidade alcança inclusive a liberdade de crença; o direito   educa o diz respeito   escolha da própria forma o; o direito   saúde permite tanto a escolha dos tratamentos (ou de não realizar um tratamento) como a escolha do médico. (ALMEIDA, 2019, p. 246).

⁷ Sobre isso, defende Almeida (2019, p. 242) que “a melhor interpreta o para o dispositivo mencionado consiste no papel de apoio e de auxílio do curador, permitindo e facilitando a emissão de vontade durante o processo comunicacional da pessoa curatelada perante o oficial de registro civil, mas nunca em seu lugar”.

⁸ “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a interven o clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionaliza o forçada. Parágrafo  nico. O consentimento da pessoa com deficiência em situa o de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência   indispensável para a realiza o de tratamento, procedimento, hospitaliza o e pesquisa científica.   1  Em caso de pessoa com deficiência em situa o de curatela, deve ser assegurada sua participa o, no maior grau possível, para a obten o de consentimento.” (BRASIL, 2015b).

singela que seja”. Entretanto, “[n]ão é porque o Estatuto determina que as pessoas com deficiência gozam de plena capacidade para a prática de certos atos existenciais que eles realmente serão capazes de exercê-los por si só.” (TERRA; TEIXEIRA, 2019).

Como explica Lara (2019, p. 53), “quando o Estatuto afirma que todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual são capazes, não está automaticamente concedendo autonomia a elas.” Enquanto capacidade de fato é uma situação jurídica, que pode ser abstratamente atribuída a qualquer um, a autonomia é uma realidade fática, que não pode ser efetivamente criada pela lei. “A entrada em vigor do Estatuto, em janeiro de 2016, não operou um passe de mágica e tornou todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual capazes efetivamente de entender as circunstâncias fáticas, deliberar, tomar decisões conscientes e comunicá-las aos demais” (LARA, 2019, p. 53).

Dar capacidade plena às pessoas com deficiência, nos casos em que elas não têm o discernimento necessário para exercer essa capacidade, não é muito diferente do regime pré-Estatuto, que, enquanto negava a capacidade à totalidade das pessoas com deficiência, adotava “um esquema formal e abstrato, elaborado a partir de um sujeito etéreo e fictício, e que ignora a complexidade da vida real.” (TERRA; TEIXEIRA, 2019).

A partir de uma leitura constitucional do Estatuto, impõe-se, portanto, com razoabilidade, e visando a proteção e o melhor interesse da pessoa com deficiência, que essa plena capacidade seja interpretada de forma a evitar que uma decisão tomada sem a necessária compreensão e discernimento implique em lesão aos interesses da pessoa com deficiência, pois “o respeito a esses direitos e a autonomia existencial não significam o abandono da pessoa a suas próprias decisões” (ALMEIDA, 2019).

Entretanto, ao ignorar os casos em que a pessoa efetivamente precise de assistência para exercer seus direitos existenciais, o Estatuto deixa de fornecer instrumentos que coordenem essa assistência. Na ausência de mecanismo

próprio para tais circunstâncias, poderia o operador do direito recorrer ao instituto da curatela e às ferramentas de assistência e representação do Código Civil, voltados aos direitos patrimoniais. Entretanto, essa não parece a melhor solução, pois “parece equivocado igualar, a priori e abstratamente, os requisitos relativos ao elemento vontade para a prática de atos patrimoniais e para a prática de atos existenciais.” (TERRA; TEIXEIRA, 2019)

Diante disso, Almeida (2019, p. 221) defende a necessidade de institutos com finalidades específicas para o campo existencial, “evitando-se adaptações que, apesar de bem-intencionadas, nem sempre atendem à função perseguida.” Por outro lado, Lara (2019, p. 59) entende que a curatela também deve permitir a representação da pessoa com deficiência nas suas questões pessoais, quando faltar-lhe o discernimento necessário. Nesses casos, caberia ao julgador analisar as aptidões de cada curatelado no caso concreto. Além disso, para o exercício de direitos existenciais, especialmente os sexuais e reprodutivos, poder-se-ia utilizar o critério da capacidade para consentir, que será objeto da segunda parte deste artigo.

Conclui-se que o curador poderá representar a pessoa incapaz em atos patrimoniais e existenciais, desde que respeitados os limites da curatela dispostos na sentença. Não se admite, contudo, decisão judicial que suprima todas as decisões existenciais da pessoa com deficiência, uma vez que “[s]uprimir completamente a liberdade existencial da pessoa é atentatório à sua condição humana.” (ALMEIDA, 2019, p. 241).

Necessário, portanto, encontrar um equilíbrio entre a preservação da autonomia da pessoa com deficiência e a necessidade de sua proteção:

Se a proteção é posta em excesso, para além do estritamente necessário ao caso, tem-se tirania, sujeição da pessoa e grave ofensa à sua dignidade, entendida como autorrealização. De outro lado, se a proteção falta onde seria essencial, tem-se o abandono da pessoa à própria sorte, que fica vulnerável à exploração e ao julgo dos demais. (LARA, 2019, p. 53).

Esse paradoxo entre autonomia e proteção da pessoa com deficiência fica mais evidente quando se analisa o exercício de direitos existenciais em concreto. Tomando como exemplo o direito à esterilização voluntária, percebe-se que há um alto nível de protecionismo que acaba dificultando ou até mesmo impedindo o acesso de pessoas juridicamente incapazes a esse procedimento, até mesmo quando há seu consentimento. Aqui, fica nítida a insuficiência do instituto da curatela para assistir os incapazes no exercício de direitos existenciais, de forma que, para a solução dessa questão, é necessário um aporte da bioética. Assim, visando relacionar a problemática da capacidade, apresentada neste capítulo, com um direito existencial em concreto, o próximo capítulo abordará o exercício de direitos sexuais e reprodutivos e, especialmente, a esterilização voluntária por pessoas com deficiência.

2 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DE INCAPAZES E A LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O livre exercício da sexualidade, dissociado de qualquer tipo de coerção, foi reconhecido no âmbito internacional como parte integrante dos Direitos Humanos na Conferência Mundial das Mulheres, realizada no ano de 1995, em Pequim. Antes disso, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável pelo reconhecimento da universalidade dos Direitos Humanos (artigo 5º) e, em particular, dos direitos sexuais e reprodutivos (DSR), como componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal. (VIOTTI, 1995, p. 148-150).

Com isso, esses “novos direitos” entraram para a agenda das obrigações positivas dos Estados signatários, obrigando-os a editar normas para regulamentar, proteger e dar efetividade aos DSR. No contexto brasileiro, esses direitos foram incorporados ao ordenamento pátrio quando da

promulgação da Lei do Planejamento Familiar (BRASIL, 1996), que abarcou, dentre outros temas, a saúde sexual e a saúde reprodutiva.⁹

Nesse cenário, a contracepção se tornou peça fundamental para a concretização da separação conceitual desses direitos, possibilitando, especialmente às mulheres, autonomia sobre sua vida sexual completamente dissociada do fim procriativo, instrumentalizando a autodeterminação reprodutiva.

Dentre os métodos contraceptivos hodiernamente reconhecidos, chama bastante atenção o tratamento legal diferenciado que o procedimento cirúrgico de esterilização voluntária recebe frente aos demais. Uma das hipóteses para tal postura legislativa é o histórico da utilização do procedimento para fins punitivos ou eugênicos. Isso porque, a contracepção cirúrgica surgiu no século XIX, com a primeira laqueadura que se tem registro datada de 1881, e a primeira vasectomia realizada em 1889 em jovens do Reformatório do Estado de Indiana, nos Estados Unidos, como forma de esterilização punitiva. (BOTTEGA, 2007, p. 49).

Ainda, na Europa, países como a Suíça, a Dinamarca e a Suécia criaram legislações específicas para a realização de esterilização compulsória em

⁹ O conceito de saúde reprodutiva utilizados pelo Ministério da Saúde no Caderno de Atenção Básica à Saúde é o mesmo estabelecido pela Conferência Internacional dos Países em Desenvolvimento, ocorrida no Cairo em 1994, que ampliou e ratificou o conceito de saúde reprodutiva definido em 1988 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme se lê *in verbis*: “A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. [...] por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Implícito nessa última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos de regulação da fecundidade, de sua escolha, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde [...] Isso inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.” Como Saúde Sexual o documento dispõe a definição elaborada pelo HERA (Health, Empowerment, Rights and Accountability), qual seja: “A saúde sexual é a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem riscos de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação. A saúde sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na autoestima, que implica abordagem positiva da sexualidade humana e respeito mútuo nas relações sexuais [...]” (HERA apud CORRÊA; ALVES; JANUZZI, 2006, p. 45; BRASIL, 2013, p. 13).

anormais e doentes mentais. Na Alemanha, durante a 2ª Guerra Mundial, com a ascensão da ideologia nazista, ocorreram procedimentos de esterilização compulsória nos campos de concentração sob o argumento da purificação da espécie, com a esterilização de judeus, judias e pessoas com doenças mentais. Na década de 60, a Índia utilizou a técnica como meio de controle de natalidade e, nos Estados Unidos, a década de 70 foi marcada por leis de vários estados para a esterilização eugênica e/ou punitiva, leis estas que, posteriormente foram consideradas inconstitucionais. (BOTTEGA, 2007, p. 50).

Só no final do século XX, com a valorização da dignidade da pessoa, a esterilização passou, de uma imposição do Estado para o controle de natalidade e eugenia¹⁰, para compor o direito de liberdade de disposição do próprio corpo para fins do exercício da saúde sexual e reprodutiva.

2.1 AUTODETERMINAÇÃO REPRODUTIVA E A ESTERILIZAÇÃO COMO MÉTODO CONTRACEPTIVO

No Brasil, a concretização da autodeterminação reprodutiva, especialmente quanto à contracepção através procedimento cirúrgico, esbarra em diversas exigências que ultrapassam quaisquer limites da autonomia, ferindo sobremaneira liberdades individuais. Isso porque, para o acesso à esterilização via laqueadura ou vasectomia, a capacidade para os atos da vida

¹⁰ Francis Galton, primo de Charles Darwin, desenvolveu sua teoria sobre a possibilidade de melhoramento da espécie humana, nominando-a de eugenia, palavra de origem grega que significa em tradução livre: eu no sentido de “bom”, e gene “linhagem”, “raça” ou “parentesco”. O termo aparece pela primeira vez em seu livro *Inquires into Human Faculty and its development*, e na primeira nota de rodapé o porquê do uso desse termo, o qual se transcreve *in verbis*: “*That is, with questions on what is termed in Greek, 'eugenes', namely, good of stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, 'eugeneia', etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea ; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture, which I once ventured to use.*” (GALTON, 1883, p. 24-25)

civil é relativizada, sendo insuficiente para a realização desse tipo de cirurgia. Exige-se, ainda, idade mínima de 25 anos, ou a existência de pelo menos dois filhos, além do consentimento do cônjuge na vigência da sociedade conjugal.¹¹

Também, antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a esterilização cirúrgica das pessoas então consideradas como “absolutamente incapazes” era permitida, porém mediante autorização judicial.¹² Com o advento da Lei nº 13.146/2015, e consequente modificação da Teoria das Incapacidades, vastamente explanada no título anterior, a esterilização compulsória de pessoas com deficiência restou tacitamente revogada.

E nesse contexto, o tema ambienta discussões acaloradas: de um lado, a preocupação com a esterilização eugênica¹³ e a defesa da concretização dos DSR e das liberdades individuais em sua plenitude para todas as pessoas com

¹¹ Tramitam no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A ADI 5097, do Distrito Federal foi proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP) em 2014, com o pedido de análise da constitucionalidade das exigências dispostas no artigo 10, § 5º, da Lei do Planejamento Familiar, que regulamenta o artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988. Os princípios constitucionais que estariam sendo violados são os dispostos no artigo 1º, III e artigo 5º, caput da Carta Magna, notadamente, o princípio da dignidade humana, o direito à liberdade, à igualdade e à autonomia privada. Mais recentemente, em 2018, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), na ADI 5911 incluiu, além do parágrafo 5º já questionado pela ADI 5097, o pedido de declaração da inconstitucionalidade de parte do inciso I do artigo 10. Agora não só a exigência do consentimento, mas também à exigência de idade superior a 25 anos ou existência de dois filhos vivos para a realização da esterilização cirúrgica estão em debate. Os motivos pelos quais existem duas ações tramitando no Supremo Tribunal Federal sobre mesmo tema é ter sido suscitada pelo Congresso Nacional e pela Advocacia Geral da União (AGU) a ilegitimidade da ANADEP na ADI 5097 por ausência de pertinência temática entre os seus objetivos institucionais e o objeto da ação. Em caso semelhante, na Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5581, que tramitava no STF e questionava as políticas públicas associadas ao vírus Zika e à sua síndrome congênita, foi reconhecida a ilegitimidade ativa da ANADEP, pelos mesmos fundamentos. Assim, como o julgamento das duas peças será realizado de forma conjunta, e a tendência do julgamento da ADI 5097 seja pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa da ANADEP, a ADI 5911 conseguirá ultrapassar o quesito formal, sendo julgado seu mérito. Além disso, a ADI 5911 ampliou o pedido da ADI 5097, estendendo o pedido de inconstitucionalidade às exigências de idade mínima ou a existência de dois filhos vivos

¹² “Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos [...]; II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.” (BRASIL, 1996).

¹³ Esterilização eugênica: compreendida como aquela que busca “impedir a transmissão de moléstias hereditárias, evitando prole inválida ou inútil, e para prevenir a reincidência de delinquentes portadores de desvio sexual”. (DINIZ, 2018, p. 193).

deficiência; e de outro, a preocupação com o bem estar físico e psicológico de quem que não tem capacidade para exprimir vontade e manifestar seu consentimento, especialmente naqueles casos em que a pessoa sequer consegue cuidar de si mesma ou ter entendimento sobre uma nova vida, fruto muitas vezes de violência sexual, ou simplesmente, da ausência de discernimento sobre as consequências do ato sexual em si.

Percebe-se, contudo, que o Estatuto ampliou a autonomia das pessoas com deficiência, garantindo, ainda, a proteção contra a temida e certamente demonizada esterilização eugênica. Mas também não se pode negar o fato de que, em determinados casos, a pessoa acometida por doença mental sequer compreende as mudanças corporais e hormonais que acontecem no próprio corpo durante uma gestação, e que, caso o consentimento para a realização desse procedimento esteja prejudicado ou comprometido, poderá causar severos traumas e danos irreversíveis. Nesse contexto, o referido estatuto não estaria impondo uma violência tão grave quanto a privação da fertilidade?

Percebe-se, portanto, que, em algumas situações, o respeito às liberdades individuais e a igualdade pode expor determinados grupos de pessoas a situações de violência. Se antes as discussões com relação à esterilização centravam-se na violação de direitos humanos e no estigma imposto à pessoa com deficiência, agora se concentram na ausência de proteção e afronta às liberdades individuais velada por uma aparente inclusão.

Nessa zona cinzenta entre a promoção, proteção e fruição de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência, é que uma discussão com base na bioética, e considerando os princípios da autonomia e do consentimento pode iluminar a tomada de decisão com relação à esterilização de pessoas com deficiência, especialmente daquelas sem qualquer capacidade de consentir.

Como já foi dito anteriormente, com relação à curatela, comprovada sua incapacidade relativa nas situações expressas em lei, esta não alcança os

direitos pertinentes à esfera existencial. Sendo assim, o curador ou curadora não poderá suprir o consentimento de seu curatelado ou curatelada nos assuntos relativos ao próprio corpo, à sexualidade e à saúde.

Nesse sentido, uma alternativa que pode viabilizar uma resposta para essa discussão seria a avaliação da capacidade para consentir. Diferentemente da capacidade legal, a capacidade para consentir é uma alternativa que se apresenta como uma diretriz internacional para solução nos casos em que o silêncio eloquente do EPD reverbera. Na verdade, a capacidade para consentir pode servir de parâmetro nos casos de intervenção quanto aos direitos existenciais, na ausência de parâmetros nacionais para resolução desses conflitos.

A capacidade para consentir se distingue da capacidade de exercício de direitos prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil, não existindo previsão legal expressa no nosso ordenamento jurídico. Para Judith Martins-Costa, a capacidade de consentir seria uma terceira esfera, dentro de outras duas mais amplas - a capacidade negocial, ou seja, aquela capacidade para deliberar acerca dos atos, atividades e negócios que impliquem avaliações econômicas ou patrimoniais, e a capacidade especial, por ela chamada de “capacidade especial com caráter geral” – definida por essa autora como “uma categoria de capacidade especialmente adaptada à gestão daqueles bens de personalidade que, atingindo o âmago da existência humana, são facilmente suscetíveis de violação”, ou seja, concernentes à esfera existencial. (MARTINS-COSTA, 2009, p. 324).

De acordo com Judith Martins-Costa, existem “quatro ‘momentos’ estruturantes” da capacidade de consentir:

- (i) a capacidade de decidir sobre valores, ponderando-se, racionalmente, entre os custos e os benefícios da decisão (por exemplo, ponderando se a decisão de proceder à ligação tubária está de acordo com o seu sistema de valores);
- (ii) a capacidade para apreciar os fatos, relacionando-os com os processos causais futuros (por exemplo, a pessoa deve poder prever que, uma vez feita a ligadura tubária, a chance de engravidar é mínima, exigindo outra

intervenção cirúrgica de resultados incertos); (iii) a capacidade para compreender as alternativas, avaliando, por exemplo, outros meios contraceptivos; e (iv) a capacidade para se autodeterminar com base nas informações recebidas (exemplificativamente, decidindo correr o risco da cirurgia porque seu organismo é incompatível com outros métodos contraceptivos, segundo atestado em laudo médico). (MARTINS-COSTA, 2009, p. 326-327).

Há também a classificação proposta pela British Medical Association que considera o paciente capaz quando este consegue compreender:

(i) em termos amplos e em linguagem simples, em que consiste o tratamento, os seus fins, a sua natureza e porque o tratamento lhe está sendo proposto; (ii) os seus principais benefícios, riscos e alternativas; (iii) as consequências de não receber o tratamento; (iv) possui a capacidade para tomar decisões livres de pressões externas; e (v) tem condições de reter a informação o tempo necessário para a tomada de decisão". (MARTINS-COSTA, 2009, p. 327).

Com isso, após análise minuciosa do caso concreto, a partir de uma equipe multidisciplinar, quando constatada a ausência da capacidade de consentir, deve-se promover uma proteção especial destas pessoas, especialmente para a prática de procedimentos médicos, sempre considerando seu melhor interesse, envolvendo-as no processo de decisão na medida do possível.

E, para sustentar a adoção destes critérios, os tratados internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente os artigos 3 e 12,¹⁴ a Convenção sobre

¹⁴ Em vigência no Brasil desde a promulgação do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o artigo 3 prescreve: "Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; [...] Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem

a eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher (CEDAW) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH)¹⁵, acabam formando uma hierarquia supralegal que garantem às pessoas com deficiência todo esse sistema de apoio para a tomada de decisões. (BARIFFI, 2013, p. 235).

No próximo tópico, serão analisadas decisões pré e pós Estatuto¹⁶ e discutidos os fundamentos utilizados, buscando identificar quais os critérios preponderantes nestas decisões.

2.2 (IN)CAPACIDADE E AUTONOMIA REPRODUTIVA E O PARADOXO LEGAL DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A partir de tudo o que foi exposto, importante analisar como tem sido fundamentadas as decisões proferidas pelos tribunais regionais brasileiros e pelo Supremo Tribunal Federal sobre os pedidos de esterilização contraceptiva em pessoas com deficiência. Nesse sentido, serão apresentados três casos, sendo dois do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e um do Estado do Rio Grande do Sul que foi submetido ao Supremo Tribunal Federal que, em tese, uniformizou o entendimento sobre o tema.

pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

¹⁵ Adotada por unanimidade por representantes de 191 países, em seu artigo 7, sobre os indivíduos sem a Capacidade para Consentir. Em conformidade com a legislação, proteção especial deve ser dada a indivíduos sem a capacidade para fornecer consentimento, prescreve: a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada. Declaração Universal Sobre Bioética E Direitos Humanos. Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO.

¹⁶ O Estatuto da Pessoa com deficiência entrou em vigor em 2015, mas desde 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, de 2008 foi aprovado o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Entretanto, o Estatuto causou maior impacto devido às mudanças significativas para o Direito Civil, especialmente quanto à Teoria das Incapacidades.

A primeira decisão apresentada é a Apelação Cível 9001457-36.2009.8.26.0506,¹⁷ julgada em 21/03/2019, ou seja, posterior ao EPD. Interposta por C.E.C.X, declarada absolutamente incapaz por sentença transitado em julgado em 2011, ou seja, anterior ao Estatuto, representada por sua mãe C.A.P.X¹⁸ em face das Fazendas Públicas do Município de Ribeirão Preto e do Estado de São Paulo. As recorrentes pediram a reforma da decisão para que o procedimento cirúrgico da laqueadura tubária fosse realizado pela rede pública de saúde daquele município, pedido que fora negado em 1ª instância.

Como argumentos, sustentaram que a jovem, então com 25 anos, levava uma vida promíscua, relacionando-se com várias pessoas sem o uso de métodos contraceptivos. Segundo os dados do acórdão, foi considerado que C.E.C.X tem discernimento para entender o que é um ato sexual, sabe como ficar grávida, mas fez a opção de não ter filhos, solicitando a laqueadura tubária. O ministério público opinou pela procedência do pedido.

Para a decisão, foram analisados dois laudos médicos, resultado de perícia especializada, de onde se concluiu que a apelante não teria maturidade para exercer a maternidade sozinha e que seu quadro é compatível com retardo mental leve e transtorno bipolar.

A decisão proferida, determinando a realização da cirurgia de laqueadura, considerou o risco à vida e à saúde da mulher ou do futuro conceito, pelo fato da apelante fazer uso de medicamentos que podem ser prejudiciais a ela e ao bebê durante uma possível gestação.

¹⁷ ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão de realização de esterilização definitiva – Pessoa absolutamente incapaz – Preliminar de ilegitimidade passiva afastada – Responsabilidade solidária – Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, caput e 196 da Constituição Federal) – Dever de prestar atendimento integral à saúde – Inexistência de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes – Direito à esterilização – Laudo pericial que atesta a necessidade da intervenção cirúrgica – Requisitos preenchidos – Inteligência do artigo 10, da Lei nº 9.236/96 – Precedentes desta Eg. Corte de Justiça – Reforma da r. sentença – Procedência da ação – Recurso da autora provido, restando prejudicado o apelo da Municipalidade. (TJ-SP – AC: 90014573620098260506 SP 9001457-36.2009.8.26.0506, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 21/03/2019, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/03/2019).

¹⁸ Foram utilizadas somente as iniciais para manter o anonimato das pessoas envolvidas. No acórdão seus nomes não foram anonimizados.

Chama atenção nesse julgado que, em que pese o EPD tenha modificado os institutos da capacidade civil, as pessoas consideradas absolutamente incapazes em sentença transitada em julgado antes da novel legislação, seguem sendo assim denominadas e consideradas. Nota-se, ainda, pouca ou quase nenhuma preocupação ou referência no acórdão quanto ao seu consentimento, que neste caso foi expresso, ou sobre a sua capacidade para consentir, além de breves comentários sobre o seu discernimento acerca do ato sexual e suas conseqüências. Destaca-se, no entanto, passagem de um dos laudos médicos que dispõe o seguinte: “tem discernimento em entender o que é um ato sexual, sabe como fica grávida, e fez a opção de não quer ter filhos”.

O que se extrai desse trecho, que é de extrema importância e foi pouco explorado pelo julgador, é a existência de capacidade para consentir da autora, devidamente assistida por sua curadora, demonstrando ainda capacidade de se expressar e de se autodeterminar com relação a sua saúde reprodutiva e de consentir o procedimento médico cirúrgico.

O segundo julgado analisado é a Apelação Cível 0000134-13.2013.8.26.0312, julgada em 05/03/2018 pela 6ª Câmara de Direito Público, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹⁹ C.C.A.F, considerada absolutamente incapaz antes do EPD, representada por seu pai J.A.F.N interpõe apelação em face da Prefeitura Municipal de Jiquiá, irrisignada com a improcedência do pedido no juízo *a quo*, para que seja submetida à realização de cirurgia de laqueadura tubária. O parecer da Procuradoria Geral de Justiça foi pelo provimento do recurso e reforma da sentença.

¹⁹ AÇÃO ORDINÁRIA – Saúde pública – Pretensão de realização de cirurgia de laqueadura tubária em pessoa absolutamente incapaz – Possibilidade – Quadro de saúde irreversível – Ausência total de capacidade de se autodeterminar, inclusive sexualmente – Dever de assistência à saúde e de atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana – Laudo médico recomendando a adoção da medida – Precedentes – Ação julgada improcedente em primeira instância – Sentença reformada – Recurso provido. (TJ-SP 00001341320138260312 SP 0000134-13.2013.8.26.0312, Relator: Leme de Campos, Data de Julgamento: 05/03/2018, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/03/2018).

De acordo com o acórdão, C.C.A.F é portadora de retardo mental e epilepsia, sendo que o quadro de saúde é considerado irreversível. Conforme as informações disponíveis nos autos, C.C.A.F não consegue se autodeterminar, compreender a maternidade, a concepção e a contracepção, bem como as questões que envolvem o ato sexual em si, não apresentando autonomia nem discernimento para autorizar a realização do procedimento de esterilização definitiva. Na época, foram juntados aos autos laudos médicos que recomendavam a esterilização definitiva da requerente, que já é mãe de uma criança que vive atualmente com uma tia, e desconhece quem seja o pai.

O relator demonstrou preocupação quanto ao futuro de C.C.A.F, uma vez que a mãe é falecida, não havendo outros familiares que consigam lidar com a garota devido à sua agressividade. Para o relator, a deficiência mental de C.C.A.F a impede de exercer atos comuns da vida civil, como por exemplo, o planejamento familiar, assim como não pode tomar uma decisão livre e esclarecida, nem exercer a maternidade responsável.

Afirma, por fim, que a decisão não seria contrária ao EPD, e se vê diante de “paradoxo legal”: de um lado a medicina declarando ser a paciente portadora de doença mental e indicando a interdição, concluindo pela incapacidade absoluta. Do outro, a nova legislação que praticamente extinguiu com o instituto da incapacidade absoluta para pessoas portadoras de deficiência, considerando todos aptos a exprimirem sua vontade. Entretanto, o relator destaca que:

Felizmente, embora classificados como relativamente incapazes, as pessoas com deficiência intelectual severa continuam sujeitas à interdição, pois a alteração legislativa, que exclui a expressão 'deficiência mental' do texto do artigo 4º do CC, não vedou a interdição para 'aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade'.

Defende ainda que o EPD prevê a curatela como medida protetiva extraordinária, e que essa regra permitiria ao judiciário atender ao pleito do pai da paciente. Isso porque, na incapacidade relativa, os atos são praticados

com a assistência do curador, mediante manifestação conjunta de vontade do curatelado, sendo que a vontade do curador não substitui a do curatelado.

Entretanto, segundo o relator, essa interpretação deveria ser mais flexível quando o interditado não consegue manifestar a sua vontade, como acontece no caso concreto. Caso contrário, ficará impedido de praticar quaisquer atos da vida civil por não conseguir expressar sua vontade. Assim, haveria momentos em que o curador poderia, não só assisti-lo, mas também representá-lo. Ainda segundo ele, a literalidade da norma retirou o significado prático da interdição. Encerra dizendo que a lei “não muda a realidade biológica dos fatos”, ou seja, as pessoas que não conseguem se manifestar não passarão a fazê-lo após a vigência da lei.

Neste caso específico, o relator reforçou a tese de ausência de discernimento de C.C.A.F, “inclusive quanto à sua sexualidade”, não tendo condições de exercer o planejamento familiar, sendo que a esterilização seria o método contraceptivo mais eficaz. Reforça seu entendimento argumentando que o ato sexual com alienada mental configura, em tese, o crime de estupro, caso em que a lei autoriza o aborto. Sendo assim, não haveria fundamentos plausíveis para se negar menos, ou seja, a esterilização. Para o relator, o acolhimento do pleito é garantir qualidade e dignidade de vida à requerida.

Nota-se neste julgado, diferentemente do caso anterior, que foram considerados todos os aspectos da vida de C.C.A.F, especialmente quanto a sua ausência de capacidade para consentir e a falta de discernimento quanto sua autonomia reprodutiva. Nesse sentido, o relator foi além da letra fria da lei, identificando as lacunas deixadas pelo Estatuto quando a pessoa com deficiência não consegue externalizar o consentimento. Sua sentença abrangeu aspectos de sua vida pregressa (já tem uma filha que desconhece a paternidade), presente (prova pericial que demonstrou a impossibilidade de se autodeterminar e compreender sobre questões relativas à maternidade) e

futura (estado de saúde mental irreversível), além da indicação médica para a realização do procedimento.

Por fim, o Recurso Extraordinário com agravo nº 1195999²⁰, do Estado do Rio Grande do Sul, com relatoria da Ministra Carmen, Lúcia julgado em 04/07/2019, que parece ter assentado uma pá de cal sobre o tema. De acordo com o entendimento da relatora, o EPD²¹ revogou a possibilidade de esterilização compulsória de pessoa com deficiência previsto no §6º do artigo 10 da Lei do Planejamento Familiar,²² conforme se extrai do trecho final do acórdão:

A par disso, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 6º, pontua que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive no que tange a seus direitos reprodutivos e à sua fertilidade, **estabelecendo expressa vedação de esterilização compulsória**, de forma que a pretensão deduzida pelo requerente, de autorizar-se a realização de laqueadura tubária em pessoa submetida à curatela, não encontra qualquer amparo na legislação em vigor. (grifo nosso)

Anteriormente, no acórdão da apelação proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que foi desprovida, o relator manifestou ciência da discussão concernente aos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, notadamente no contexto da esterilização voluntária. No entanto, defendeu que, em determinadas situações, a vedação a realização

²⁰ STF ARE: 1195999 RS. Recurso extraordinário com agravo. Civil. Laqueadura tubária. Absolutamente incapaz. Direitos reprodutivos. Pessoa com deficiência. Leis ns. 9.263/1996 e 13.146/2015. Revogação por lei específica e posterior de possibilidade de esterilização compulsória. Recurso extraordinário com agravo e recurso extraordinário providos.

²¹ Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei n. 13.146/2015 - Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: (...) II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória.

²² Lei do Planejamento Familiar – Lei 9.236/1996 - Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos [...]; II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

do procedimento de laqueadura de forma compulsória pode ser relativizada, considerando o caso concreto. Entendimento que acabou sendo reformado.

De acordo com os dados trazidos a lume, S.T.N.F, então com 26 anos de idade, é acometida por “transtorno mental grave, crônico e irreversível”, sendo, por esse motivo, considerada totalmente incapaz para todos os atos da vida civil. Além disso, a jovem faz uso de drogas ilícitas, é sexualmente promíscua, relacionando-se com vários parceiros, fatores estes que excluem a utilização de contracepção medicamentosa (as drogas inibem a eficácia do medicamento), bem como do DIU (dispositivo intrauterino), contraindicado para mulheres com múltiplos parceiros.

Com base nessas informações, foi mantida no julgamento em 2ª instância a literalidade da sentença de 1º grau, autorizando o procedimento de esterilização compulsória, visto que o próprio método tem indicação médica, conforme se lê:

Conheço a discussão em torno de violação dos direitos fundamentais do incapaz, principalmente o que tutela a dignidade da pessoa humana, e em respeito a tão propalado princípio, reconheço que há determinados casos em que, de fato, a laqueadura tubária revela-se como alternativa desproporcional e violadora dos direitos fundamentais mencionados. Entretanto, não creio ser essa a situação ora retratada, que há pelo menos cinco anos vem se desenhando da mesma forma, sendo a recomendação de utilização do método indicada por expert como único meio contraceptivo eficaz, ante a claríssima ausência de perspectivas a respeito da melhora do quadro psicológico, psiquiátrico e comportamental da jovem, que nem mesmo após sujeitar-se a repetidas internações consegue ter alcance quanto às consequências dos seus atos.²³

Os argumentos que fundamentaram tanto a apelação, quanto o ARE e a ação cautelar inominada que buscou a atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto, trouxeram a constatação de que o juízo de primeira

²³ ARE 1195999 / RS - Rio Grande Do Sul. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator(a): min. Cármen Lúcia, julgamento: 04/07/2019, publicação, processo eletrônico Dje-170 divulg 05/08/2019 public 06/08/2019, partes Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: S.T.N.F.

instância: i) sequer ouviu a então menor S.T.N.F; ii) que não foram inquiridos seus genitores; iii) que os profissionais de área da saúde que recomendaram a laqueadura não comparecimento em juízo, e por fim, iv) que não foram ouvidos peritos independentes e imparciais para confirmar a decisão proferida.

Deste caso se extrai, primeiramente, que a morosidade do sistema judiciário brasileiro é incompatível com as demandas da sociedade. Da data da publicação do apelo desprovido que ensejou o ARE (27.02.2013), e do deferimento da liminar que atribuiu efeito suspensivo ao recurso extraordinário, suspendendo a autorização judicial para S.T.N.F fosse submetida a qualquer procedimento médico de esterilização (03/04/2013), até a data do julgamento pela improcedência do pedido de realização de laqueadura (14.07.2019), passaram-se pouco mais de 07 anos, tempo suficiente para a menor atingir a maioridade e ocorrer a promulgação do EPD em 2015, com a conseqüente mudança no entendimento. De fato, o transcurso temporal interferiu sobremaneira no resultado prático dessa demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência declarou a capacidade civil das pessoas com deficiência para exercerem direitos existenciais, inclusive os direitos sexuais e reprodutivos, assegurando-lhes o direito ao planejamento familiar, à paternidade responsável e garantindo sua autonomia reprodutiva.

Entretanto, O EPD não mudou a realidade fática de determinadas pessoas que, como conseqüência de sua condição de saúde, notadamente mental, não conseguem expressar sua vontade autonomamente. Nesses casos, uma tomada de decisão sem a necessária compreensão pode importar em lesão aos interesses da pessoa com deficiência, violando princípios constitucionais.

Esse problema não surgiu com o Estatuto, sendo que seu advento apenas o tornou mais latente, afinal, a teoria das incapacidades nunca foi suficiente para atender as demandas existenciais das pessoas com deficiência, uma vez que foi moldada para a administração do patrimônio.

Em busca de uma solução que consiga dar conta da complexidade do tratamento dos direitos existenciais, notadamente a autonomia reprodutiva das pessoas com deficiência, propõe-se uma leitura constitucional do caso concreto, utilizando como fonte tratados internacionais de Direitos Humanos, que constituem uma hierarquia supralegal, garantindo não só a igualdade de condições às pessoas com deficiência, como também, todo um sistema de apoio para a tomada de decisões, o que permitiria a mitigação do EPD em determinadas situações. E neste contexto, a capacidade para consentir pode servir de parâmetro nos casos de intervenção quantos aos direitos existenciais na ausência de parâmetros nacionais para resolução desses conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARIFFI, F. J. **Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos**: algunas experiencias de Iberoamérica. Espanha: Dykinson, 2013.

BOTTEGA, C. Liberdade de não procriar e esterilização humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 9, n. 2, p. 43-64. jul./dez. 2007. Disponível em: <https://1drv.ms/b/s!AgbzNsjgbmTjjYlEN7mh2nIJUgZZpg?e=RDXljU>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 4, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 561, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 2, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Saúde sexual e saúde reprodutiva**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_sexual_saude_reprodutiva.pdf. Acesso em 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.911/DF**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 08 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5368307>. Acesso em: 8 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.097/DF**. Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP). Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9488845&prclD=4542708&ad=s#>. Acesso em: 8 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 1195999/RS**. Julgado em 04/07/2019. Divulgado em 05/08/2019. Publicado em 06/08/2019. Recorrente: Ministério Público do Estado Do Rio Grande Do Sul. Recorrido: S.T.N.F. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 23/06/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864825253/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1195999-rs-rio-grande-do-sul-0008646-4020128210059>. Acesso em: 8 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 0000134-13.2013.8.26.0312**, 6ª Câmara de Direito Público. Apelantes JAFN e CCAF. Apelado: Prefeitura Municipal de Jiquiá. Relator: Leme de Campos. Data de Julgamento: 05/03/2018. Data de Publicação: 12/03/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557072387/1341320138260312-sp-0000134-1320138260312/inteiro-teor-557072405>. Acesso em 6 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 9001457-36.2009.8.26.0506**, 9ª Câmara de Direito Público. Apelantes ECX e CAPX. Apelado: Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto. Relator: Rebouças de Carvalho, data do julgamento: 21/03/2019, data de publicação: 21/03/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/688337582/apelacao-civel-ac-90014573620098260506-sp-9001457-3620098260506/inteiro-teor-688337607>. Acesso em 6 fev. 2021.

CORRÊA, S.; ALVES, J. E. D.; JANUZZI, P de M. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. Indicadores Municipais de Saúde Sexual Reprodutiva. **Associação Brasileira de Estudos Populacionais**, ABEP. Cap. 1, p. 27-62, 2006.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FLEISCHMANN, S. T. C.; FONTANA, A. T. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1–22, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/557>. Acesso em: 16 fev. 2021.

GALTON, F. **Inquires into Human Faculty and its development**. Franklin Institute Library: Philadelphia, 1883. Disponível em: <https://galton.org/books/human-faculty/FirstEdition/humanfacultydeve00galt.pdf>. Acesso em 30 mar 2021.

GRASELLI, F. M.; PINTO, G. N. A regulamentação do procedimento de esterilização voluntária no Brasil e na Espanha. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 47, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1344/rbd2019.0.27020>. Acesso em: 8 fev. 2021.

LARA, M. A. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. **RBDCivil - Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/361>. Acesso em: 8 fev. 2021.

MARTINS-COSTA, J. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos**. Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

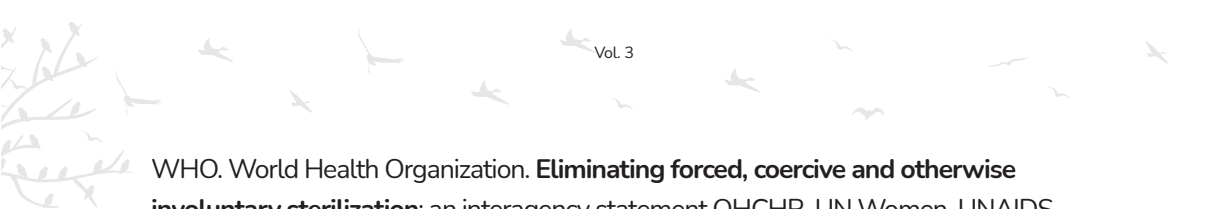
OMS. Organização Mundial da Saúde. Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisas; JOHNS HOPKINS ESCOLA BLOOMBERG DE SAÚDE PÚBLICA. Centro de Programas de Comunicação Projeto INFO. **Planejamento familiar**: um manual global para profissionais e serviços de saúde. Genebra: OMS, 2007, p. 165-182. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44028/6/9780978856304_por.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVALD, N. Curatela. In: PEREIRA, R. da C. (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TERRA, A. de M. V.; TEIXEIRA, A. C. B. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais? **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/401>. Acesso em: 16 fev. 2021.

VIOTTI, M. L. R. Apresentação. In: **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, p. 148-150, 1995. Disponível em: http://unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.



WHO. World Health Organization. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization**: an interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. Geneva: WHO Press, 2014a. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

WHO. World Health Organization. **Ensuring human rights in the provision of contraceptive information and services**: guidance and recommendations. Geneva: WHO Press, 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/102539/1/9789241506748_eng.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

DIREITO, RISCO E CONSUMO: OS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E A RACIONALIDADE AMBIENTAL^{1*}

Carlos Alexandre Michaello Marques
Leonel Severo Rocha

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a Proteção Ambiental e o próprio local Constitucional do Ambiente estão reacquecidas no Brasil, frente às diuturnas intentadas legislativas aos direitos mínimos reconhecidamente assegurados no texto da Constituição Federal. Diversos são os manuscritos e obras da literatura jurídica que asseguram uma posição de destaque concedida pelo legislador constituinte ao Meio Ambiente, além do notório artigo 225, bem como o reconhecimento do mesmo como integrante do rol de Direitos Fundamentais.

O assegurar de uma discussão que suplanta argumentativamente as vozes que se mostram contrárias ao reconhecimento de um Ambiente como Direito Fundamental de terceira dimensão/geração não são mais o alvo único de qualquer abordagem que se faça neste cenário, tendo em vista a necessidade de aprofundar paralelamente em outros institutos como o Mínimo Existencial e o Não Retrocesso Social/Ambiental. Assim, a abordagem destes é o passo que consolida em qualquer matriz de pensamento jurídico o Ambiente enquanto Direito Fundamental.

Todavia, essa perspectiva isolacionista pode comprometer o avanço dos debates mais atentos às condições contemporâneas advindas do projeto de

¹ * O presente texto está reproduzido, no todo ou em parte, na Revista Jurídica da FURB, v. 20, n.º. 42, p. 67-84, maio/ago. 2016.

modernidade, os quais sequer uma análise detida da Dignidade Humana, mas que siga a mesma racionalidade pode solucionar as celeumas enobrecidas. Evidente que se deve percorrer este caminho, como efetivamente se fará, tendo em vista o imperativo de uma construção mais ampla e crítica da seara epistemológica.

Dessa forma, a condução de uma mudança na feição do Estado é importante, mas não o único elemento para alcançar um debate profundo sobre o local do Ambiente, pois até mesmo uma matriz dogmático-positivista pode abrigar essa visão. A Ética Ambiental é um importante aliado nas discussões na esfera pública, pois pode conduzir um processo de aprendizagem e reflexividade, porém do individual ao coletivo, não é possível apenas uma condução em termos éticos.

Com isso, é necessário analisar todos os níveis de influência, mas em especial os fenômenos da modernidade, como Risco e Consumo para abalzar o processo perdido pelo fechamento do Direito, bem como a incapacidade do Estado e da Sociedade de perceber o cenário que se avizinhava. A Racionalidade Ambiental não é um elemento isolado, mas sim dispõe da função integrativa de todas as questões que serão aventadas neste percurso. Ademais, o caráter interdisciplinar é o grande norteador de uma abordagem complexa como a presente, não sendo possível afastar um diálogo de caráter plural e complementar, desde o processo mais rudimentar até a reflexividade mais sofisticada na Ciência do Direito na Sociedade Contemporânea.

1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS

É de fácil percepção nas sociedades mundiais contemporâneas, uma certa inclinação aos debates de temas concernentes ao enfrentamento global das questões ligadas ao Meio Ambiente, bem como sua ligação aos Direitos

Humano-Fundamentais, isto como condição e um suporte a uma visão macro deles. Dessa maneira, se impõe resgatar historicamente que as primeiras preocupações com a temática dos Direitos Humanos podem ser percebidas pela influência de inúmeras legislações e, até mesmo o próprio Código de Hamurabi, embora sabidamente rígido e até desumano, primava em sua intenção, uma preocupação com a harmonia entre as pessoas (LEITE, 2010).

Essa influência será permeada durante os séculos até desaguar no século XVIII quando se inicia o processo das primeiras declarações com foco na proteção dos direitos da pessoa, onde se encontra como ápice a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (LEITE, 2010). Todavia, a referida declaração não é fim em si mesmo, pois no debate internacional, apenas estava tomando forma uma série de discussões ímpares ao futuro da humanidade.

A construção desse sistema preocupado com os Direitos Humanos passa gradativamente a ser incorporado nas legislações dos Estados. No Brasil sua visão mais clara, se apresenta na promulgação da Constituição Federal de 1988. Contudo, urge a análise da problemática terminológica existente na adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais na Constituição. Nesse sentido, que se apresenta salutar destacar as considerações de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 39), quando afirma que:

[...] as expressões 'direitos fundamentais' e 'direitos humanos' (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo 'direitos humanos', há que se referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma de direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam [...].

A íntima relação terminológica não chega às raias simbióticas, mas apresenta significativa interrelação histórico-constitutiva, permitindo uma

clara identificação do Estado brasileiro. Destarte, a Constituição Federal de 1988, seguiu de certa feita às orientações explanadas, estabelecendo um sistema de Direitos Fundamentais nas três dimensões, ou outrora denominadas gerações, as quais são largamente conhecidas e reconhecidas no pensamento jurídico nacional (SCHÄFER, 2005).

O ordenamento jurídico pátrio trouxe a limitação salutar do Estado perante seu cidadão, elencada especialmente no artigo 5º da CF; estabeleceu a participação efetiva como garantidor de direitos; e brindou a sociedade com os contornos dos direitos de solidariedade e fraternidade. Embora esses direitos sofram por vezes reveses de parte do pensamento jurídico nacional, por não serem estes de responsabilidade apenas do Estado, em síntese estão “[...] adquirindo crescente importância do Direito Ambiental e o Direito do Consumidor [...]” (GORCZEWSKI; RITT, 2007, p. 23). Nessa senda, Norberto Bobbio (1992, p. 69), elucida o processo de formação destes direitos, asseverando que:

[...] com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitado ou não explorado, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.

Há de se salientar, ainda, nesta abordagem preliminar que são ventiladas gerações ou dimensões, oriundas do processo de evolução das

sociedades contemporâneas, assim está se debatendo nesse íterim a Quarta e a Quinta gerações de Direitos Fundamentais. Entendendo por uma Quarta geração a oriunda do “[...] gigantesco progresso das ciências biomédicas, e revolução tecnológica no campo da saúde humana[...]” e os “[...] direitos advindos das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual.” (GORCZEWSKI; RITT, 2007, p. 23-24).

Os Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados são analisados em conformidade com o fundamento Republicano, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou simplesmente Dignidade Humana, com isto, há de se entender o significado desta expressão, que se arraiga na sua construção conceitos históricos, filosóficos, políticos, sociológicos e jurídicos das mais diversas culturas e civilizações. Corroborando com o este entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 89), alicerçado no pensamento de Jorge Miranda, compreende que:

[...] a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direito, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...].

É sabido que, ainda se encontra pequena, mas pujante, a resistência em conceituar o Meio ambiente entre os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, conforme mencionado, mas a preocupação com as questões ambientais atualmente vem suplantando as vozes divergentes frente à extrema acuidade que a temática impõe. O que resta por clarificar a adoção de uma gama de Direitos Fundamentais propagados por todo o texto constitucional vigente, os quais corroboram em grande medida para a inclinação do pensamento ambiental contemporâneo.

2 AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O legislador constituinte de 1988 inovou, avançou e recebeu reconhecimento internacionalmente por sua coragem no enfrentamento das questões ambientais, destacando um capítulo da Carta Política, coligindo no artigo 225, alguns dos cuidados mais emblemáticos para com o Ambiente. Como forma de brindar essa audácia do constituinte a mesma foi batizada de “Constituição Verde” (SILVA, 2010).

Dessa forma, o que se impõe nesta seara é a busca da fundamentação deste Ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um Direito Fundamental, integrante da terceira dimensão e balizado pela Dignidade Humana, e em especial como forma de construção de outra feição do Estado. Todavia, para que seja efetivada essa concepção, se impinge o estabelecimento teórico desta relação com a Dignidade Humana, como bem acrescenta Fernanda Luiza Fontoura Medeiros (2004, p. 113):

Ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana. Neste contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis.

Os rizomas desta discussão estão espalhados pelas mais diversas culturas e sistemas jurídicos, pois a inquietação quanto aos problemas ambientais, fazem promover através da Organização das Nações Unidas e Organizações Internacionais Independentes, debates respeitáveis em prol da compreensão do Direito Fundamental ao Ambiente. Como antecedente histórico é salutar mencionar os “[...] 26 princípios fundamentais de proteção

ambiental, que influíram na elaboração do capítulo do meio ambiente da Constituição Brasileira de 1988.” (SILVA, 2010, p. 59).

Essa preocupação só fez aumentar com o passar dos anos, agregando novos princípios na Conferência do Rio de Janeiro em 1992 e resultando no fortalecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). Essas motivações internacionais repercutiram, como referido, na Constituição de 1988, bem como em legislações supervenientes, dotando o aparelho de proteção ambiental em um completo sistema de regras e princípios (DWORKIN, 2005), começando em nível constitucional.

Dessa maneira, as normas ambientais se apresentam como sendo um complexo aberto, mas igualmente colimado pelos princípios (DWORKIN, 2010), dentre os quais se destaca a Dignidade Humana. No mesmo sentido, para Orci Paulino Bretanha Teixeira (2006, p. 85): “No caso brasileiro, em razão da positivação, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado mantém-se em posição superior às demais normas devido à sua eficácia decorrente da norma de fundamental.”

Assim, urge a necessidade de compreender se as normas ambientais produzem os efeitos delas esperados. Outrossim, ao analisar sob a ótica Constitucional a eficácia destas normas, o que convém ressaltar é dificultosa tarefa hermenêutica, mas se depreende que a força normativa da Constituição está no próprio sentido de regular as relações jurídicas e da vida conforme explica Fernanda Medeiros (2004, p. 143) ao comentar as posições Joaquim José Gomes Canotilho.

Ademais, além da problemática hermenêutica por consequência de eficácia das normas ambientais, as aplicações de teorias oriundas dos Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão surgem como recurso à sanha reformadora do legislador constituinte derivado e do legislador ordinário. A fim de manter os avanços alcançados na constituinte de 1988, debates como

Mínimo Existencial e Não Retrocesso em Matéria Ambiental obtém expressão no cenário jurídico-ambiental.

Inicialmente é mister o entendimento destes princípios e cláusulas em sua aplicação pura, ou seja, naqueles direitos. Portanto, Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 132) traz o esclarecimento da questão da Proibição do Retrocesso Social, base para o desenvolvimento do Não Retrocesso em Matéria Ambiental, ao afirmar que:

O princípio da proibição do retrocesso social, portanto, é uma verdadeira cláusula de defesa do cidadão frente a possíveis arbítrios impostos pelo legislador no sentido de este vir a desconstituir aquilo que havia sido provido mediante normas de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, uma vez concedida a regulamentação de um direito, principalmente se for de ordem social, não pode o legislador retroceder para reduzir aquela situação vantajosa.

Quando analisado sob a ótica ambiental é factível a compreensão de que não se pode olvidar que embora não se trate de cláusula pétrea o art. 225 da Constituição Federal, jamais poderia ser afastado do pensamento explanado acima, pois o legislador constituinte reformador não pode a pretexto de utilização legítima de seu poder de alterar a situação posta no referido artigo, seja para fins de suprimir o Direito ao Meio Ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ou mesmo cimentar o pacto geracional ou a imposição ao Estado ou a Coletividade. De outra banda, convém ressaltar a necessidade de desenvolver o significado das expressões mínimo existencial, elevada a condição de princípio ou teoria por alguns pensadores.

É possível alcançar a ideia e a fundamentação de um mínimo existencial em matéria ambiental ou um mínimo existencial ecológico como ilustra Tiago Fensterseifer (2008). Este conceito está intimamente ligado com a concepção contemporânea da Dignidade Humana, pois é clara a necessidade da compreensão de que um Mínimo em Matéria Ambiental no pensamento biocêntrico, passa pela fundamentação de sua garantia constitucional. Neste

sentido, Tiago Fensterseifer (2008, p. 269), traz à baila o entendimento de Luis Roberto Barroso em suas palavras, ao aduzir que:

[...] também identifica a garantia do mínimo existencial como integrante do núcleo e do conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, ao referir que tal princípio constitucional expressa um 'conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade'. O conteúdo jurídico do princípio, como pontua, vem associado aos direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais), sendo o seu núcleo material elementar composto do mínimo existencial, o qual identifica o 'conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade'; aquém de tal patamar existencial, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade [...].

Partindo-se desta premissa é mister apor que este entendimento faz com que se tenha a possibilidade de uma feição de Estado Ambiental e a Dignidade Ambiental sendo este elemento norteador desta visão. Neste contexto, Joaquim José Gomes Canotilho citado por Orci Paulino Bretanha Teixeira (2006, p. 110), afirma que:

[...] o Estado de Direito, na transformação para um Estado Ambiental, deverá agregar na sua forma princípios e valores materiais que permitam o exame dos critérios de justiça e injustiça. Ora, a defesa dos interesses ambientais enquadra-se no próprio conceito de justiça quando revela a preocupação com uma vida digna. [...] o Estado Ambiental será sempre um Estado democrático ou garantista.

O referido exame encaminhado, conduz à análise preambular de quais são as consequências da adoção de ideologias socialistas ou liberais para a questão ambiental, assim nas palavras de José Rubens Morato Leite que inspiram a redação de Tiago Fensterseifer (2008) ambos não foram apropriados no trato das questões ambientais, pois estabeleceram, embora com obliquidade, um modelo que privilegiava a degradação ambiental.

Evidencia-se nas palavras do autor que os contornos do Estado contemporâneo, que não são um rompimento com quaisquer destas ideologias, mas sim a junção de diversos pontos de contato, além da superação

de equívocos históricos, que promovem o embate iludido e, não consideram posições congruentes em favor de uma visão difusa universal e inadequada à Sociedade Complexa (MARQUES, 2016).

Outrossim, não é prudente centralizar a construção de qualquer feição de Estado na ideia de que se partirá deste ponto como inicial, mas sim como um desenvolvimento do processo de mudança e mutação do atual Estado Democrático Constitucional de Direito, que recebeu as contribuições de alguns teóricos que discutem outras acepções estatais.

Por derradeiro, há de se apreciar outro elemento promotor da participação democrática na discussão do Estado, a Consciência Ambiental, que passará pela inteligência do significado teórico-prático da Ética Ambiental. O conhecimento da ética é indispensável, pois sem debruçar-se sobre a apreensão das razões e dos valores da sociedade contemporânea, que de certa feita é uma Sociedade de Consumo², não será razoável ditar regras e interpretar princípios que sejam baluartes desta nova concepção de Estado de maneira substancial, e não apenas como mera nomenclatura positivada. (MEDEIROS, 2004)

Neste íterim, vem à baila outra contenda que é a interação de princípios internacionalmente reconhecidos como o da solidariedade, além de conceitos bioéticos recentemente em construção pela doutrina e jurisprudência, seja nacional ou alienígena. O debate que revolve questões ambientais (ecológicas) e a Ética é extremamente importante para total abrangência da dignidade humana no Estado contemporâneo. Assim, Fernanda Luiza Fontoura Medeiros (2004, p. 174-175), desenvolvendo o pensamento de Paulo Bonavides e de Jürgen Habermas esclarece que:

² “A sociedade de consumo, no seu conjunto, resulta do compromisso entre princípios democráticos igualitários, que consegue aguentar-se com o mito da abundância e do bem-estar, e o imperativo fundamental de manutenção de uma ordem de privilégio e domínio. Não é o progresso tecnológico que a funda: semelhante visão mecanista alimentada até à visão ingênua a abundância futura. Esta dupla determinação contraditória é que cimenta a possibilidade do progresso tecnológico.” (BAUDRILLARD, 2007, p. 52)

O exame e a própria proposta teórico-prática de uma ética ambiental tem sua gênese, em primeira mão, na própria historicidade dos direitos fundamentais. Como inerente à herança no século XVIII que vão abraçar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, [...] direitos de primeira dimensão. [...] Os direitos de segunda dimensão como os direitos sociais [...]. Mas estes, da mesma forma, ainda não contemplam o ideal e o compromisso da agenda presente na modernidade, como diz Habermas. Tem por compromisso o gênero humano, como valor supremo e fundado na idéia de fraternidade. É sobre esta terceira dimensão dos direitos fundamentais [...] e o conseqüente direito a uma ética solidária e fraterna, não centrada somente na proteção individual, de um grupo ou de um determinado Estado.

Com isto, é possível verificar que a temática em tela é, e será norteadora de debates na seara do Direito Ambiental e no sistema de Direitos Humanos-Fundamentais. No mesmo sentido, que a canalização do Estado para esta nova percepção é de extrema relevância a fim de contribuir. Daí o imperativo de demonstrar o porquê da escolha e de sua fundamentação na Dignidade Humana, no Mínimo Existencial e no Não Retrocesso em Matéria Ambiental, além da persecução da Ética Ambiental neste desenvolvimento.

3 O CONSUMO, O RISCO E A RACIONALIDADE AMBIENTAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

É notório que os problemas que permeiam esta persecução estão cristalinos em nossa sociedade atual, a qual pode ser considerada uma Sociedade de Consumo ou Sociedade de Consumidores (BAUMAN, 2009), ademais, também se faz necessário a compreensão de que se vive em constante exposição aos mais diversos riscos oriundos deste comportamento, o que se traduz como uma Sociedade de/em Risco³. A compreensão do Ambiente enquanto Direito Fundamental encontra assento juntamente às

³ No mesmo sentido, para Ulrich Beck (2011, p. 41, grifo do autor) os “[...] riscos são inicialmente bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário - de acordo com o princípio: ‘in dubio pro progresso’, e isto quer dizer: na dúvida, deixa estar. [...] Os riscos podem ser legitimados pelo fato de que sua produção não foi nem prevista, nem desejada. As situações de ameaça precisam, portanto, na civilização cientificizada, romper o privilégio da tabularização que as cerca e ‘nascer cientificamente!’”

discussões de Consumo e Risco na Sociedade Contemporânea, isto pois, diante da possibilidade de redução clara do processo de reflexividade do Direito atual neste cenário (MARQUES, 2016).

Não obstante, já superada a inocência de que a relação com Ambiente é mais ou menos tormentosa neste ou naquele sistema político-econômico-ideológicos, com vistas a identificar que o próprio processo de construção da visão antropocêntrica os uniu, em que pese sua capacidade de diversa de impactar os ambientes historicamente. Além disto, é natural que se evidencie o acelerado processo de modernização empreendido pelo sistema econômico que se sobrepunha, o capitalismo. Esse sistema, permitiu com auxílio da Técnica e da Ciência um salto que repercutiu a identificação do Risco e o fez nominar a própria Sociedade Contemporânea. Diante disto, Ulrich Beck (2011, p. 31-32) esclarece que:

Riscos, assim como as riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições - posições de ameaça ou posições de classe. Trata-se, entretanto, tanto num como noutro caso, de um bem completamente distinto e de uma outra controvérsia em torno de sua distribuição. No caso das riquezas sociais, trata-se de bens de consumo, renda, oportunidades educacionais, propriedades etc., como bem escassos cobiçados. Em contraste, as ameaças são um subproduto modernizacional de uma abundância a ser evitada.

Ademais, não se pode esquecer ou afastar que o comportamento humano dentro do próprio processo da modernização e globalização foi de mero coadjuvante, passando de espectador à produto automatizado do mesmo (MARQUES, 2016). Dessa maneira o modo de produção capitalista, o grande promotor do referido processo fez com que os conceitos de valor fossem esfacelados e se dissolvessem no seu novo propósito para com o ambiente e, é nesse sentido que se faz indispensável reflexão Enrique Leff, ao aduzir que:

A própria dialética do modo de produção capitalista, objeto da economia política, chega ao limite de seu poder explicativo; seus conceitos se desatam e evapora-se seu poder explicativo.

O vínculo entre o valor de uso e a demanda, assentados na necessidade e na utilidade, e o valor de troca, fundado na equivalência dos trabalhos e das utilidades, se dissolve, ao mesmo tempo que a 'lógica do valor troca' se torna autônoma, configurando um código geral no qual se subsume ao ser de todas as coisas, e vai transmutando as necessidades, os desejos e as utilidades em uma mesma substância etérea de valor, fora de todo referente e de todo sentido. (LEFF, 2006, p. 63)

O sistema jurídico foi fundamental para a legitimação deste pensamento e do modo dominante de produção no mundo e, é neste ponto do processo que a reflexão, e a orientação Ética Ambiental deve estar presente, pois o Cidadão/ Consumidor é chave nesta discussão e no aumento ou diminuição destes Riscos. É indispensável reverberar “acerca da nossa concepção ontológica global da relação homem-natureza como a respeito da nossa concepção do papel fundamental do direito.” (OST, 1995, p. 251). O Direito deve abrir seu campo à interdisciplinaridade, dialogar de maneira aberta na esfera pública com a sociedade, pois a construção destes novos direitos e a pressão pelo reconhecimento da categoria de Direitos Fundamentais, notadamente de terceira dimensão são diuturnas. Este posicionamento ressoa nas palavras de José Rubens Morato Leite que ao discorrer sobre o Direito Constitucional Ambiental brasileiro afirma que além da:

[...] ação positiva do Estado, é necessária também a abstenção de práticas nocivas ao meio ambiente, por parte da coletividade. O cidadão deve, nesse sentido, empenhar-se na consecução desse direito fundamental, participando ativamente das ações voltadas à proteção do meio ambiente. (LEITE, 2010, p. 219)

Dessa forma, se percebe que não apenas aos Estados pode ser destinada a incumbência, pois é mister que a coletividade de cidadãos também seja absorvida por toda e quaisquer medidas. Uma racionalidade interdisciplinar também é galgada na participação plural e irrestrita de diversos setores, mas todos voltados à um objetivo comum que é a proteção do meio ambiente, que contemporaneamente está exposto

aos riscos⁴ da atual Sociedade de Consumo/Consumidores (MARQUES, 2016). O condão desta modificação passa pelo processo de reflexividade do Direito, da Sociedade e do Estado, os quais devem estar abertos ao complexo processo de uma nova Racionalidade, a qual segundo Enrique Leff (2000, p. 175-176):

Ante os conflitos de interesses, que surgem ao se aplicar uma estratégia de desenvolvimento das forças produtivas da sociedade [...] predominaram os esforços para controlar os efeitos negativos da racionalidade econômica dominante mediante a aplicação de normas jurídicas e técnicas. Apesar de ir adquirindo força a importância de se adotar uma visão mais global e compreensiva, de caráter multidisciplinar e interdisciplinar, assim como métodos de análise multicriteriais para explicar a origem e busca de soluções integrais para a problemática ambiental, no nível concreto de tomada de decisões continuam imperando critérios e ações setoriais, assim como as tentativas de internalizar as externalidades ambientais através dos instrumentos convencionais do cálculo econômico.

Notadamente, princípios como Dignidade Humana, utilizados como verdadeiros vetores de orientação, não conseguem sozinhos, abrigar a série de fenômenos modernos que o Direito necessita compreender, pois embora possam auxiliar na perspectiva do Ambiente como Direito Fundamental, ainda apresentam um déficit cognitivo, empreendido pelo próprio fenômeno que buscam analisar. Isto se dá diante do fato de que Risco e Consumo não são de fácil leitura para um matriz dogmático-positivista que prepondera na interpretação do sistema jurídico brasileiro.

O Estado contemporâneo, seja reconhecidamente Ambiental ou Socioambiental não compartilha de uma Racionalidade Ambiental ou mesmo de um Saber Ambiental, plural e interdisciplinar, ficando restrito aos processos

⁴ Neste sentido: “Como escolhemos correr riscos? Seleccionamos riscos no mesmo pacote em que seleccionamos nossas instituições sociais. Como indivíduo nenhum tem como olhar em todas as direções ao mesmo tempo, a vida social requer a organização segundo determinado viés. As pessoas ordenam o universo em que vivem por meio da perspectiva social. Ao jogar luz sobre esses vieses, compreendemos melhor quais diferentes políticas têm como ser conciliadas, e quais não têm. Cada lado do atual debate sobre os riscos é visto pelo outro como estando a serviço dos interesses das instituições sociais de sua preferência.” (DOUGLAS; WILDAVSKY, 2012, p. 8)

rasos do cartesianismo ortodoxo. Os signos como Consumo/Consumismo, são dinâmicos e comprometem abordagens tradicionais, fazendo com que o próprio Estado não consiga contribuir para confluência necessária com a Sociedade, repercutindo negativamente no Direito.

Tais signos revelam um estilo de vida que compõe o agir cotidiano dentro da sociedade de forma que seus efeitos impactam mais ou menos significativamente dependendo da força simbólica que adquirem no interior da mesma, utilizando recursos e provocando esgotamento ambiental proporcionalmente à dimensão que angaria (MARQUES, 2016). O consumismo enquanto fenômeno cultural “[...] não é a única maneira de realizar o consumo e reproduzir a vida cotidiana; mas é, com certeza, o modo dominante, e tem um alcance prático e uma profundidade ideológica que lhe permite estruturar e subordinar amplamente outras.” (SLATER, 2002, p. 17) Ademais,

O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim *no futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises amanhã ou depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles - ou então justamente não.” (BECK, 2011, p. 40, grifo do autor)

É neste entrecruzamento teórico acerca da percepção do Risco, que o Consumo e o Ambiente, este enquanto Direito Fundamental, se tornam parcela significativa de um mesmo cenário. A aceleração na assunção dos riscos, em grande parte pela redução de reflexividade causada pelos atos de consumo (redução clara do processo de aprendizagem⁵), bem como a desconsideração do Ambiente na tomada de decisão com reflexos futuros, marca a ausência desta articulação entre Sociedade, Estado e Direito.

⁵ “Até hoje, quase em toda a parte, o segundo caminho foi o escolhido. É custoso, deixa que as causas continuem obscurecidas e permite que erros e problemas sejam convertidos em oportunidades mercantis. O processo de aprendizado é sistematicamente abreviado, bloqueado: a autoprodução dos riscos da modernização vai a pique na observação pontual e no tratamento dos sintomas.” (BECK, 2011, p. 267-268)

O mero reconhecimento formal do Direito Fundamental ao Ambiente pela matriz dogmático-positivista, traz consigo uma série de problemas de ordem epistemológica, pois o Consumo enquanto signo tem o condão de retirar a capacidade reflexiva dos indivíduos, além de permitir que ignorem o Risco pelos mesmos motivos. É compreensível que defensores deste pensamento, também lancem mão da Dignidade Humana ou Ambiental, bem como da Ética ou da Ética Ambiental para suprir estas lacunas, mas que sem um processo de aprendizagem, a redução cognitiva do signo será prevalente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, o Estado e a Sociedade devem interagir para promoção de um desenvolvimento sustentável que seja um reflexo para uma sistemática diminuição dos riscos e sua redistribuição de forma mais igualitária, a fim de se alcançar o Estado Ambiental e a Ética Ambiental como norteadora de uma interpretação integrativa da Dignidade Ambiental presente na Constituição Federal de 1988. Outrossim, se fará uma mudança paradigmática em que o objetivo concretizado será o ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, garantindo com dessa feita o pacto geracional diuturnamente descumprido pelas gerações presentes e pretéritas.

Todavia, é notório para alcançar tais pretensões a ampliação da discussão na esfera pública e o refrear da ausência do processo de aprendizagem, em grande medida pela prática irrefletida do Consumo, signo este que tem desafiado as discussões sociais contemporâneas. O Direito, a Sociedade e o Estado passam por momentos tormentosos, mas não há como se afastar deste enfrentamento, tendo em vista que o projeto da modernidade está em pleno processo de reflexividade, e o Direito ao seguir uma matriz dogmático-positivista está colocando por terra a oportunidade de ampliar sua compreensão dos fenômenos deste.

De certo é que não basta apenas a discussão no mesmo âmbito da Ciência Jurídica, encerrada em si, mas é necessária esta ampliação epistemológica que o Saber Ambiental e a Racionalidade Ambiental propostas por Enrique Leff podem conduzir. O contexto é multifacetado e as respostas devem seguir interdisciplinares, tendo em vista a dificuldade que o Consumo na Modernidade e o Risco não refletido causaram com a flagrante redução cognitiva dos indivíduos e da própria Sociedade.

É natural que possa ser compreendido apenas a posição de que um Estado com feições Ambientais ou Socioambientais resolvam a questão, pois um bom sistema de regras e princípios poderia ser a solução. Entretanto, não se está apenas buscando uma mera superação da matriz dogmático-positivista no Direito, pois esta conseguiria operar claramente com a Dignidade Humana e o reconhecimento do Ambiente como Direito Fundamental de terceira dimensão. O que se pretende é uma reflexividade, ou seja, uma reflexão profunda que modifica as bases da racionalidade, uma verdade Racionalidade Ambiental.

Com efeito, para que se alcance as raias desta racionalidade não é possível olvidar da análise conjunta entre Direito, Sociedade e Estado das premissas que a modernidade impunha e as consequências destas nos diversos cenários apresentados ao Ambiente. Ética Ambiental, Dignidade Ambiental, Direito Fundamental podem ser apenas nomenclaturas justificativas, ou podem arraigar força simbólica suficiente para discussões amplas na esfera pública, promovendo aprendizagem e freando a redução cognitiva individual e social.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, J. **A Sociedade de consumo**. Tradução Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Z. **A arte da vida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DOUGLAS, M.; WILDAVSKY, A. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FENSTERSEIFER, T. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

GORCZEVSKI, C.; RITT, L. E. H. O desenvolvimento sustentável e o meio ambiente como forma de concretização de direitos fundamentais de terceira geração. *In*: GORCZEVSKI, C.; REIS, J. R. dos. **A concretização dos direitos fundamentais**: constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Norton Editor, p. 13-39, 2007.

LEFF, E. **Ecologia, capital e cultura**: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável. Tradução Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Editora da FURB, 2000.

LEFF, E. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

LEITE, C. H. B. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, C. A. M. **Direito e risco**: do consumo ao ambiente na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEDEIROS, F. L. F. **Meio ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHÄFER, J. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLATER, D. **Cultura do consumo & modernidade**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

TEXEIRA, O. P. B. **O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ENTRE PRERROGATIVA E ABUSO: ENFORCEMENT E ASSERTION DE STANDARD-ESSENTIAL PATENTS

Otávio Henrique Baumgarten Arrabal

INTRODUÇÃO

Tecnologias¹ foram tornadas cada vez mais complexas, *pari passu* à sociedade. Frequentemente vê-se que a singular solução técnica para um problema técnico, proporcionada por uma engenhosa invenção, tem sido desafiada a lidar com a crescente convergência plural de utilidades e finalidades, cuja atividade de inovação intensivamente “requer a identificação dos problemas certos e o pensamento sobre soluções elegantes” (KERZNER, 2019, ebook, tradução livre), a sustentar que, do ponto de vista de projeto, pesquisa e desenvolvimento, “a tecnologia e a inovação devem ser geridas” (BURGELMAN; CHRISTENSEN; WHEELWRIGHT, 2012, p. xiii).

Tal convergência representa verdadeira “fusão e interação das tecnologias” (LIMA, 2019, p. 100) de distintos domínios da técnica² (*techne*), sendo esta “lugar fulcral para a realização dos fins da vida humana” (LIMA, 2019, p. 100), enquanto a vida se desenrolar no paradigma das demandas e necessidades. Em suma, “a consideração do papel da criatividade humana na invenção e na evolução tecnológica é legítima, pois a tradição filosófica da filosofia grega em diante estima a criatividade como condição humana” (BLOK, 2022, p. 59, tradução livre).

¹ “Tecnologia é uma palavra comumente usada e ainda não compreendida em sua totalidade por todos aqueles que a utilizam.” (TROTT, 2012, p. 266)

² “A técnica é, muito provavelmente, contemporânea ao surgimento do ser humano. [...]. O tecnicismo, como decorrência direta da razão científica, é fenômeno mais recente.” (RIBEIRO, 2019, p. 1-2)

Portanto, uma tecnologia pode ser (como costumeiramente é) composta/constituída de várias³ invenções. O reflexo deste contexto demonstra incidência direta no sistema de patentes. Tais invenções⁴, “desde que sejam novas, envolvam atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial” (REMÉDIO MARQUES, 2021, p. 171), podem ser objeto de resguardo⁵ patentário caso este seja o interesse do inventor ou, como frequentemente ocorre, do[s] agente[s] econômico[s] a titularizar. Justamente, “tecnicidade, meios técnicos, problema técnico, contributo técnico, eis-nos, *inter alia*, perante os atributos delimitadores do *quid* sobre o qual pode incidir um direito de patente”. (REMÉDIO MARQUES, 2021, p. 173)

O fenômeno tecno-comunicacional da interoperabilidade (compatibilidade)⁶ entre sistemas tornou-se comum fundamento de produtos e serviços de base tecnológica, e só o foi em decorrência da instituição de padrões técnicos por *players* interessados, pois que, do ponto de vista de mercado, os *standards* facilitariam “a expansão da utilidade do produto, garantindo assim que o maior número possível de desenvolvedores e fabricantes possa fornecer produtos compatíveis” (ZHANG, 2019, ebook, tradução livre), por conseguinte, “mantendo a concorrência no mercado, reduzindo custos e preços dos produtos, oferecendo uma gama mais ampla de opções aos consumidores e promovendo o interesse público social.”⁷ (ZHANG, 2019, ebook, tradução livre)

³ “[...] é extremamente difícil para uma empresa ficar a par de todas as tecnologias de que necessita para seus produtos. As empresas buscam conhecimento científico de uma variedade de fontes. Por exemplo, a fabricação de um computador exigirá tecnologia de diferentes tipos, incluindo as de microprocessador, monitores e software. Seria quase impossível para uma empresa ser líder de tecnologia em todas essas áreas.” (TROTT, 2012, p. 267)

⁴ O conceito jurídico indeterminado de invenção, situado na lógica do sistema de patentes, é “um conceito funcional, que delimita o círculo de realidades patenteáveis de harmonia com o seu fim, aqui onde não se podem albergar todas e quaisquer criações do espírito humano, mas apenas as criações técnicas.” (REMÉDIO MARQUES, 2021, p. 171)

⁵ “O âmbito de proteção do direito conferido pela patente é condicionado a limites territoriais, temporais e objetivos.” (COUTO GONÇALVES, 2019, p. 93)

⁶ Em alguns contextos, a palavra “interoperabilidade [*interoperability*] é utilizada, ao invés de compatibilidade [*compatibility*], a fim de evitar possíveis ambiguidades com a palavra substituíbilidade [*replaceability*].” (LAPLANTE, 2017, ebook, tradução livre)

⁷ Dentre as visões críticas, há a de que a homogeneidade proporcionada pelo padrão pode levar a “eliminação de alternativas e perda em variedade” (NIKOLIC, 2021, ebook, tradução livre), ou

1 PADRONIZAÇÃO TÉCNICA E ENTIDADES DE PADRONIZAÇÃO (SSO/SDO)

No contexto dos *standards*, o que se quer expressar com “norma técnica” é o produto da atividade de discussão sobre a padronização de um objeto/conhecimento tecno científico/tecnologia, na seara das entidades consorciais organizativas privadas ou públicas em que ocorre tais discussões (nomeadamente fóruns, *unions*, *associations*, *societies*, *consortia*, *organizations* etc., propriamente *standard-setting organizations/standard-development organizations*)⁸. Estrita e primordialmente, “toda norma técnica, enquanto norma de ciência aplicada, baseia-se em paradigmas científicos conhecidos e reconhecidos como válidos pela comunidade científica” (RIBEIRO, 2019, p. 25), atuando com o papel de “normas de aplicação do conhecimento científico estabelecido pelas ciências” várias. (RIBEIRO, 2019, p. 25)

O padrão técnico, por consequência, pode ser entendido como “qualquer conjunto de especificações técnicas que fornece ou pretende fornecer um projeto comum [*common design*] para um produto ou processo” (JACOBSEN apud RANDAKEVICIÚTE, 2015, p. 15, tradução livre), sendo tal conjunto dependente de validação, aprovação e posterior revisão pela comunidade técnica, de líderes, associados e membros interessados. Há, aí,

ainda quando apresentam “barreiras à entrada no mercado ou afetam diretamente o número de fornecedores em determinado mercado, limitam a capacidade dos fornecedores para competir com imposição de regras que reduzem a concorrência de preços ou restringem a publicidade e, ainda, limitam as opções e informações acessíveis aos consumidores.” (BAGNOLI, 2021, ebook)

⁸ Nikolic (2021, ebook, tradução livre) aponta para uma distinção entre “*setting standards*” e “*developing standards*”: “Uma cautela terminológica é necessária. As SDOs são frequentemente referidas como Standard-Setting Organizations (SSOs) e os termos são amplamente utilizados de forma intercambiável. Entretanto, há uma diferença crucial entre “*setting standards*” e “*developing standards*”. Uma implica que existem várias alternativas igualmente eficientes e a tarefa é simplesmente escolher uma que será ‘estabelecida’ [‘set’] como padrão. Exemplos disso são a seleção da forma das tomadas elétricas, o comprimento das bitolas ferroviárias ou materiais a serem utilizados na produção de conduítes. Por outro lado, a outra implica no desenvolvimento simultâneo de novas tecnologias, muitas vezes com grandes despesas de pesquisa e desenvolvimento (P&D), e a adoção da solução que oferece desempenho superior”. No presente texto, não levamos em consideração tal distinção.

pelo operador do direito, a necessidade de se notar a nítida distinção entre a norma legislada, de sabença comum do mundo jurídico e político, e o *technical standard*, como preciosamente esclarece Felipe Ribeiro (2019, p. 31):

As normas técnicas gozam, ainda, de autonomia existencial em relação ao direito, característica comum a todas elas e que decorre do fato de as mesmas aperfeiçoarem-se antes de qualquer validação ou inserção jurídica. Possuem, desta forma, existência própria e independente, cujo reconhecimento deve ser conferido pela comunidade científica ou técnica da respectiva área ou campo de pesquisa, independentemente de sua incorporação ou chancela por determinado sistema normativo. Assim, ainda que se possa admitir, no momento de sua elaboração, uma eventual preocupação com seu reconhecimento por parte de determinada ordem jurídica, tal fenômeno não deve ser visto como suficiente para desnaturar sua natureza técnico-científica ou extrajurídica, cuja existência e validade técnica precedem ocasional declaração pelo direito.

As técnicas de padronização (**standard-setting**)⁹ podem ser *de facto* (pela “predominância de uma tecnologia [desenvolvida por um ou mais agentes econômicos] em um mercado” [RANDAKEVICIÚTE, 2015, p. 15, tradução livre]; “regra geral, são resultado das forças de mercado” [ULLOA, 2021, ebook, tradução livre]; vulgo informais) e *de jure* (adstrito a formalidades, “desenvolvidos por meio de procedimentos abertos [no sentido de acessíveis] e que aplicam os princípios do devido processo [*due process*] para a tomada de decisões por consenso” [SPIVAK; BRENNER, 2018, ebook, tradução livre]; “emanam de um processo de formação participativo” [ULLOA, 2021, ebook, tradução livre])¹⁰.

⁹ “Ao falar sobre *standard-setting*, deve-se entender que o procedimento de padronização não diz respeito apenas a um acordo sobre um padrão de tecnologia. Tal procedimento compreende também as ações de tornar o padrão funcionar, tornando-o disponível e útil para toda a indústria.” (RANDAKEVICIÚTE, 2015, p. 15, tradução livre)

¹⁰ Para uma explicação mais avançada do funcionamento *de jure* de uma SSO/SDO e de um trâmite de padronização técnica, desde a proposição (*proposal*), a organização e dinâmica dos grupos de trabalho (*work groups*) até a publicação (*publication*), confira Testoni (2020a); “[...] vale observar que cada SSO tem suas próprias regras sobre os critérios de participação nas entidades, os métodos de definição das normas técnicas e regras de voto. De acordo com as melhores práticas internacionais, as regras internas das SSOs e todo o procedimento de definição do standard deve ter um caráter não discriminatório, aberto e transparente, uma vez que deverá ter como objetivo o aumento do bem-estar total do mercado a que se refere.” (Bagnoli. 2021, *op. cit.*)

Dentre alguns exemplos de entidades, estão a International Standards Organization (ISO), a Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE)¹¹, a International Telecommunication Union (ITU), dentre outras. No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) assume a representação nacional de órgãos como a ISO e representa o país nestas, bem como gestiona a política de normalização brasileira.

Um exemplo interessante relativo a *technical standards* e patentes essenciais são os referentes às tecnologias de codificação e compressão¹² de áudio e vídeo, e de radiodifusão¹³. Inovações e invenções relativas aos domínios da técnica de comunicação eletroeletrônica¹⁴ proporcionaram e proporcionam fluxos constantes de informações e, por consequência, de dados, entre sistemas e pessoas. Repercussões podem ser facilmente percebidas no pertinente a infraestrutura de telecomunicações e na esfera técnica do conteúdo audiovisual.

Digitalização, convergência, acessibilidade, interoperabilidade e mercado são peças-chave neste contexto, que navegam junto ao exponencial crescimento da demanda pelo consumo de conteúdo. Com relação à produção do conteúdo e o desenvolvimento/aplicação técnica de *standards*, o engenheiro de telecomunicações Karl Kuhn (2017, ebook, tradução livre) enfatiza que:

Os progressos alcançados pela indústria até agora teriam sido totalmente inviáveis sem os consideráveis esforços de organizações como a AIMS, ARIB, ATSC, CableLabs, CTA, DVB, IEEE, IETF, ISO, NAB, NABA, SCTE, SMPTE, dentre outras. O trabalho realizado por estas organizações é a base para trazer ordem em benefício de todos no setor. As normas, especificações

¹¹ Interessante a análise de determinadas mudanças ocorridas em 2022 em sede da IEEE Standards Association, vide Mueller (2022).

¹² Para uma descrição detalhada de tal funcionamento tecnológico, recomenda-se conferir Testoni (2020b), Giraldelel (2021) e Zatt/Porto (2021).

¹³ Especialmente nesta seara, consoante aos vídeos citados na nota anterior, recomenda-se conferir Rosa (2020).

¹⁴ A Classificação Internacional de Patentes (IPC) cataloga a classe das “técnicas de comunicação elétrica” (H04) e suas subclasses (“comunicação pictórica” [H04N], “transmissão de informações digitais” [H04L], dentre outras), como pertencente à seção H, do domínio da técnica da “eletricidade”.

e práticas devem ser parte integrante de todos os aspectos do ciclo de vida do projeto e do produto, bem como do fluxo de trabalho de ponta a ponta do conteúdo.

Desde os rádios “de pilha” e televisões “de tubo”, das válvulas às ondas de rádio emitidas por torres de transmissão (broadcast)¹⁵, passando pelos *displays* digitais às modernas técnicas de processamento de sinais e pelas redes que constituem a internet, com a integração da radiodifusão ao ambiente de tecnologia da informação, o processo telecomunicacional e a (trans)formação do áudio e do vídeo¹⁶ obedece a rigorosos contextos técnicos padronizados.

2 ESSENCIALIDADE E PATENTES DECLARADAS ESSENCIAIS A UM PADRÃO (SEP)

Como consequência da atividade de padronização, “as SSOs também desempenham um papel crucial na definição das políticas de declaração

¹⁵ “Tradicionalmente, *broadcasting* se baseava em técnicas analógicas, mas no último quarto de século mais ou menos, houve uma migração constante para sistemas digitais, que proporcionam muitos benefícios técnicos e operacionais para os processos de *broadcasting*. O uso crescente de sistemas baseados em computadores revolucionou tanto os estúdios de rádio quanto os de televisão, aumentando a qualidade e a eficiência da criação de conteúdo de mídia audiovisual. Mais recentemente, novos *standards* evoluíram que também permitem a aplicação de técnicas digitais à transmissão de conteúdo para usuários finais de rádio e televisão, melhorando a eficiência e a qualidade da entrega de conteúdo de mídia. [...] Por muitos anos, o termo *broadcasting* significava a transmissão de conteúdo de áudio ou vídeo por meio de ondas de radiofrequência (RF), muitas vezes chamadas de ‘over-the-air’. Mais recentemente, com o desenvolvimento da tecnologia digital avançada, o termo se aplica a muitos tipos diferentes de distribuição de conteúdo.” (PIZZI; JONES, 2014, ebook, tradução livre)

¹⁶ “Os sinais de vídeo diferem dos sinais de imagem em várias características importantes. É claro que a diferença mais importante é que os sinais de vídeo têm uma taxa de quadros [*frame rate*] da câmera de 15 a 60 quadros por segundo, o que proporciona a ilusão de movimento suave no sinal exibido. Outra diferença entre imagens e vídeo é a capacidade de explorar a redundância temporal, bem como a redundância espacial na concepção de métodos de compressão de vídeo. Por exemplo, podemos aproveitar o fato de que objetos em sequências de vídeo tendem a se mover em padrões previsíveis e, portanto, podem ser compensados por movimento de quadro a quadro se pudermos detectar o objeto e sua trajetória de movimento ao longo do tempo. Historicamente, houve cinco grandes iniciativas na codificação de vídeo que levaram a uma gama de padrões de vídeo.” (HASKELL; PURI, 2012, p. 7, tradução livre); “O que começou como um ajuste da taxa de dados unidimensional que refletia a realidade simples de que todos os vídeos codificam de forma diferente, é agora uma análise complexa que incorpora *frame rate*, resolução, *color gamut* e *dynamic range*, bem como rede de entrega e dados relacionados a dispositivos.” (OZER, 2021, tradução livre); “Acredita-se que para os *standards* de compressão de vídeo MPEG-2 e MPEG-4 haja cerca de 800 SEPs declaradas.” (NIKOLIC, 2021, ebook, tradução livre)

[disclosure] e licenciamento de direitos de propriedade intelectual relevantes que possam afetar o desenvolvimento futuro e a adoção de padrões” (CONDE; LI; HUANG, 2019, ebook, tradução livre) e, portanto, agentes econômicos “que participam de um processo de padronização são obrigados a declarar suas patentes, que podem ser essenciais para a implementação do padrão, à SSO. Essas patentes são, portanto, chamadas de patentes essenciais (SEPs).” (CONDE; LI; HUANG, 2019, ebook, tradução livre)

Adán Carlos González Ulloa (2021, ebook, tradução livre) com muita precisão assevera que a essencialidade constitui o “elemento chave”; a “peça principal da relação/interação entre as patentes e os standards”, pois que este “conceito é o que representa os elementos técnicos protegidos que são comuns” entre ambos e que, sem a presença desta, “não haveria conflitos” entre eles.¹⁷

O autor prossegue sustentando que, para além do paradoxal dissenso advindo do fato de que cada SSO pode conceituar particularidades para a compreensão do que seja patentes essenciais de maneira distinta, *prêt-à-porter* “entende-se por essencialidade o vínculo necessário entre a patente e o standard”, havendo a manifestação de tal essencialidade na “coincidência entre o âmbito de proteção da patente, e o que corresponde ao conteúdo das *partes relevantes do standard*”¹⁸, juntamente a presença dos critérios

¹⁷ Importa, aqui, também, abordagens advindas do contexto das *essential facilities*: “A noção de *essential facilities* como teoria tem diferentes abordagens e interpretações, embora em termos de conceito se possa afirmar que é fácil de seguir, pois significa simplesmente o que diz: *essential facility*. A impressão é que se refere a qualquer ‘*facility*’ que seja importante ou necessária - ou seja, essencial - para realizar o comércio como prática negocial rotineira. [...]. Também se refere a algumas dessas *facilities* [no original está no singular] às quais o acesso é vital para manter o acesso ao mercado e talvez à produção. Também inclui qualquer *essential facility* para manter a concorrência no mercado. A impressão original que esse conceito carregava era que se refere a tais ativos ou *facilities* que não podem ser replicados com simplicidade, e onde a restrição de acesso a essas *facilities* restringe ou impede a movimentação de bens e/ou serviços essenciais.” (MALSHEE, 2018, ebook, tradução livre)

¹⁸ Afirmando (JULLOA, 2021, ebook, tradução livre) sobre as *partes relevantes*, que “há que se levar em consideração que os *standards* são compostos de diferentes tipos de informação, de distinta relevância técnica” (obrigatória, opcional, informativa). O âmbito de proteção da patente refere-se justamente às suas reivindicações: “Em uma nota terminológica, é comum na literatura a utilização do termo ‘*standard essential patent*’, enquanto são apenas as reivindicações específicas

de “necessidade, do ponto de vista técnico e comercial, da solução técnica patenteada”, e “inexistência de alternativas a tal solução”.

Importante enfatizar que as entidades de padronização, no âmbito de sua discricionariedade autorregulatória, apresentam *policy statements* “que orientam a conduta dos membros para ajudar a garantir o bom funcionamento do processo de definição de padrões e a comercialização de padrões após a definição das tecnologias” (LAYNE-FARRAR; SALINGER, 2018, p. 37, tradução livre), as quais regram, dentre outras matérias, “a divulgação, uso e licenciamento de patentes e tecnologias dentro dos padrões que [...] desenvolvem, para ajudar a garantir que as empresas que desejam implementar os padrões da SSO tenham acesso às tecnologias necessárias para a conformidade com os padrões.” (LAYNE-FARRAR; SALINGER, 2018, p. 37, tradução livre)

Tal matéria em especial resulta, principalmente, duas situações de sujeição para com o titular de patentes essenciais membro do SSO, conforme aponta Igor Nikolic (2021, ebook, tradução livre): o dever¹⁹ do membro-titular de declarar a matéria imbuída de essencialidade para o SSO (*duty to disclose SEPs*)²⁰, e o dever do membro-titular de licenciar a patente (*duty to license SEPs*) para *players* terceiros, compromissado (*committed*) às condições tradicionalmente definidas como “justas, razoáveis e não discriminatórias” (*fair, reasonable and non discriminatory* – FRAND).

de uma patente que são essenciais a um standard. As patentes frequentemente incluem dezenas de reivindicações, algumas das quais cobrem a tecnologia incluída em um standard e outras que não. Mesmo dentro da reivindicação, uma parte pode ser essencial e a outra não. A diferença é importante, pois as obrigações de declaração [disclosure] e licenciamento se aplicam apenas às partes essenciais das reivindicações de patentes, e não se estendem às reivindicações não essenciais. Portanto, o termo juridicamente e correto seria ‘standard essential claims of a patent’ ao invés de ‘standard essential patents.’ (NIKOLIC, 2021, ebook, tradução livre)

¹⁹ “O dever, até aqui, foi concebido como uma sujeição, não como uma liberação. [...]. Os homens não podem ver o mundo senão invertido. Este é o resultado de ver no espelho, como disse São Paulo. Contudo, raciocinando acaba-se por compreender que o espelho inverte o que reflete.” (CARNELUTTI, 2003. p. 78)

²⁰ Como já mencionado anteriormente.

3 POOL, PORTFÓLIO E FAMÍLIA DE PATENTES

Com relação ao *pool*, no contexto patentário, ele é em verdade “uma versão altamente desenvolvida do conceito básico da licença cruzada de patentes [*cross license*], [...] complexa e sofisticada” (MALSHEE, 2018, ebook, tradução livre), onde normalmente o “*pooling* envolve um acordo entre pelo menos duas empresas ou mais para compartilhar seus ativos de propriedade intelectual, na forma de patentes, entre si” (MALSHEE, 2018, ebook, tradução livre), sendo que tal “partilha não assume a forma de participação ou propriedade conjunta [*joint holding or ownership*].” (MALSHEE, 2018, ebook, tradução livre)²¹

A patente pode, portanto, ser declarada essencial a um SSO/SDO pelo titular e estar disponível para um *pool* intermediador (sub)licenciá-la. Carmen Rodilla Martí (2016, ebook, tradução livre) avança a reflexão acerca, propriamente, da configuração jurídica dos *pools*:

O fenômeno, como acabamos de afirmar, pode assumir várias formas jurídicas: um único contrato envolvendo várias partes (contrato multilateral), uma série de contratos bilaterais conectados (contratos relacionados/conexos), uma organização próxima a uma empresa, mas sem autêntica personalidade

²¹ Ou seja, “toda esta coleção é mantida [*held*] por um grupo, mas não há mudança de propriedade [*no change in ownership*].” (MALSHEE, 2018, ebook, tradução livre). Um exemplo para *pool* são os constituídos a partir dos standards proferidos pela iniciativa conjunta (*joint*) do MPEG, mencionado anteriormente: “Mas como funciona o licenciamento de patentes [...], ou mais precisamente, de padrões MPEG? Muito simples. Existem os chamados ‘pools de patentes’ nos quais empresas e instituições que contribuíram para um padrão agrupam seus interesses e são representadas por um administrador. No mundo MPEG, existem na verdade dois *players* principais. A MPEG LA, uma *license administration company* independente, atua em nome dos [*on behalf of*] detentores de patentes do MPEG-2 visual e MPEG-4 Visual, bem como dos sistemas MPEG-4. A parte de áudio para ambos é administrada pela Vía Licensing, que é uma subsidiária independente da [empresa de P&D em tecnologia de áudio e vídeo] e que desenvolve e administra programas de licenciamento de patentes ou pools de patentes em nome dos proprietários/licenciadores de patentes. Um fato importante a ser percebido nesse contexto é que os pools de patentes são efetivamente uma iniciativa privada dos detentores de patentes em benefício do mercado e não são conduzidos em nome da ISO ou da MPEG, [...]. Os pools de patentes, em essência, operam de forma bastante simples. Os titulares de patentes se reúnem, acordam uma estratégia conjunta e termos mutuamente aceitáveis, e estes são então anunciados com o administrador cobrando as respectivas taxas de licença de patente do mercado, quando aplicável.]” (DIEPOLD; MOERITZ, 2012, ebook, tradução livre). Para mais informações, juridicamente aprofundadas, acerca do MPEG, vide Contreras (2022, p. 898-910).

jurídica [...], ou mesmo pode ser organizado como uma empresa [...]. A doutrina faz uma classificação sintética dos tipos de pools que podem ser encontrados de acordo com uma pluralidade de critérios: (i) composição [abertos ou fechados] (ii) duração [definida ou indefinida] (iii) objetivos ou metas perseguidas [produção e mera comercialização; transferência; padronização etc.] (iv), tamanho do pool e (v) relevância das patentes [complementárias, essenciais/não essenciais ou substitutivas].

Jorge Contreras (2022, p. 887-888, tradução livre) defende dois aspectos funcionais, ditos “forças motivantes” [*motivating forces*], relativos a operação formal de tais *pools*, quais sejam (i) eficiência [*efficiency*] e (ii) permissividade [*enablement*]:

A eficiência é relativamente fácil de se entender. Se uma empresa detém doze patentes cobrindo diferentes aspectos de um motor elétrico, é mais eficiente para um fabricante de motores licenciar todas as doze em uma única transação do que licenciá-las uma a uma. O fabricante pode assim pagar um único royalty por cada motor que vende e não tem de determinar quais os motores que praticam [*practice*] quais patentes e contabilizam cada uma separadamente. [...]. O agrupamento de direitos de PI necessários ou bloqueadores, então, permite [*enable*] a produção de bens que de outra forma estariam ausentes do mercado.

A noção de portfólio de patentes é distinta, pois que “pode ser definido como uma coleção de patentes detidas por uma mesma pessoa ou empresa. Pedidos de patente [...] também podem ser englobados pelo portfólio de patentes” (DE JESUS, 2018, p. 51)²². Bem como a noção de família de patentes, que comumente é referida como o depósito e posterior concessão de patentes com o mesmo objeto/invenção, em vários países, “com exatamente a mesma prioridade ou combinação de prioridades.” (MARTÍNEZ, 2011, p. 45)²³

²² Exemplos de portfólios são os estruturados pelos Núcleos de Inovação Tecnológica de Universidades, pelos departamentos de P&D de empresas etc. Essa dissertação referenciada também traz cases interessantes.

²³ Exemplo é o pedido via PCT WO2007095079A1, de título “Processando dado de vídeo” que, além de ter sido analisado e concedido nos Estados Unidos (1ª patente da família, curiosamente com outro título: Adaptar um tipo de codificador [*encoder*] a outro tipo de codificador), também o foi na Alemanha, Inglaterra, Japão, Coreia e China.

4 ENFORCEMENT E ASSERTION ENTRE PRERROGATIVA E ABUSO

Há uma premissa importante da disciplina de Direito de Propriedade Intelectual que não deve ser olvidada neste contexto: a exclusão de terceiros, à luz sempre da exegese constitucional²⁴. No geral, o legítimo titular (ou o licenciado) pode ostentar o “fazer valer” (*enforcement/assertion*)²⁵ de sua situação jurídica subjetiva em face de supostos infratores/contrafatores através do exercício de pretensões inibitórias, compensatórias, indenizatórias etc.

O campo de prerrogativas de um titular é amplo, mas não absoluto. Entre prerrogativa e abuso, por vezes, há um sensível e fino liame. Uma recusa à licença, em determinadas situações, por parte de um agente econômico²⁶ detentor de um robusto portfólio de patentes (principalmente sobre as declaradas essenciais) pode configurar um ilícito concorrencial, por exemplo.

Outra situação que pode ocorrer é o titular ou licenciado não praticante²⁷ (*non-practicing entity/NPE*, que não explora produtivamente as invenções, vulgo

²⁴ “É um dado da natureza que duas liberdades possam colidir em seu exercício, e um dado da razão que caiba ao Direito elaborar uma solução; essa será talvez a mais pertinente das técnicas do Direito Constitucional em si mesmo.” (BARBOSA, [20--])

²⁵ Utilizados, nesse texto, como sinônimos.

²⁶ Ou mesmo uma entidade como um *pool*.

²⁷ Há quem defenda que uma NPE pode ou não ser caracterizada como *patent troll*: “As entidades não praticantes têm uma vantagem quando se trata de litígios por infração [*infringement litigation*]. É comum em processos de violação para um requerido vasculhar seus portfólios de patentes para encontrar uma patente que o requerente esteja infringindo e ajuizar reconvenção [*counterclaim*]. Os requerentes dizem: ‘Se você vai me processar por causa de suas patentes, eu vou processá-lo por violação das minhas’. O acordo pode ocorrer em seguida. Como os NPEs não fazem nada [*do not make anything*], eles estão imunes a reconvenção do requerido. As NPEs também são estruturadas para ações judiciais. Quando uma empresa operacional se torna alvo de uma NPE, os executivos da empresa alvo são afastados da operação de sua empresa. Eles precisam fornecer testemunhos [*provide testimony*], lidar com e-mails, atrasar lançamentos de produtos e interromper o trabalho diário para atender às solicitações de produção de prova [*discovery*]. NPEs não têm esses problemas. Todas as entidades com patentes válidas e reivindicações fortes têm o direito de fazer valer/afirmar [*the right to assert*] suas patentes contra outras entidades que usam a invenção patenteada sem autorização. O caráter da entidade afirmante não incorre em efeitos distintos em seus direitos de propriedade. Os NPEs, no entanto, tornam-se trolls quando distorcem a interpretação das reivindicações de patentes e procuram licenciamentos com utentes não infratores [*innocent user*].” (PARR, 2018, ebook, tradução livre). Esta opinião parece estar coerente com a conceituação de *patent*

patent trolls), que apenas adquire um ou mais portfólios de patentes para incorrer em chicana concorrencial, com acusações ilegítimas de infrações de patentes, que por vezes ventilam o abuso do direito de demandar (*sham litigation*).

Nas questões atinentes a antecipação de tutelas inibitórias do *patent infringement* de SEPs²⁸, a declaração FRAND pode afetar o preenchimento de um dos requisitos autorizativos da medida. William Hubbard (2019, ebook, tradução livre) dá o exemplo norte-americano:

Os tribunais dos EUA têm considerado que as liminares [*injunctions*] são menos propensas a serem concedidas [*to issue*] quando um proprietário da SEP fez uma declaração FRAND, porque o titular da patente pode ser incapaz de arguir [*to establish*] um dano irreparável. Ao comprometer-se a licenciar nos termos FRAND, o proprietário da patente prometeu licenciar a patente para qualquer pessoa disposta a adquirir uma licença nos termos FRAND. Tendo adotado o uso generalizado de sua invenção, mesmo por concorrentes diretos, um proprietário de SEP normalmente não pode arguir que permitir o uso continuado da invenção por um infrator produziria uma forma de dano irreparável. No entanto, os tribunais dos EUA observaram que, em casos apropriados, um proprietário de patente pode obter uma liminar apesar de ter feito um compromisso FRAND, como quando um concorrente se recusa a obter uma licença FRAND, atrasar injustificadamente as negociações FRAND ou for incapaz de pagar cotizações FRAND. Este ponto não deve ser exagerado, pois alguns juizes dos EUA expressaram relutância em conceder uma liminar mesmo quando um infrator se recusa a aceitar uma licença FRAND. De acordo com a lei dos EUA, os infratores que negociam de boa-fé [*good faith*],

troll em sentido estrito: “[...] somente serão considerados trolls de patentes os detentores de patentes que fizerem uso anticompetitivo de seus direitos. Em outras palavras, são aqueles proprietários que usam seus direitos exclusivos como mecanismo para litigar ou ameaçar litigar supostos infratores de seus direitos de forma indevidamente agressiva e oportunista. Essas práticas geralmente são acompanhadas pela obtenção de benefícios econômicos excessivos, exigidos com base na eventual posição de domínio que as patentes podem conferir ao seu titular.” (PÉREZ, 2020, p. 39, tradução livre)

²⁸ “A análise de situações que envolvem as SEP desperta a atenção para quatro possibilidades: A primeira se refere à negociação (*negotiation*), onde as partes envolvidas tentam estabelecer os FRAND e muitas vezes acabam recorrendo a terceiros. A segunda se refere à possibilidade de envolver (*hold up*), onde o agente econômico detentor da SEP busca se envolver o agente que utilizará a patente e aproveitar do seu poder de mercado para obter valores elevados de royalties, apesar dos termos FRAND. Já a terceira se refere à situação de escapada (*runaway*), na qual o agente econômico quer viabilizar o padrão tecnológico utilizando a SEP, mas não quer estabelecer um acordo com o detentor da SEP. Por fim, a quarta possibilidade se refere à exclusão (*exclusion*), pela qual tanto o detentor da SEP como o agente econômico que quer utilizar a SEP competem no mercado downstream em produtos que utilizam tal padrão, logo o detentor da SEP tenta excluir o seu competidor do mercado não licenciando.” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, 2020, p. 664)

mas não concluíram as licenças, provavelmente não enfrentarão liminares por infringir SEPs sujeitos a uma declaração FRAND.

Igor Nikolic (2021, ebook, tradução livre) também destaca o cenário controversial²⁹ da concessão de *injunctio*ns a titulares de SEPs:

O uso de liminares em favor de SEPs tem sido altamente controverso. Uma liminar é um remédio para a violação de uma patente válida que impede a venda de produtos infratores até que o infrator possa obter uma licença ou realizar o *design around* da patente. As liminares têm sido vistas como a ferramenta mais poderosa para estratégias oportunistas de *hold up* por proprietários de SEP, pois mesmo que um SEP seja considerado válido e infringido, ele pode impedir a venda de todo o produto. Diz-se que os detentores do SEP podem usar liminares, ou mesmo a ameaça [*threat*] de liminares, para forçar os implementadores a aceitar termos de licenciamento excessivos. Assim, muitos argumentaram que as liminares são inconsistentes com os compromissos FRAND e devem, em princípio, não estar disponíveis ou serem concedidas apenas em circunstâncias extremas.”

Neste contexto de *enforcement* e *assertion*, visualiza-se que relações jurídicas e econômico-sociais unidas de cooperação³⁰ ou coordenação, consagradas entre agentes econômicos, no que se refere aos seus comportamentos mercantis *intra* pools e entidades de padronização, podem-

²⁹ O que revela extremamente necessário a produção de provas dotadas da necessária imparcialidade no decurso da ação, a não subtrair ou subverter a prudente atividade de cognição do julgador. “Afinal, como fazer o cidadão crer na legitimidade das decisões se essas não declarassem que a hipótese, sobre a qual a norma incide, configurou-se na realidade? Aí está a raiz de toda a relevância, para a doutrina processual, da verdade substancial. Eis a função primordial do processo: conhecer (*cognoscere*); e essa é a matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional.” (MARINONI; ARENHARD, 2019, ebook)

³⁰ “Nas últimas décadas, a cooperação entre agentes econômicos elevou-se, acentuadamente, com os mais diversos objetivos: (i) a repartição do risco econômico de investimentos entre mais de uma entidade (usual em setores de exploração do petróleo, na construção civil, em áreas de pesquisa); (ii) criação de entes para atuação em determinada fase do circuito produtivo; (iii) ingressos em mercados locais, especialmente no contexto da internacionalização da economia; (iv) o compartilhamento de recursos tecnológicos, especialmente com fins de transferência ou complementariedade; e (v) o aproveitamento de vantagens financeiras, com a associação de empresas de países diversos, visando às melhores condições de crédito. Para dar azo à estratégia cooperativa, ou os agentes econômicos recorrem à fusão de empresas, com a perda da independência de uma das partes, ou há o estabelecimento de laços de cooperação, por meio de um agrupamento de sociedades, com a formação de uma entidade dotada ou não de personalidade jurídica própria, ou por meio da celebração de instrumentos contratuais.” (YAMASHITA, 2022, p. 18)

se transmutar em *competição* no seio *concorrencial*, lícita (estratégia, páreo) ou antijurídica (desagravo, abuso).³¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate³² jurídico e econômico nacionais a respeito dos pools, padrões técnicos e patentes declaradas essenciais vem crescendo gradativamente. Leva a efeito tal debate distintas percepções acerca das necessidades de revisões da política industrial atinente a propriedade industrial e concorrência, e de outras políticas setoriais (a exemplo das telecomunicações).

Também o cenário judicial brasileiro vem apresentando uma crescente participação de agentes econômicos (estrangeiros) travando contendas entre si por infração e/ou nulidade de patentes essenciais, casos estes pendentes de julgamento.

O abuso das prerrogativas de ação por parte dos titulares de SEPs (caso estes não galguem acordos [*settlement*] em face dos alegados infratores, o que não raro constitui um dos objetivos mediatos de tais ações) ou a contrafação de SEPs por parte de infratores, são condutas a serem parametricamente analisadas e balizadas pela jurisprudência pátria com o passar do tempo.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, V. Compliance concorrencial. São Paulo: Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2021.

³¹ Presta-se referência e homenagem a arguta sistematização de Barbosa (2022, p. 17)

³² Vide, *exempli gratia*, (i) textos publicados no Migalhas de Peso, especialmente de Campos/Di Blasi (2022), da Silva (2021), Mostardeiro/Barzilai (2021) e Quintanilha (2020), (ii) na Revista da ABPI, de Pires de Carvalho (2022), Carpena (2022), Guerchon (2018), Viegas (2018) e Bueno (2016), (iii) as monografias de pós-graduação *stricto sensu* de Ishida (2019), Kilmar (2018), Terng (2018) e Silva (2012), (iv) e textos esparsos como os de da Vaz e Dias (2022), Cunha/Ishida (2021), Barbosa/Guilherme (2021), Proença (2018), Pereira Jr./Rosa (2018), Prata de Carvalho (2016), Faria (2014) e Barbosa (2014), com a devida vênia se deixei de mencionar algum notório.

BARBOSA, D. B. “**Patentes, padrões técnicos e Ofertas de licença FRAND em direito brasileiro**”, 2014. Texto disponível em DBBA.

BARBOSA, D. B. “**Bases constitucionais da propriedade intelectual**”, [20--]. Texto disponível em DBBA.

BARBOSA, P. M. N. **Curso de concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BARBOSA, C.; GUILHERME, G. O. “**Patentes, padrões tecnológicos e licenças – uma análise pela teoria dos jogos**”. JOTA, 2021.

BLOK, V. The Role of Human Creativity in Human-Technology Relations. **Philosophy & Technology**, v. 35, ed. 3, set. 2022.

BUENO, N. Patentes essenciais e condutas anticompetitivas de poder econômico. **Revista da ABPI**, v. 143, jul-ago 2016.

BURGELMAN, R.; CHRISTENSEN, C.; WHEELWRIGTH, S. **Gestão estratégica da tecnologia e da inovação**. São Paulo: AMGH McGraw-Hill Bookman, 2012.

CAMPOS, P. de A. M.; DI BLASI, C. G. “**O Brasil não se preparou para lidar com as patentes do 5G**”. Migalhas, 2022.

CARNELUTTI, F. **Arte do direito**. Campinas: Bookseller, 2003.

CARPENA, H. Diálogos entre direito do consumidor e propriedade intelectual: o caso das patentes essenciais. **Revista da ABPI**, v. 178, mar-abr 2022.

COUTO GONÇALVES, L. **Manual de direito industrial**. Coimbra: Almedina, 2019.

CONDE, F.; LI, L.; HUANG, C. Standard setting organizations, standard essential patents and FRAND terms: an economic observation. In: LIU, K.; HILTY, R. (ed.). **SEPs, SSOs and FRAND**. Nova Iorque: Taylor & Francis Routledge, 2019.

CONTRERAS, J. **Intellectual Property Licensing and Transactions.**

Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

DA CUNHA, J. V.; ISHIDA, J. S. Impactos de patentes essenciais a um padrão técnico na implantação de tecnologias 5G: um panorama brasileiro. *In:* ABRÃO, E. Y. (coord.). **Propriedade intelectual e bens de personalidade: o contemporâneo essencial.** São Paulo: Editora IASP, 2021.

DA SILVA, I. L. “**Patentes essenciais como elemento de integração do 5G**”. Migalhas, 2021.

DE JESUS, C. K. G. **Gestão de portfólio de patentes.** Dissertação de mestrado apresentada ao PPG da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, defendida em 2018.

DIEPOLD, K.; MOERITZ, S. **Understanding MPEG 4.** Nova Iorque: Taylor & Francis Focal Press, 2012.

FARIA, I. B. Considerações sobre essential facilities e Standard Essential Patents nas guerras de patentes de TI. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 2, n. 1, 2014.

FRANCESCHINI, J. I. G.; BAGNOLI, V. **Tratado de Direito Empresarial.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. [Volume 7]

GIRALDELI, F. “**Compressão de vídeo – conceitos gerais**”. Youtube, 2021.

GUERCHON, D. Os polêmicos patent trolls – conceito, críticas e atuação no Brasil. **Revista da ABPI**, v. 152, jan-fev 2018.

HASKELL, B. G.; PURI, A. MPEG Video Compression Basics. *In:* Chiariglione (ed.). **The MPEG representation of digital media.** Nova Iorque: Springer, 2012.

HUBBARD, T. **U.S. perspectives.** *In:* LIU, K.; HILTY, R. (ed.). **SEPs, SSOs and FRAND.** Nova Iorque: Taylor & Francis Routledge, 2019.

ISHIDA, J. S. **Licenciamento de patentes essenciais a um padrão técnico: aplicabilidade de doutrina das essential facilities**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 2019.

KERZNER, H. **Innovation Project Management**. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, 2019.

KILMAR, S. G. **Patentes essenciais à implementação de standards: efeitos anticompetitivos e as soluções propostas pelos direitos patentário e concorrencial**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 2018.

KUHN, K. Digital Video Standards and Practices. *In*: CAVELL, G.; OSENKOWSKI, T.; LAYER, D.; PIZZI, S.; HAYES, W. (ed.). **National Association of Broadcasters Engineering Handbook**. Nova Iorque: Taylor & Francis Focal Press, 2017.

LAPLANTE, P. **Dictionary of Computer Science, Engineering and Technology**. Nova Iorque: Taylor & Francis CRC, 2017.

LAYNE-FARRAR, A; SALINGER, M. The Policy Implications of Licensing Standard Essential FRAND-Committed Patents in Bundles. *In*: Bharadwaj/ Devaiah/Gupta (ed.). **Complications and quandaries in the ICT sector**. Singapura: Springer, 2018.

LIMA, M. **Liberdade de pesquisa científica e inovação na sociedade do conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2019.

MUELLER, F. "IEEE rejoins mainstream of standard-setting world as it undoes key elements of 2015 patent policy that encouraged hold-out by unwilling licensees". FOSS Patents, 2022.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Prova e convicção**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

MALSHEE, D. **Patent Pools, Competition Law and Biotechnology**. Nova Iorque: Taylor & Francis Routledge, 2018.

MARTÍ, C. R. **Consortios de estandarización, patentes esenciales y cláusulas FRAND**. Valência: Tirant lo Blanch, 2016. (você pode ler uma resenha nossa deste livro em específico em ARRABAL, O. H. B. “**Padronização técnica, patentes essenciais e cláusulas FRAND: resenha de doutrina**”, Jus Navigandi. 2022.)

MARTÍNEZ, C. Patent families. **Scientometrics**, v. 86, ed. 1, jan., p. 45, 2011.

MOSTARDEIRO, M.; BARZILAI, N. “**Tudo o que você precisa saber sobre patentes essenciais a um standard!**”. Migalhas, 2021.

NIKOLIC, I. **Licensing Standard Essential Patents**. Londres: Bloomsbury, 2021.

OZER, J. “**The Past, Present, and Future of Per-Title Encoding**”. Steaming Media, 2021.

PARR, R. **Intellectual Property**. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, 2018.

PEREIRA JR., A. A.; DEL CHIARO, J. Patentes essenciais, hold-up e o papel do antitruste: análise do caso Ericsson v. TCL. *In*: CAMPILONGO, C. F.; PFEIFFER, R. A. C. **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

PÉREZ, M. M. **Patent trolls y derecho de la competencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

PIRES DE CARVALHO, N. T. As normas técnicas, o direito de patentes e a concorrência. **Revista da ABPI**, v. 179, jul-ago. 2022.

PIZZI, S.; JONES, G. **A Broadcast Engineering Tutorial for Non-Engineers**. Nova Iorque: Taylor & Francis Focal Press, 2014.

PRATA DE CARVALHO, A. G. “**As patentes essenciais a padrões tecnológicos no direito brasileiro**”. CPR LATAM, 2016.

PROENÇA, J. M. M. Pool de patentes, padronização técnica, patentes essenciais e o direito da concorrência. *In*: CAMPILONGO, C. F.; PFEIFFER, R. A. C. **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018.

QUINTANILHA, R. “**A importância das patentes essenciais nas telecomunicações**”. Migalhas, 2020.

RANDAKEVICIÚTE, J. **The Role of Standard-Setting Organizations with Regard to Balancing the Rights Between the Owners and the Users of Standard-Essential Patents**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

REMÉDIO MARQUES, J. P. Artigo 50. *In*: COUTO GONÇALVES, Luís (org.). **Código da propriedade industrial anotado**. Coimbra: Almedina, 2021.

RIBEIRO, F. **Discricionariedade técnica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
ROSA, V. “**Princípio da Compressão de Vídeo e o Padrão H-264**”. Youtube, 2020.

SILVA, D. F. **Pools de patentes: impactos no interesse público e interface com problemas de qualidade do sistema de patentes**. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, defendida em 2012.

SPIVAK, S.; BRENNER, F. C. **Standardization Essentials**. Nova Iorque: Taylor & Francis CRC, 2018.

TESTONI, V. “**A Brazilian flavor in future JPEG & MPEG standards**”. Youtube, 2020a.

TESTONI, V. “**Entrevista completa sobre compressão de vídeo**”. Youtube, 2020b.

TERNG, V. **Agrupamento de patentes: efeitos concorrenciais e à inovação**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 2018.

TROTT, P. **Gestão da inovação e desenvolvimento de novos produtos**. Porto Alegre: AMGH Bookman, 2012.

ULLOA, A. C. G. **Las patentes esenciales en los estándares tecnológicos: prevención y reacción frente a las conductas oportunistas**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

VAZ E DIAS, J. C. O acesso às tecnologias essenciais patenteadas por meio do contrato de licença FRAND: peculiaridades jurídicas e limitações proprietárias. In: FRAZÃO, A.; MONTEIRO DE CASTRO, R. R., CAMPINHO, S. **Direito Empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho**. São Paulo: Quartier Latin, 2022. [Volume I]

VIEGAS, J. L. B. Standard Essential Patents: implicações para seu licenciamento e repercussões concorrenciais. **Revista da ABPI**, v. 117, mar-abr 2022.

YAMASHITA, H. T. **Cooperação empresarial**. São Paulo: Almedina, p. 18, 2022.

ZATT, B.; PORTO, M. “**DPVSA 2021 – Princípios de codificação de vídeo**”. Youtube, 2021.

ZHANG, J. De facto standards. In: LIU, K.; HILTY, R. (ed.). **SEPs, SSOs and FRAND. SEPs, SSOs and FRAND**. Nova Iorque: Taylor & Francis Routledge, 2019.

PARCELAMENTO DE SOLO URBANO: DO REGULAR AO IRREGULAR E OS REFLEXOS DOS PARCELAMENTOS IRREGULARES E CLANDESTINOS NA PROPRIEDADE URBANA

Ricardo Hack

INTRODUÇÃO

No ano de 1916, com o Código Civil, ficou estabelecido que uma das formas de aquisição da propriedade imóvel ocorria pela “transcrição do título de transferência no Registro de Imóvel”, nos termos do artigo 530, I, e os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos, estariam sujeitos à transcrição no respectivo registro, nos termos do artigo 531, que dispõe “estão sujeitos a transcrição, no respectivo registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.” (BRASIL, 1916). Esse marco representou uma evolução no registro imobiliário brasileiro, consagrando um conhecido jargão no meio jurídico de “quem não registra não é dono.” (AZEVEDO, 1976; SCAVONE JUNIOR, 2016).

E, assim, Clóvis Beviláqua adotou parte do sistema registral alemão¹, tendo em vista que considerou a previsão de que a transferência da propriedade imobiliária *entre vivos* ocorre mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis, quando “a aquisição dos bens imóveis, contudo, não se completa com a escritura” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 16), tendo ainda, como foco

¹ Todavia, a presunção de propriedade gerada pelo registro é relativa, ou seja, admite prova em contrário. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 18).

atual, conferir, além da proteção ao direito de propriedade, que este deve cumprir sua função social.

Ao longo dos anos, a ocupação das cidades ocorreu de forma desordenada, sendo fortemente marcada pelo êxodo rural, essa ocupação proporcionou o *boom* dos grandes centros urbanos, principalmente “a partir de 1950, graças ao crescimento da industrialização.” (SILVA, 2014, p. 21). Não obstante, muitos municípios não estavam preparados para receber repentinamente inúmeras pessoas. Em 1973, surge a Lei nº 6.015/1973, conhecida como a Lei dos Registros Públicos, com novos elementos, criando o sistema de matrícula.

A referida Lei tem por base diversos princípios, dentre os quais o princípio da especialidade, que procura descrever pormenorizadamente o imóvel, com o objetivo de identificar corretamente o imóvel, ou seja, descrever aquilo que existe fisicamente, para que a matrícula possa expressar uma simetria entre o imóvel registrado e sua realidade. Acredita-se que esta contribuiu para que se tenha maior preocupação com o imóvel, uma vez que são concentrados todos os atos na matrícula do imóvel, tendo por base o princípio da unitariedade, quando “cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro ato de registro ou de averbação caso a transcrição possua todos os requisitos elencados para a abertura de matrícula” nos termos do artigo 176, I, da Lei dos Registros Públicos.

Diante desse cenário, surgiu a Lei nº 6.766/1979, que disciplina o parcelamento de solo urbano, o qual acontece nas modalidades de loteamento e desmembramento, a fim de que seja um meio para a adequada regularização da propriedade, proporcionando, assim, que muitas pessoas consigam adquirir de forma regular o lote², com o devido título e mediante registro para que possa dar uso adequado à propriedade. Lote “na definição legal, é o terreno servido

² O artigo 2º, § 4º, da Lei nº 6.766/1979 define 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.”

por infraestrutura básica, cujas dimensões atendem aos índices urbanísticos definidos no plano diretor ou em lei municipal, para a zona em que se situe.” (CENEVIVA, 2007, p. 607).

A Constituição Federal de 1988 contribuiu para a regularização de muitos imóveis, ao passo que foi marco para o desenvolvimento urbano, uma vez que apresenta um capítulo específico para a política urbana e atribui competências aos municípios para o adequado ordenamento territorial. Cabe aos municípios, nos termos do artigo 182, promover a política de desenvolvimento urbano, a ser executada “pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (BRASIL, 1988).

Sobre a propriedade urbana, Avvad (2012, p. 93) destacou que o artigo 182 da Constituição “traça a política de desenvolvimento urbano com o fito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, cabendo aos municípios adequar o devido planejamento, eis que está próximo da realidade de cada família que necessita ter seu imóvel regularizado, já que “cumpre ao Estado-membro e ao Município em especial, ditarem as normas para o melhor aproveitamento do solo urbano, e foi em razão desses princípios constitucionais que a Lei nº 6.766/1979 foi recepcionado pela Carta Magna.” (SILVA, 2014, p. 71).

Com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, surgiram mecanismos para solucionar problemas urbanísticos, sociais, ambientais e jurídicos, ainda, foram criados instrumentos para permitir que os municípios promovam o adequado ordenamento territorial, em especial, com a utilização do plano diretor de desenvolvimento municipal. Nessa via, “temos então que, cabe às leis locais de zoneamento e loteamento abranger os aspectos urbanísticos de ordenação e de ocupação do espaço urbano e as suas construções.” (SILVA, 2014, p. 70).

As funções sociais da cidade, quer sejam de fornecer habitação, circulação, trabalho e lazer, acontecerão de forma adequada quando todos os

municípios forem contemplados. Nesses termos, uma das formas de promover a habitação é permitindo a realização de parcelamentos de solo urbano de forma regular, seguindo os preceitos legais, no intuito de que o loteamento seja registrado perante a serventia imobiliária e após a devida regularização, seja comercializado de forma correta.

Tendo em vista a competência dos municípios para a aprovação do projeto do loteamento, inicialmente, o interessado deverá buscar informações junto ao poder público municipal sobre a viabilidade do empreendimento, por meio da consulta das diretrizes gerais para regular o parcelamento. O município poderá descrever a infraestrutura mínima, os requisitos urbanísticos, a continuidade do arruamento, enfim, os procedimentos para que o loteador possa idealizar e implantar o loteamento, com o devido registro perante o registro imobiliário.

Destarte, o registro de imóveis no Brasil é regulamentado atualmente por meio da Constituição Federal, no artigo 236, *caput*, que trata o registro de imóveis como uma instituição de caráter privado, sendo que o ingresso na atividade ocorrerá mediante concurso público. Com a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, regulamentou-se o serviço notarial e de registro previsto na Constituição, cujos serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A Constituição Federal de 1988 atribui à União a competência privativa para legislar sobre os registros públicos. A União, no exercício dessa competência, que também era prevista na edição anterior, editou a Lei nº 6.015/1973, sancionada pelo Presidente em 31 de dezembro de 1973, regulamentando os serviços registrais por ela especificados, quando alguns elementos essenciais ao desenvolvimento dos serviços são submetidos à lei estadual (CENEVIVA, 2007).

Assim, pretende-se discutir o parcelamento de solo urbano, realizado segundo os preceitos da Lei nº 6.766/1979, mediante as modalidades de loteamento e desmembramento, iniciando com um estudo sobre a legislação pertinente ao tema, em conjunto com uma revisão de literatura.

Como procedimentos metodológicos, realizou-se uma pesquisa de casos julgados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para identificar decisões sobre o tema e os reflexos na propriedade urbana, utilizando como descritores “parcelamento de solo irregular” e “parcelamento de solo clandestino”, apresentando o resultado do levantamento empreendido, bem como as principais constatações acerca desses levantamentos e contribuições para aperfeiçoar os estudos no que se refere ao parcelamento de solo urbano irregular e clandestino, marcadamente, em municípios de Santa Catarina.

1 PARCELAMENTO DE SOLO URBANO: LOTEAMENTO E DESMEMBRAMENTO

Inúmeras cidades brasileiras foram marcadas pelo crescimento desordenado, refletindo em diversos problemas sociais, ambientais, jurídicos e urbanísticos, que sobremaneira afetam diretamente a vida das pessoas. O Direito tem, dentre seus objetivos, tutelar problemas sociais existentes, promovendo soluções para essas ocupações irregulares ou clandestinas, permitindo, assim, que o indivíduo possa exercer a cidadania e ter uma vida digna.

São diversas as situações em que ocorre a venda de lotes sem a devida aprovação perante o município e o registro de imóveis, ou seja, o loteador não segue os preceitos legais, o que contribui para o crescimento desordenado dos municípios, os quais, muitas vezes, fazem “vistas grossas”. Ceneviva (2007, p. 617) destacou que “em virtude da intensa urbanização nas grandes cidades, foram numerosíssimos os loteamentos que, por impropriedade semântica, passaram a ser denominados *clandestinos*, embora feitos às claras e geralmente com suspeita omissão das autoridades.”

Esses parcelamentos, implantados de fato, ocasionaram na venda de diversos lotes por meio de contratos³, os quais, muitas vezes, não

³ Muitos conhecidos por contratos de gaveta.

respeitam critérios legais e, por conta disso, não proporcionam segurança aos compradores. A Lei de Parcelamento de Solo Urbano, Lei nº 6.766/1979, que disciplina o parcelamento de solo urbano por meio de diretrizes nacionais para o loteamento ou desmembramento, além de desenvolver a sistemática para permitir a criação dos lotes, visa proteger o direito de propriedade, que tem uma proteção especial na Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, XXII, da Carta Magna, confere proteção ao direito de propriedade, bem como previsão de que o imóvel deverá atender à sua função social, artigo 5º, XXIII, sendo o parcelamento de solo uma das formas de que o imóvel possa cumprir sua função social⁴, cuja propriedade “deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (artigo 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.” (TARTUCE, 2021, p. 150).

O Código Civil Brasileiro não deu conta de estabelecer um conceito ao direito de propriedade e estabeleceu atributos ao proprietário de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, nos termos do artigo 1.228, que Caio Mario da Silva Pereira (2022, p. 99) descreve em suas lições primordiais:

Como efeito, a propriedade é o direito subjetivo padrão, dado que confere ao sujeito toda uma gama de poderes, e encontra na ordem jurídica toda sorte de proteções: a Constituição Federal o assegura, o Direito Civil o desenvolve, o Direito Processual oferece as ações defensivas, o Direito Penal pune os atentados contra a propriedade, o Direito Administrativo disciplina vários dos seus aspectos. Cumpre então verificar por que meios a propriedade, como direito, adere ao proprietário como sujeito, e minudenciar as causas ou os fatos jurídicos hábeis a gerar para alguém a titularidade do direito.

No que diz respeito à aquisição da propriedade urbana, a legislação brasileira prevê a aquisição por meio do registro do título, nos termos do

⁴ Caio Mario da Silva Pereira entende que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

artigo 1.245, do Código Civil Brasileiro, quando “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis” (BRASIL, 2002), nessa forma, faz-se necessária a existência do imóvel devidamente regularizado, ou seja, previamente especializado em uma matrícula para que possa ser transferido ao novo proprietário, por meio do “registro do título aquisitivo é a primeira forma derivada de aquisição da propriedade imóvel a ser estudada, nos termos dos arts. 1.245 a 1.247 do CC/2002.” (TARTUCE, 2021, p. 280).

Essa transferência da propriedade, pelo registro do título, é conhecida como aquisição derivada da propriedade. Para existir essa forma de aquisição é necessário que o imóvel esteja devidamente registrado, por exemplo, fruto do parcelamento regular do solo, mediante uma matrícula imobiliária. Para Azevedo (1976, p. 54), a matrícula “tem por objetivo cadastrar e individualizar o imóvel e não a pessoa interessada, embora da matrícula deva constar o nome desta, com os qualificativos acima indicados. Procedem-se a matrícula uma só vez e as subseqüentes alienações serão objeto de registro.”

Segundo Diniz (1992, p. 18), a matrícula é utilizada para “indicar o assentamento de cada imóvel, com suas especificações físicas e jurídicas.” É na matrícula que vão estar concentrados todos os atos que envolveram determinado imóvel, quer sua descrição, quer sua propriedade. Para Balbino Filho (1996, p. 54, grifo do autor), compete ao Oficial do Registro de Imóveis a prática dos seguintes atos “a) o *registro*, compreendendo os atos que anteriormente eram *inscritos* ou *transcritos*; b) a *averbação*, que é lançamento de todas as ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro; c) e a *matrícula*, que é a especialização do imóvel.”

Para o registro do loteamento, o interessado deverá depositar previamente os documentos perante a serventia imobiliária, a fim de seguir os preceitos estabelecidos pela Lei nº 6.766/1979, em especial, apresentando os documentos dispostos no artigo 18. Jargão conhecido nesse ponto é que,

cumprido o artigo 18, o loteamento é regular e não sendo preenchidos todos os requisitos se está diante de um loteamento irregular. Ceneviva (2007, p. 426) menciona sobre os loteamentos e desmembramentos que o “parcelador arquivará a documentação prevista em lei, com o memorial e o projeto, conferida a coincidência destes com o registro existente, comprovando a titularidade do imóvel.”

Importante que o registro imobiliário possa exercer sua função de dar autenticidade, validade e eficácia aos negócios jurídicos, mediante o regular registro do loteamento, em especial, pelos preceitos estabelecidos no artigo 18, da Lei nº 6.766/1979. Como bem destaca Marinoni (1999, p. 27), é preciso estar convencido de que “não somente os órgãos judiciários tradicionais têm condições para solucionar os conflitos de interesses”, as atribuições devem ser conferidas a todos, população, poder públicos, órgãos judiciais e extrajudiciais, e cabe aos municípios o adequado planejamento territorial e fiscalização dos parcelamentos de solo, a fim de evitar ocupações irregulares e clandestinas.

No ano de 1979 foi estabelecido o regramento atual sobre o Parcelamento de Solo Urbano, tendo em vista que a sociedade estava aguardando regras específicas para o parcelamento de solo urbano. Assim, a Lei de Parcelamento de Solo Urbano descreve, no artigo 1º, que o “parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei” (BRASIL, 1979), cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o poder de “estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nessa Lei às peculiaridades regionais e locais (BRASIL, 1979). Ao tratar as formas do parcelamento de solo, a Lei nº 6.766/1979 estabelece que:

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).

Por meio desse dispositivo, o parcelamento de solo⁵ ocorre dessas duas formas, mediante loteamento ou desmembramento, dependendo da área a ser parcelada. Se existente a infraestrutura e o imóvel confrontar com alguma via pública, poderão ser criados novos lotes, utilizado o arruamento e a infraestrutura existente mediante desmembramento. Com a abertura de vias públicas, dar-se-á o parcelamento, por meio do loteamento, quando será prolongado, modificado ou ampliado o sistema viário, ou ainda, a abertura de novas vias de circulação. O loteamento “é a subdivisão de um imóvel, chamado usualmente de maior porção, do qual se originam outros imóveis designados lotes.” (AVVAD, 2012, p. 544).

Em relação à infraestrutura para a realização do empreendimento, existem requisitos na legislação federal, cabendo aos Estados e municípios promover exigências de acordo com o interesse local. A legislação federal relaciona cinco requisitos básicos para o parcelamento de solo, previstos no artigo 1º, § 5º⁶. Essa infraestrutura poderá ser caracterizada como um mínimo para utilização do lote e permitir a construção, ou seja, a edificação de forma regular e com os requisitos necessários para viabilizar a utilização do imóvel e “além dessas obras, é condição ‘sine qual non’ para a aprovação do loteamento, a execução pelo loteador, sem qualquer ônus para o município, de

⁵ Ceneviva (2007, p. 606) define o “parcelamento, para os fins da Lei nº 6.766/1979, consiste na subdivisão de gleba, situado em zonas determinadas do território distrital ou municipal urbano, em lotes destinados à edificação”, sendo a gleba “no sentido de imóvel.”

⁶ 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.

todas as obras de terraplenagem, pontes, muros de arrimos, emplacamento das vias e logradouros públicos.” (SILVA, 2014, p. 87).

Para que o lote seja utilizado de forma regular, faz-se necessário que o parcelamento seja realizado em áreas em que é possível a utilização para os fins para os quais foi projetado. Dessa forma, importante as restrições estabelecidas no artigo 3º, quando “somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal” (BRASIL, 1979), estabelecendo, ainda, que não será permitido o parcelamento de solo nas condições estabelecidas no parágrafo único:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção. (BRASIL, 1979).

O parcelamento de solo será permitido em áreas que realmente suportem a implantação ou construção de edificações, com o objetivo de que, com a implantação do parcelamento de solo, no produto final do loteamento, ou seja, no lote, seja permitida a edificação. Na sequência dos artigos, a Lei nº 6.766/1979 continua exemplificando os requisitos urbanísticos para o loteamento, conforme a previsão do artigo 4º.

[...]

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

§ 1º-A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os

índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento. (BRASIL, 1979, grifo nosso).

Posteriormente, a legislação descreve sobre o projeto de loteamento. Assim, antes da implantação de qualquer empreendimento, ou mesmo do início de qualquer projeto, o interessado na implementação do parcelamento de solo deverá consultar⁷ o município, para verificar as diretrizes mínimas para o parcelamento. Quanto à execução das obras, é importante considerar a previsão do artigo 9º, que estabelece que será apresentado um cronograma de execução das obras com duração máxima de quatro anos, e do competente instrumento de garantia, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 18, da Lei nº 6.766/1979.

Aprovado o loteamento, conforme a legislação federal, o loteador terá o prazo de 4 (quatro) anos para a realização do empreendimento. Contudo, cabe uma consulta em cada município, tendo em vista que muitos reduziram o prazo para execução das obras para 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado. Esse cronograma é fundamental para os adquirentes dos lotes, pois poderão acompanhar a obra conforme o tempo que o loteador demonstrou ao município e depositou junto ao registro de imóveis para a conclusão das obras.

Em conjunto com o licenciamento ambiental, o loteador deverá depositar todos os documentos na serventia imobiliária, para que se efetue o devido registro do loteamento e este possa ser considerado regular para todos os fins de direito. Após breve revisão sobre a implantação de loteamento, destacam-se situações que envolvem parcelamentos irregulares e clandestinos. Loteamento irregular é aquele que foi aprovado, mas não seguiu todas as etapas existentes para a conclusão. Foi aprovado, pode ter sido registrado, contudo, não foi

⁷ Art. 6º da Lei nº 6.766/1979. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel [...].

concluído ou não foi executado de acordo com a aprovação. Também, pode ser caracterizado como aquele loteamento aprovado pelo Município, mas que não teve seu registro no Registro de Imóveis e nem sua execução. Por outro lado, existem os loteamentos clandestinos, caracterizados como aqueles existentes *in loco*, ou seja, que possuem definições de áreas, edificações, inexistindo qualquer formalidade ou registro perante os órgãos competentes. É realizado sem qualquer fiscalização, sendo merecedor de embargo pelos órgãos competentes.

Com o êxodo rural iniciou-se a formação de desordenados adensamentos urbanos, sem a fiscalização dos órgãos municipais ou estaduais, que, por sua vez, deveriam impedir a formação desses núcleos urbanos irregulares, cuja ocupação desordenada levou à formação de cidades sem planejamento e pouco ou inexistente presença do Poder Público, o que leva as pessoas a viverem em situações de risco, de precariedade, que, inúmeras vezes, colocam a própria família em risco.

Ocorreu, dessa maneira, a formação de favelas, de bairros sem planejamento territorial, de indústrias que proporcionam ruídos ao lado de residências, de ruas sem identificação, ou ainda, sem qualquer continuidade do sistema viário oficial, sem falar na precária ou inexistente infraestrutura, bem como a inexistência de equipamentos comunitários e espaços coletivos, além da ocupação de áreas de risco e de áreas de preservação permanente, diante de ocupações clandestinas ou irregulares.

Até mesmo após a Lei nº 6.766/1979, se for buscar as áreas públicas existentes em cada loteamento, encontra-se a triste realidade de ocupação desses imóveis com habitações clandestinas e irregulares, os quais, muitas vezes, foram objetos de transmissão por parte de representantes do poder público para satisfazer interesses privados. Ainda, pode-se descrever a inobservância do princípio constitucional da liberdade de locomoção, eis que o próprio Estado fica impedido de adentrar áreas irregulares e efetuar a coleta de lixo, tratar o esgoto, fornecer água potável, cobrar Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU),

etc., tendo em vista a inexistência de qualquer espaço público ou fornecimento desses serviços públicos.

São diversos impactos ambientais causados pela falta de infraestrutura, como insalubridade, falta de rede coletora de esgoto, ou tratamento de efluentes domésticos. Em alguns locais, é evidente o risco de deslizamentos de terras, tendo em vista a ocupação de áreas de preservação permanente de rios, córregos e a ocupação de áreas de encostas, que podem ser consideradas áreas de conservação ambiental. Os problemas são tantos que a legislação iniciou pela preocupação em tratar os problemas de saúde existentes, para depois legislar sobre o parcelamento de solo.

Fruto do parcelamento irregular ou clandestino tem-se o crescimento desordenado do município. Sendo desordenado o crescimento pode-se estar diante de um sistema viário desordenado, desconstruído, onde ruas com gabarito de 12 m estão interligadas em ruas com gabarito de 10 m, com insegurança no tráfego e circulação das pessoas, sendo a circulação uma das funções básicas da cidade. Nessas situações narradas, tem-se por inexistente a presença do Poder Público para manter os padrões de desenvolvimento do município, além de permitir empreendimentos que, “muitas vezes, movidos por fórmulas mágicas, maus empresários empregam meios não muito ortodoxos para conseguir, por via oblíqua, aquilo que não conseguiriam pelo meio normal.” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 134).

No loteamento regular, em geral, são preservados espaços públicos que, em uma regra geral, são na proporção de 8% (oito por cento) da área de lotes, para o Município, sem ônus ou qualquer encargo, destinadas como áreas institucionais. Conforme Lei Estadual nº 17.492, de 22 de janeiro de 2018, que dispõe sobre a responsabilidade territorial urbana, o parcelamento do solo e as novas modalidades urbanísticas, para fins urbanos e rurais no Estado de Santa Catarina, ainda, adota outras providências, dentre as quais que 35% (trinta e cinco por cento) da gleba deverá ser destinada aos espaços públicos (SANTA CATARINA, 2018).

Esses espaços podem ser destinados posteriormente à implantação de postos de saúde, escolas, ginásios, creches, praças, demais prédios públicos, a critério do interesse local. Contudo, a inexistência da presença do Poder Público nesses locais ocasiona a falta de doação desses espaços para o poder público, que poderiam ser utilizados em saúde pública, ou ainda em rede coletora de esgoto, de água potável, dentre inúmeras outras situações. Por exemplo, a falta de coleta de lixo, além do acúmulo de lixo nas ruas ou nas residências, ou lixo em terrenos baldios, propicia o surgimento e a proliferação de doenças, com o aumento de doenças ou outros reflexos que, por outro lado, se forem destinados adequadamente e preservados os espaços públicos, não será necessário ao Município adquirir um espaço para a implantação dos mecanismos públicos acima citados nas regiões em que ocorre o planejamento.

Ainda, a irregularidade proporciona a inexistência de cadastros imobiliários perante o órgão tributário municipal, que em conjunto com a inexistência de qualquer registro perante o Registro de Imóveis, gera naquele local uma insegurança jurídica, quer seja uma insegurança da posse ou da propriedade, pela falta de titularidade de seus ocupantes, que, inúmeras vezes, não são capazes de proteger-se em face da falta de legitimidade de agir em procedimentos judiciais, em que pese a evolução decorrente da função social da posse⁸.

2 CASOS JULGADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA: JULGADOS QUE ENVOLVEM PARCELAMENTO IRREGULAR E SOLO E OS REFLEXOS NA PROPRIEDADE URBANA

Diante das discussões doutrinárias e das diversas previsões legais, buscou-se verificar decisões judiciais de casos que envolvem discussões entre parcelamentos de solo de forma irregular e clandestinas e seus reflexos na

⁸ Marcos Alcino de Azevedo Torres destaca que “que até hoje o embate entre uma situação de direito e outra com prevalência da situação fática não é de simples solução.” (TORRES, 2021).

propriedade urbana. Para tanto, foi realizada uma pesquisa de casos julgados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com vistas a identificar julgados sobre o tema e os reflexos na propriedade urbana. Para realizar a busca fez-se uso dos descritores “parcelamento de solo irregular” e “parcelamento de solo clandestino”.

Selecionou-se casos julgados dos dois desembargadores que mais julgaram demandas em cada um dos descritores. Sobre parcelamento de solo irregular, desembargador Dr. Pedro Manoel Abreu participou de 21 processos, sendo:

Tabela 1 – Relação dos processos por classes

Categoria	Quantidade	%
I – Agravo de instrumento	10	47,6
II – Apelação Cível	5	23,8
III – Recurso Administrativo	2	9,52
IV – Apelação	1	4,76
V – Embargos de Declaração	1	4,76
VI – Reexame necessário	1	4,76
VII – Remessa Necessária Cível	1	4,76
Total	21	100

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados do levantamento.

A classe com maior número de processos corresponde aos agravos de instrumento, com 47,6% dos processos. De forma geral, esses recursos versam sobre a implementação de loteamento clandestino e construção irregular, sobressaindo que nos termos do artigo 40 da Lei nº 6.766/1979 fica assegurado o direito do município de exigir do loteador as importâncias despendidas para regularização do parcelamento de solo.

Nos autos n. 0146921-60.2015.8.24.0000 (Acórdão do Tribunal de Justiça) ficou demonstrado que o Ministério Público possui legitimidade para, no âmbito de ação civil pública em que se discute a execução de parcelamento

de solo urbano com alienação de lotes sem aprovação de órgãos públicos competentes, formular pedido de indenização em prol daqueles que adquiriram os lotes irregulares (SANTA CATARINA, 2017).

As decisões, ainda, demonstram a existência de loteamentos irregulares em desacordo com o plano diretor e a lei de parcelamento de solo, sem o devido licenciamento necessário, cuja obra foi embargada pela FATMA e Polícia Militar Ambiental para impedir provável aumento da extensão de danos ambientais. Em sede de agravo de instrumento, o requerente buscou mediante ação de obrigação fazer cumulado com pedido de tutela de urgência, medida para instalação e fornecimento de água em residência, insurgindo medida da concessionária que negou o serviço. Ficou demonstrado que em se tratando de parcelamento irregular do solo, e não “comprovada a regularidade da ocupação, não se pode compelir a concessionária dos serviços de água e esgoto a realizar a ligação da rede em edificação clandestina.” (SANTA CATARINA, 2017).

Situação semelhante ocorreu em Ação Civil Pública, Apelação n. 5003757-86.2019.8.24.0007/SC, ajuizada pelo Ministério Público em face da Celesc Distribuição S.A., objetivando proibir o fornecimento de energia elétrica sem prévia apresentação de alvará de construção para ligações provisórias destinadas à execução de obras ou quando se tratar de parcelamento clandestino do solo ou áreas de ocupação irregular, ficando demonstrado nos autos que é necessário ter condições de habitabilidade e a necessidade do alvará para ocupação do imóvel, demonstrando-se evidente o descabimento de energia elétrica enquanto perdurar a clandestinidade ou ilegalidade. Ainda, ficou demonstrado, em alguns casos, que a instituição de condomínio em imóvel entrecortado por vias públicas burla preceitos legais, diante da impossibilidade, devendo ser observada a distinção entre condomínio e loteamento fechado (SANTA CATARINA, 2022b).

Na categoria II, Apelação Cível, encontrou-se julgados que versam sobre direito urbanístico em ação civil pública, cuja sentença responsabiliza município

por omissão com condenação subsidiária à regularização da ocupação, caso o loteador não faça, tendo dentre os fundamentos o artigo 40, da Lei nº 6.766/1979 e o artigo 182 da Constituição Federal, ficando consolidado que “na atualidade, qualquer lesão ou ameaça de lesão ao ‘desenvolvimento’ urbano é simplesmente intolerável, sob pena de amargar a coletividade com toda sorte de problemas sociais causados pela eventual inação do Administrador Público.” (SANTA CATARINA, 2020). Em ações demolitórias, ocorreu a discussão sobre uma ampliação em alvará de construção em desconformidade com a legislação municipal, em que se reforçou o entendimento de que a construção irregular erigida em área *non aedificandi* é passível de demolição, devendo ser observada a legislação de regência sobre o afastamento obrigatório do curso do rio. Em outra demanda, ficou registrado que:

O direito de construir acha-se insito no de propriedade. Mas tal direito não pode ser exercido de modo irrestrito, uma vez que se condiciona, nos termos expressos do art. 572 do Código Civil, aos regulamentos administrativos e também aos direitos dos vizinhos. A ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. O ordenamento urbanístico da cidade interessa a todos os municípios. Sob pena de instauração do caos, é preciso prestigiar a ação administrativa contra a violação dos preceitos que tutelam os interesses de todos (Ap. Cív. n. 35.564, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira). A utilização de bem de uso público, como se particular fora, mormente em se tratando de área verde, sujeita a construção irregular [...]

Em ação por desapropriação indireta, Autos n. 2011.085487-8 (Acórdão do Tribunal de Justiça) ajuizados pelo proprietário de terreno sobre o qual houve prolongamento de via pública, aplicando-se o artigo 40, da Lei nº 6.766/1979, em que ficou assentado que a municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população (SANTA CATARINA, 2013).

No item III, é possível identificar um recurso administrativo, em face de procedimento administrativo disciplinar, que versou sobre a perda da delegação de titular de registro de imóveis, em face da não observância das normais legais

em atos de registro imobiliário, situações que versaram sobre fracionamento de terrenos em metragem menor que a admitida no plano diretor e municipal, retificação com aumento excessivo de área e parcelamento irregular do solo que, pela ementa do julgado, importou na perda da delegação.

No item IV – Apelação, é possível identificar uma apelação cível em ação civil pública, tendo em vista discussões sobre desmembramento e venda de lotes, sem a adoção das exigências legais, com discussão da incidência ou não da lei de parcelamento de solo urbano, para realização de loteamento em área rural, em que ficou consolidado que “O Ministério Público é legitimado para propor ação civil pública objetivando a regularização de loteamentos urbanos. Recurso especial provido. (STJ, Recurso Especial 0114615-0, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 27.11.2007).” (SANTA CATARINA, 2021).

Na classe VI, em reexame necessário em ação civil pública de natureza ambiental, a discussão versa sobre pedido demolitório em loteamento considerado irregular, com a necessidade de citação de todos os litisconsortes passivos, tendo em vista direitos subjetivos de terceiros. No item VII, trata de uma ação civil pública em que o parcelamento de solo foi efetuado de maneira irregular por particulares.

Com o descritor parcelamento de solo clandestino, o desembargador Dr. Luiz César Medeiros participou de 13 processos, sendo:

Tabela 2 – Relação dos processos por classes

Categoria	Quantidade	%
I – Apelação	6	46,15
II – Apelação Cível	6	46,15
III – Apelação/ Remessa Necessária	1	7,69
Total	13	100

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados do levantamento.

Na categoria I, II e III, registram-se situações que envolvem usucapião, loteamento clandestino e outros temas de direito civil e processo civil,

destacando-se alguns entendimentos: a) Segundo orientação da Corte Suprema, “preenchidos os requisitos do artigo 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote)”; b) O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos submetidos ao trâmite dos repetitivos (REsp n. 1667842 e REsp n. 1667843), Tema n. 985, firmou o entendimento de que “o reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão da área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal.”; c) satisfeitos os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração de aquisição da propriedade, não obstante irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, haja vista a boa-fé dos postulantes. Entendimento diverso implica a exigência de nova condição não albergada pela legislação pátria e macula o conceito jurídico da função social da propriedade urbana.”

Ainda, sobre o tema loteamento clandestino, fica registrado entendimento da Corte de Justiça, no sentido que:

a validade dos atos jurídicos depende de objeto lícito, de modo que a venda irregular de imóvel situado em loteamento não regularizado constitui ato jurídico com objeto ilícito, conforme afirmam a doutrina e a jurisprudência. Dessa forma, constatada a ilicitude do objeto do contrato em análise (promessa de compra e venda de imóvel loteado sem o devido registro do respectivo parcelamento de solo urbano), deve-se concluir pela sua nulidade’ (REsp 1304370/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino)” (AC n. 0302434-44.2016.8.24.0078, Des. Marcus Tulio Sartorato). 2 Assim, “a nulidade do contrato acarreta o retorno dos litigantes ao ‘status quo ante’, devendo ser reconhecida de ofício pelo juiz e gerando efeitos ‘ex tunc’. (REsp 1304370/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014) (AC n. 0300676-05.2016.8.24.0054, Desa. Cláudia Lambert de Faria). (SANTA CATARINA, 2022a).

Apresentou-se, portanto, o resultado do levantamento empreendido, bem como as principais constatações acerca desses levantamentos e contribuições

para aperfeiçoar os estudos no que se refere ao parcelamento de solo urbano irregular e clandestino, marcadamente, em municípios de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade histórica, percebeu-se que existem dispositivos legais que buscam adequar o ordenamento territorial e proporcionar a aquisição de forma regular da propriedade, fornecendo mecanismos para que as pessoas possam escriturar e registrar seus lotes, traduzindo em segurança jurídica às famílias que vão edificar suas moradias em imóveis regulares, cuja proteção jurídica à moradia é das mais importantes no sistema brasileiro. A propriedade urbana é vista como um anseio social e, quando adquirida de forma correta, traduz-se em tranquilidade na vida da família brasileira, que, por inúmeras vezes, não teve acesso à propriedade de forma correta, onde diversas vezes o poder público municipal fez vistas grossas ao parcelamento de solo urbano.

É adequada a previsão de que a propriedade deve cumprir sua função social, não possuindo mais o caráter individualista, e sim tendo valor mediante utilidade para toda a sociedade, quando são conferidos ao proprietário amplos poderes para usar, gozar, dispor e reaver a coisa. Por meio da Lei nº 6.766/1979, foi possível criar mecanismos para o adequado parcelamento de solo que, em diversas vezes, vinha sendo realizado de forma irregular ou clandestina, em face da repentina ocupação das cidades, principalmente decorrente da industrialização na década de 1950.

Os dispositivos legais que estão vigentes até os dias atuais permitem a realização de parcelamentos de solo urbano, mediante loteamentos e desmembramentos. Nota-se que para o desenvolvimento urbano é importante a existência de um planejamento do desenvolvimento territorial do município, para que se possa diagnosticar a cidade existente e planejar a cidade que se deseja, adequando o pleno desenvolvimento das funções

sociais da cidade, para promover habitação, circulação, trabalho e lazer e possibilitando garantir o bem-estar de seus habitantes.

O município deve ser *dominus urbs*, eis que necessita um plano de desenvolvimento para gestão que contemple aspectos econômicos, sociais, urbanísticos e jurídicos, para permitir o adequado parcelamento de solo e garantir a ocupação dos imóveis cada vez mais preocupados com as gerações futuras, com o exercício constante de fiscalização dos parcelamentos de solo, a fim de evitar ocupações irregulares e clandestinas.

Determinadas medidas podem ser adotadas para promover desdobros e facilitar a regularização dos lotes, tendo em vista que é vigente no regramento civil atual o princípio da operabilidade, no intuito de proporcionar que o cidadão possa ter compreensão da legislação que regulamenta determinados atos e principalmente promovendo medidas para que loteamentos irregulares e clandestinos não sejam consolidados e inserir imóveis irregulares perante cadastros municipais e registrais. Ainda, o município deve estar atento ao uso de legislação pertinente ao parcelamento de solo urbano, em área rural.

No levantamento de julgados no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, foi possível identificar a legitimidade do Ministério Público Estado para propor Ação Civil Pública objetivando a regularização de loteamentos clandestinos. Ainda, destaca-se a previsão do artigo 40, da Lei nº 6.766/1979, quando o município deveria tomar medidas para notificar o loteador para promover a regularização do loteamento. Em especial, fica consolidada a competência do município para promover o adequado ordenamento territorial, evitando lesões aos padrões de desenvolvimento urbano e que cabe a este agir na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. Julgados demonstram que fica assegurado o direito do município de exigir do loteador as importâncias despendidas para a regularização do parcelamento de solo e estudos posteriores podem identificar se realmente ocorrem tais cobranças por parte dos municípios.

As decisões demonstram procedimentos realizados pelos órgãos de defesa ambiental para embargar obras em loteamentos irregulares em desacordo com o plano diretor e a lei de parcelamento de solo, sem o devido licenciamento necessário e que existem muitas medidas de famílias que buscam ligar água e luz em locais com parcelamento irregular do solo, ficando assentado o entendimento de que não comprovada a regularidade da ocupação, não se pode compelir a concessionária dos serviços de água e esgoto a realizar a ligação da rede em edificação clandestina, dentre outras ocupações que invadiram áreas de preservação permanente.

Os julgados demonstram que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade, contudo condicionado aos regulamentos administrativos e os direitos de vizinhança, cabendo aos municípios as medidas adequadas a fim de impedir construções irregulares ou clandestinas, e que existem reflexos na própria validade do negócio jurídico, quando a discussão versa sobre negócios realizados com objetos ilícitos, em que pode se concluir pela nulidade de uma compra e venda de um lote em loteamento clandestino.

Em inúmeras demandas judiciais, fica assentado o entendimento de que satisfeitos os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração de aquisição da propriedade, não obstante irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, haja vista a boa-fé dos postulantes.

Existem outros estudos que podem ser desenvolvidos sobre a propriedade urbana, sobre legislações mais recentes, como direito real de laje, Regularização Fundiária Urbana, Multipropriedade Imobiliária, dentre outros meios para que a propriedade possa ser regularizada e cumpra sua função social.

REFERÊNCIAS

AVVAD, P. E. **Direito imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AZEVEDO, J. M. J. de. **Do registro de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 1976.

BALBINO FILHO, N. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 16 ago. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, RJ, Coleção Leis do Brasil, 1 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19457, 20 dez. 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

CENEVIVA, W. **Lei dos Registros Públicos comentada**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, M. H. **Sistemas de registros de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**: direitos reais. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4., 2022.

SANTA CATARINA. Lei nº 17.492, de 22 de janeiro de 2018. Dispõe sobre a responsabilidade territorial urbana, o parcelamento do solo, e as novas modalidades urbanísticas, para fins urbanos e rurais, no Estado de Santa Catarina e adota outras providências. **Diário Oficial do Estado**: nº 20695, Florianópolis, SC, p. 1, 23 jan. 2018. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2018/17492_2018_Lei.html. Acesso em: 16 ago. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 0146921-60.2015.8.24.0000 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Pedro Manoel Abreu. **Terceira Câmara de Direito Público**. Julgado em: 4 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 0304626-63.2016.8.24.0008 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Luiz César Medeiros. **Quinta Câmara de Direito Civil**. Julgado em: 3 maio 2022a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 0905273-79.2017.8.24.0038 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Pedro Manoel Abreu. **Primeira Câmara de Direito Público**. Julgado em: 14 jul. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 2011.085487-8 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Pedro Manoel Abreu. **Terceira Câmara de Direito Público**. Julgado em: 23 abr. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 5003757-86.2019.8.24.0007 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Sandro Jose Neis. **Terceira Câmara de Direito Público**. Julgado em: 16 ago. 2022b.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: 0900002-58.2015.8.24.0071 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Pedro Manoel Abreu. **Primeira Câmara de Direito Público**. Julgado em: 2 mar. 2021.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, E. J. da. **Loteamento Urbano**. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2021.

TORRES, M. A. de A. Função social e o conflito propriedade-posse. *In*:
ANDRADE, A. G. (org.). **Lições de direito**: homenagem a Sylvio Capanema.
Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico Livraria, 2021.

APADRINHAMENTO AFETIVO: NECESSIDADE DE PROMOÇÃO E INCENTIVO

Patrícia Gabriele Soares Barbosa
Cristhian Magnus De Marco

INTRODUÇÃO

O processo de adoção no Brasil é moroso, frente aos esforços para que se mantenha a criança no seu vínculo familiar original, também devido ao fato de que uma pequena parcela dos menores que aguardam adoção se enquadra no perfil pretendido pelos adotantes.

Nesse contexto, o apadrinhamento surge como um instrumento para integrar esses menores ao convívio familiar e social, restabelecer vínculos afetivos e sociais, e priorizar o bem-estar de padrinhos e apadrinhados.

Ocorre, que este instituto ainda recente não dispõe de um regramento adequado, nem das devidas formas de divulgação e promoção, e que, no desconhecimento dessa possibilidade, implica em descaso com os menores, ao passo que cada vez mais crianças e adolescentes atingem a maioridade em abrigos, privados de um convívio social e familiar.

Busca-se, com base no princípio do melhor interesse, estabelecer formas de promoção e divulgação do apadrinhamento afetivo, ao passo que sejam estabelecidas diretrizes legislativas claras a esse instituto para que se alcance uma uniformização de seus contornos a nível nacional.

Demonstra-se, ao término deste trabalho, diretrizes e leis que regulam este instituto na região sul do país, será realizado um comparativo entre estes

dispositivos, a fim de averiguar a existência ou não de proteção uniforme ao analisar os requisitos do programa.

Tem-se como objetivo geral deste trabalho, a verificação da necessidade de promoção e incentivo do programa de apadrinhamento afetivo. Com intuito de alcançar esses objetivos, o artigo foi dividido em três seções. A primeira seção abordará os sistemas dos direitos da criança e adolescente, no que se destaca o heterogêneo, por tutelar os direitos específicos dos menores, bem como os princípios garantidores dos direitos dos menores. Destaca-se na segunda seção o regime jurídico do apadrinhamento, a legislação e diretrizes pertinentes ao tema, uma breve citação dos institutos que prevalecem e são aplicados antes de ingressar o infanto-juvenil no programa de apadrinhamento. Serão expostos na seção três, dados do CNJ que estabelecem o número de crianças no cadastro de adoção, o perfil dos menores que são adotados e a importância do apadrinhamento.

O método empregado no presente trabalho científico é o dedutivo, a linha de pesquisa foi direcionada com a finalidade de analisar a falta de promoção, diretrizes e incentivo do apadrinhamento e sua consequência. A técnica de abordagem é a pesquisa documental mediante análise a legislação pertinente, também empírica, com análise de dados junto ao Conselho Nacional de Justiça, e em especial bibliográfica, tendo como principais autores: Josiane Petry Veronese, Guilherme Nucci, Luciano Rossato.

1 OS SISTEMAS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Na presente seção serão abordados os sistemas garantidores dos direitos da criança e adolescentes e os principais marcos históricos que corroboram com a concretização destes direitos.

Os sistemas que regem a proteção de um determinado ou indeterminado grupo se diferenciam em homogêneo e heterogêneo, no caso dos direitos da criança e adolescentes, estes são regidos pelo sistema heterogêneo, motivo o qual há leis, dispositivos internacionais específicos que buscam assegurar e tornar efetivos os direitos deste grupo. O sistema homogêneo é caracterizado por sua abrangência, tendo em vista que ampara os direitos de todas as pessoas, sem diferenciá-las (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 58).

Diferentemente, o sistema heterogêneo busca tutelar direitos de um grupo específico, como ocorre no próprio estatuto da criança e do adolescente. Tais regramentos especiais se fazem necessários para atender as peculiaridades, dada a necessidade de maior proteção. Tal importância implica na tutela dos direitos das crianças e adolescentes inclusive no direito externo. Ao discorrer sobre o tema Rossato; Lépre; Cunha, (2019, p. 58), expõe que “Nesse contexto, a comunidade internacional reconheceu que as crianças necessitam de atenção especial que as preserve das consequências danosas, derivadas de situações que podem colocá-las em risco” Partindo desse enfoque algumas legislações passaram por adequações almejando a proteção heterogênea, com o propósito do cuidado especial à infância face sua vulnerabilidade.

A legislação pioneira nessa temática foi a primeira Convenção Internacional do trabalho, promovida em 1919, que garantiu algumas melhorias no que tange o trabalho infantojuvenil, nessa convenção foi estipulada a fixação da jornada de trabalho, idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria, vedação ao trabalho noturno para menores de 18 anos e proteção à maternidade. A convenção, aliás, foi embrião não só dos direitos da criança, mas também serviu de alicerce para futuras legislações trabalhistas que passaram a vigorar inclusive no Brasil, a exemplo do artigo 7º XXXIII¹Constituição Federal (BRASIL, 1988).

¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a

Esses direitos foram ampliados com a criação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, fruto direto da declaração dos direitos do Homem, e elevou a criança de objeto de proteção à sujeito de direitos.²

Dando segmento, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989³. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990 e foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1989, sendo ao todo ratificada por 196 países. Esta, trouxe inúmeras inovações e serviu como pedra angular para criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse movimento internacional repercutiu em diversas esferas e culminou na edição da lei n. 88.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece normas gerais de proteção à criança e ao adolescente, inserindo o sistema de proteção integral em nosso ordenamento (BRASIL, 1990), que era tratado apenas de modo abstrato no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para ampliação da proteção da criança e adolescente a família, a sociedade e o Estado devem se posicionar e cumprir suas atribuições, frente a proteção de seus tutelados. Assim, ao passo que o Estado incentiva a criação de políticas públicas, a família deve se responsabilizar pela integridade física e psíquica, enquanto a sociedade fornece uma convivência coletiva harmônica. Logo, deve-se buscar uma integração entre esses três elementos para que essa proteção se concretize através de um conjunto articulado de fatores. Essa distribuição de competências de forma harmônica é o “principal alicerce da ampliação da proteção das crianças e adolescentes” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 86).

No momento em que a família deixa de cumprir com sua obrigação, após apuradas as violações ocorre a judicialização. Segundo Moreira (2014,

partir de quatorze anos. (Brasil, 1988).

² Declaração Universal dos Direitos das Crianças, 20 de Novembro de 1959 (ONU, 1959).

³ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990 (ONU, 1989).

p. 28) “A porta de entrada para o sistema jurídico-assistencial é o Conselho Tutelar, órgão encarregado de receber as denúncias de violação de direitos, maus-tratos e violência e de tomar as providências necessárias para a realização das medidas protetivas.”

Mesmo que a proteção da criança e adolescente, seja ampliada, conforme o exposto, ainda resta prejudicada tal atribuição, da família, sociedade e Estado, isso porque a ineficiência de um ou mais destes tuteladores em sua função, atribui ao outro o dever de cuidado ainda maior, por exemplo, o instituto da adoção que é aplicado excepcionalmente⁴, dado os fatores que impossibilitaram a criança e adolescentes de retornarem ao núcleo familiar, ou o apadrinhamento que pode surgir para auxiliar os menores relativamente ou totalmente incapazes frente a impossibilidade de serem adotados. Nesta análise percebe-se que há tentativa estatal e comunitária de suprir o papel da família.

1.1 PRINCÍPIOS

Serão abordados neste tópico os princípios basilares do sistema de apadrinhamento, cuja importância é fundamental, visto que o amparo legal para sua concretização ainda é tênue. Dessa forma esses princípios encarregam-se de cobrir eventuais lacunas que possam vir a cercear garantias das crianças e adolescentes.

O reconhecimento do menor como indivíduo de direitos e deveres vem se integrando em nosso ordenamento, sobretudo frente aos novos avanços legislativos⁵ e compromissos celebrados por meio de tratados ao longo dos

⁴ Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, Estatuto da criança e do adolescente. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

⁵ A declaração de direitos humanos, compreendeu em seu art.1, ser detentores de direitos, “todo o ser humano”, isso inclui as crianças e adolescentes. A base da internalização do reconhecimento como seres detentores de direito em nosso ordenamento jurídico.

anos. A observância desses princípios condicionam uma maior proteção aos menores na criação legislativa ou em sua lacuna.

1.1.1 Princípio do melhor interesse

No princípio do melhor interesse, tem-se que a tomada de decisões nos tribunais e legislação correlata deve ser sempre orientada para que tenha como finalidade a proteção especial, efetiva e prioritária do interesse da criança e do adolescente, para Maciel (2020, p. 38 e 39) este princípio “é mandamento para a família, para a sociedade, para o Estado-Juiz, o Estado que legisla, o Estado que executa. Não está restrito ao âmbito das relações individuais que se apresentam no cotidiano das varas de infância e juventude e de família” estes sujeitos devem verificar e empregar aquilo que atinge objetivamente o interesse do menor à sua dignidade, como seus direitos fundamentais em grau máximo, não se restringindo naquilo que entende ser melhor (MACIEL ANDRADE, 2020, p.38, 39).

Ressalta-se, que os princípios adotados pela Assembleia das Nações Unidas e que vieram de maneira posterior a integrar nossa fonte material através da Constituição de 1988, foram reafirmados⁶ pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 “que concretizou e expressou os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano, e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento” (ALMEIDA; BARBOZA; MARTINS, 2020, p. 857).

⁶ Ao lado dos princípios e normas instituídos pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, serviu de fonte de inspiração ao legislador nacional na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990 (FERREIRA; ALBERNAZ, 1998).

1.1.2 O Princípio da prioridade absoluta

Amparado no dispositivo constitucional supracitado, outro princípio que norteia a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, é o Princípio da Prioridade Absoluta, sua materialidade deu-se por meio do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, o qual delineou precisos contornos para que esse princípio seja atendido nas mais variadas esferas do convívio social e familiar.

A partir do que foi dito, ao lançar um breve olhar sobre o contexto social brasileiro, pode-se constatar que por vezes a família natural não é capaz de suprir as necessidades dos menores para o seu desenvolvimento, sendo assim o poder público interfere para melhor atender o infanto-juvenil, sendo uma das medidas adotadas é a colocação dos menores em família substituta, por meio da adoção (CARDIN; VIEIRA, 2020).

No que tange à primazia do interesse do menor, importa dizer que a aplicação deste princípio deve ser observada, para que os objetivos legais sejam atingidos, não cabendo apenas a tutela estatal, mas também o envolvimento da sociedade. A inobservância do interesse do menor que se encontra em abrigos⁸, contraria a norma soberana da proteção do menor.

Uma vez que o processo de adoção, em alguns casos torna-se inviável, o apadrinhamento surge como uma possível solução para garantir a efetivação

⁷ Lei 8069/1990 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade [...] (BRASIL, 1990).

⁸ Estudo que realizou uma caracterização do repertório de habilidades sociais e problemas de comportamento de crianças em situação de acolhimento institucional, que foi comparada à média normativa brasileira. Participaram 36 crianças, ambos os gêneros, na faixa etária de 6 a 12 anos e 19 cuidadores, como avaliadores do repertório das crianças, utilizando-se o Inventário de Habilidades Sociais, Problemas de Comportamento e Competência Acadêmica para Crianças (SSRS). Os resultados mostraram que: (a) a amostra de crianças apresentou escores significativamente abaixo da norma em habilidades sociais, com mais da metade delas classificada com repertório deficitário e médio inferior em habilidades sociais, tanto na autoavaliação quanto na avaliação do cuidador; (b) a amostra apresentou repertório altamente comprometido em problemas de comportamento, sendo mais frequentes os do tipo externalizantes. Discute-se a importância e urgência de intervenções voltadas para a promoção de habilidades sociais das crianças institucionalizadas, de modo a prevenir e superar problemas em seu desenvolvimento (DEL PRETTE; GUERRA, 2020, p. 1).

desses princípios e para que as crianças e adolescentes que estejam nos abrigos, preferencialmente as que possuem poucas chances de serem adotadas, possam vivenciar essa relação de afeto e amparo emocional e intelectual.

1.1.3 Princípios derivados

Há princípios que merecem ser objetos de interpretação em qualquer situação que envolva infantes, os quais encontram-se dispostos no artigo 100, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da condição da criança e do adolescente como detentores de direitos dispõe sobre a evolução dos menores como objeto de proteção e sujeito de direitos, e nessa condição, possuem poder de reivindicar frente às violações que ocorram ou possam ocorrer (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p. 59).

Princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público que põe a cargo do poder público a responsabilidade de efetivação nos âmbitos federal, estadual e municipal, a efetivação dos direitos positivados. A partir desse princípio passou-se a implementação de políticas públicas baseadas em recursos da seguridade social, para “que a família e a sociedade façam parte do tripé, juntamente com o Estado na responsabilidade de cuidado e proteção de crianças e adolescentes”, entretanto diante da obrigação de fornecer os direitos fundamentais e serviços socioassistenciais “a responsabilidade primária e solidária é do poder público.” Sustentam (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p. 61).

É possível ver a atuação estatal nos conselhos tutelares, nas escolas, nas delegacias e, sobretudo, no juízo por meio da equipe interprofissional ou multidisciplinar, conforme explana Nucci (2020, p.97), compõe a equipe os profissionais designados pelo tribunal, geralmente composto de pelo menos por um(a) assistente social e um(a) psicólogo(a).

O princípio da intervenção precoce, exige das autoridades que alguma ação seja tomada assim que o fato ou situação de risco é conhecido pelos seus agentes (em geral conselheiros tutelares), estes deverão adotar as medidas necessárias para que o risco seja cessado ou minimizado. Logo, a intervenção precoce busca prevenir a ação antes da violação ocorrer. Em primeiro momento vê-se a atuação do conselho tutelar que aplicará as medidas cabíveis ao caso, porém, uma vez ocorrida a violação grave, deve ter início a urgente a atuação de todo o sistema de garantia estabelecido em lei, devendo ser realizada a judicialização da medida protetiva (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p.73).

Em contrapartida, o princípio da intervenção mínima objetiva uma proporcionalidade entre a situação e a medida cabível, evitando assim medidas desnecessárias para a proteção de direitos. Nota-se aqui relação com o princípio da eficiência da administração pública uma vez que “as ações devem seguir de tal maneira que seja atenuada do ponto de vista da criança e do adolescente, mas em contrapartida atinja a proteção e a defesa dos direitos [...]” (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p.75).

No dizer de Veronese e Ribeiro (2021, p. 83) o princípio da proporcionalidade e da atualidade da medida de proteção. Busca o afastamento do infante-juvenil da ameaça, realizando-se por etapas, evitando no máximo a integração do menor em família adotiva, priorizando a reinserção familiar ou outros programas que não afastem a criança de seu vínculo familiar e da convivência comunitária. Por outro lado, a reintegração familiar forçada, é criticada por Nucci (2020, p.98), haja vista que a busca incansável do Estado em reinserir a criança e adolescente em sua família natural, por vezes torna-se prolongada, de forma que o infante não ingressa em listas de adoção, e não tem a oportunidade de estar em um novo lar definitivo.

Bochia também se posiciona acerca da institucionalização, a dizer:

O tempo não é complacente para as crianças que crescem em instituições, e, quanto mais ele passa, menores são as chances de elas conseguirem uma família substituta [...] o tempo é cruel e na prática muitas vezes o fato de existir família biológica e ausência de equipe interprofissional capaz de diagnosticar a impossibilidade de retorno ou não ao convívio familiar, condena nossas crianças à eterna institucionalização (BOCHNIA, 2008, p.166).

Outro aspecto é a garantia que a promoção dos direitos da criança e do adolescente deve acontecer respeitando a intimidade, a imagem e a vida privada, conforme o princípio da privacidade e o disposto no artigo 17 do ECA. Todavia, árdua tarefa é sua aplicação, visto que, por vezes algumas crianças que estão em abrigos ali se encontram após infortúnios fatos que acabam por se tornar notícia, na qual podem constar o endereço, escola que estuda ou outras informações que remetem ao infante. A violação a esse princípio pode ocorrer de diversas formas, mesmo nos casos em que a intenção do agente seja positiva ou assistencialistas, conforme observa (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p. 72).

O princípio da permanência da família se baseia na ideia de que se deve dar preferência à permanência ou reintegração da criança em sua família natural, todavia “se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA 2019, p. 99).

Encerrando o rol dos princípios derivados, há ainda, o princípio da oitiva obrigatória da criança e do adolescente e da participação, que determina que a criança ou adolescente será ouvida e terá direito a participar dos atos que promovam sua proteção. Desta forma, a opinião da criança nesses casos será levada em conta pela autoridade judiciária competente, tendo “também o direito de querer e solicitar ser ouvida pelo juiz, a qualquer tempo, para expressar suas angústias, desejos e necessidades” (VERONESE; RIBEIRO, 2021, p. 90).

Todos os princípios mencionados atribuem relevância aos atos que o poder público irá realizar, pois na possibilidade de interferência estatal, se faz necessário adotar procedimentos para o bem-estar da criança e adolescente.

Desta forma, é importante que órgãos públicos e/ou organizações da sociedade civil observem os princípios mencionados para que a criança e adolescente sejam priorizados. No dizer de Miguel Reale (2002, p.303) os princípios:

São “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis”.

No que tange o apadrinhamento, percebida a omissão legislativa, os responsáveis pela tutela dos menores, bem como a sociedade em geral devem levar em consideração os princípios supramencionados, para que se evite qualquer tipo de negligência e abusos contra os abrigados e possibilite a judicialização em caso de violação.

2 O REGIME JURÍDICO DO APADRINHAMENTO

Serão expostos, nessa seção, alguns dispositivos legais que trazem embasamento para a construção do sistema de apadrinhamento civil.

A família possui sua função social, desta forma a Constituição Federal busca protegê-la, “já que é essencial para a formação do indivíduo, pois esse é o primeiro nicho social em que o mesmo é inserido” (CARDIN, 2020, p. 368).

Landro (2016, p.18), ao discorrer sobre a função social da família, expressa que “é a família que repassa os usos da linguagem, costumes, valores e crenças, preparando a criança para o ingresso na sociedade”.

O legislador também encarrega algumas funções ao programa de apadrinhamento, ao dispor seu objetivo no art.19 b, §1 do ECA, quanto à proporção de vínculos externos, para colaborar com o desenvolvimento social

dos menores, entre outras atribuições, a saber o desenvolvimento, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro (BRASIL, 1990).

Com intuito de resguardar o interesse da criança e adolescente a Constituição Federal, em seu artigo 227 (BRASIL, 1988) impõe os deveres da família do Estado e da sociedade para com o infante, atribuindo-lhes o dever de priorizar à criança e o adolescente, a tutela de seus direitos elencados no referido artigo, quais são: “a saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...]”. Atenção especial ao dever de cuidado no que se refere a proteção a toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Logo, fica evidente a importância da efetividade jurídica proposta pelo dispositivo, que designa além dos direitos e princípios fundamentais, também a importância da convivência familiar e comunitária, que assegura o desenvolvimento saudável de laços afetivos.

O intuito é que o programa de apadrinhamento, promova laços entre o padrinho e afilhado, desenvolva o envolvimento familiar e comunitário, com atividades de lazer, e orientações que possam direcionar a vida dos menores após atingida a maioridade, uma vez que não permanecerão nas instituições (SOUZA; SOUZA, 2018, p. 7).

Frente às necessidades dos menores, é mister saber o ideal principiológico do melhor interesse e prioridade absoluta, além da necessidade do envolvimento comunitário.

2.1 BREVE EXPLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE PROTEÇÃO DOS MENORES QUE PRECEDEM O APADRINHAMENTO

Neste tópico, serão apresentados os sistemas que precedem o programa de apadrinhamento, visto que estes são preconizados para melhor

atender as necessidades das crianças e adolescentes, observa-se que o apadrinhamento é medida excepcional, frente estas opções, dentre as quais se destacam: Família natural, família substituta, adoção. Há ainda o acolhimento institucional, acolhimento familiar, consideradas medidas temporárias.

Em busca do melhor interesse dos menores, o estatuto da criança e do adolescente alude em seu dispositivo, o art.19 caput a predileção pela manutenção da criança e do adolescente no seio de sua família e, só excepcionalmente, em família substituta. Ocorre que nem sempre é possível mantê-los no seio familiar, quando resta caracterizado abusos por parte daqueles que teriam o dever de cuidado (BRASIL, 1990).

O art. 25, caput e parágrafo único do ECA (BRASIL, 1990), conceitua e distingue a família natural da extensa, entendendo, portanto, que a família natural, é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, e a família extensa aquela que se estende para além do núcleo pais e filhos, e engloba os parentes próximos que o infante mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

Embora, o ideal é que a crianças e os adolescentes sejam mantidos com seus familiares, nem sempre é possível, inclusive ao tratarmos da família extensa esta por vezes não pode assumir o encargo, seja por falta de estrutura adequada para o recebimento da criança e adolescente; por falta de afinidade ou interesse em assumir a obrigação. Neste caso, como aponta Nucci (2020, p.91), “[...] deve o Estado intervir em famílias desestruturadas, a fim de assegurar o nível mínimo ideal, afinal, crianças e adolescentes, bem como idosos, carecem de defesa natural. É o mal necessário em matéria de intervenção estatal no âmbito familiar”.

Em regra, as crianças e adolescentes, após a intervenção Estatal são colocadas provisoriamente em acolhimento institucional. Ao discorrer sobre o assunto, Guerra (2020, p. 273), informa que “o acolhimento institucional é a medida de proteção para crianças e adolescentes cujos direitos básicos

foram violados”. Dentre os exemplos, Guerra (2020, p. 273), explica: a “violação pela exposição à violência física ou sexual, abandono, pobreza material, vivência de rua, dependência química dos pais, orfandade, dentre outros motivos”. Nestes casos os órgãos de Justiça, determinam a suspensão temporária do poder familiar e concedem a guarda do menor ao responsável direto nas instituições de acolhimento. Há também a possibilidade de os menores serem mantidos nas casas de familiares ou terceiros (acolhimento familiar), e em um processo gradativo são inseridas em família substituta (NUCCI, 2020, p.138).

Ao discorrer sobre família substituta, Maciel (2019, p. 290), afirma ser cabível essa medida quando o núcleo familiar não atende as necessidades emocionais, físicas e intelectuais do menor. A inclusão na família substituta é realizada mediante guarda, tutela ou adoção nos termos do art. 28 do ECA (BRASIL, 1990), não serão explanadas as especificidades destas modalidades, por não serem objeto deste trabalho científico.

No entender de Nucci (2022, p.132), a família substituta é aquela “designada pela lei e mediante autorização judicial, para fazer as vezes da biológica, em caráter provisório ou definitivo”. Um exemplo desta medida provisória, é o acolhimento familiar de acordo o ECA, art. 101, inciso VIII (BRASIL, 1990), quando o menor fica inserido junto à outra família temporariamente, e medida permanente temos a adoção (ECA, art.41).

Após avaliadas todas as possibilidades acima elencadas, restando infrutíferas a inclusão da criança e/ou adolescentes em uma família, os menores podem permanecer por um longo período nos abrigos, tornando-se institucionalizados, com pouca probabilidade de serem adotados. Neste caso, no dizer de Pierozan e Veronese (2019, p.54) “o acolhimento institucional tende a ser o mais prejudicial, visto que, além de privar o contato entre pais e filhos, também priva a criança/o adolescente do contato com qualquer outra família”. Dada a remota possibilidade de adoção em alguns casos, como

crianças e adolescentes com irmãos, ou com deficiências e idade superior ao interesse dos adotantes. O apadrinhamento pode vir a atenuar possíveis danos decorrentes da institucionalização.

2.2 ANÁLISE DE DIRETRIZES NO PROGRAMA DE APADRINHAMENTO

Neste tópico, busca-se trazer um panorama do atual quadro legislativo em relação ao apadrinhamento, bem como demonstrar a importância da criação de uma legislação uniforme em todo território nacional.

Por tratar de um tema relativamente recente, ainda não há legislação única e nacional que verse sobre o apadrinhamento no Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal⁹ onde o instituto encontra-se devidamente positivado.

O que se dispõe até o momento, como forma de padronização dos programas de apadrinhamento, é o artigo 19-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traça em linhas gerais, a saber as condições necessárias para apadrinhar e ser apadrinhado e favorecer a possibilidade de participação as crianças e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar, com a finalidade de estimular vínculos externos à instituição com convivência familiar e comunitária. Assim, “podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, e cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte” (BRASIL, 1990).

Fica a critério do programa de apadrinhamento em que o menor estiver inserido, os requisitos para serem apadrinhados. No entanto, a legislação

⁹ Lei n.º 103/2009 de 11 de Setembro Aprova o regime jurídico do apadrinhamento civil, procedendo à alteração do Código do Registo Civil, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e do Código Civil (PORTUGAL, 2009).

preconiza a colocação nos programas, às crianças e adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Nucci (2020, p. 114), ao discorrer sobre o tema, afirma que a predileção dar-se ao menor com alguma comorbidade, deficientes físicos ou mentais, adolescentes, grupos de irmãos, com chances remotas de retornarem ao lar ou de serem adotados. A distinção feita por meio dos critérios estabelecidos no programa serve para estabelecer isonomia, ao tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Os programas de apadrinhamento poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil. Caso ocorra violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão no mesmo momento notificar a autoridade judiciária competente. Consoante Nucci (2020, p. 114), o programa deve contar com o apoio e fiscalização da Justiça da Infância e Juventude.

Ainda, a resolução técnica do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA (BRASIL, 2009), trouxe alguns parâmetros para interpretação dos direitos e adequação dos serviços relacionados à criança e adolescente, quanto a criação do programa de apadrinhamento afetivo. Sendo assim, o programa deverá conter metodologia com previsão de “cadastramento, seleção, preparação e acompanhamento de padrinhos e afilhados por uma equipe interprofissional, em parceria com a Justiça da Infância e Juventude e Ministério Público”. Apesar de haver diretrizes, não há nestas orientações sanções por descumprimento.

O município tem maior proximidade dos casos de violação dos direitos da criança e do adolescente, bem como podem agir conforme a necessidade de cada um destes menores de forma individualizada. O Art. 88, I do ECA, traz as diretrizes da política de atendimento, qual se encontra a municipalização do atendimento (BRASIL, 1990).

Neste contexto, o fato de não haver diretrizes tão rígidas no programa de apadrinhamento permite adaptação conforme necessidade de cada abrigo, o que pode ser positivo.

No entanto, há pontos abordados por Souza e Souza (2018, p. 9), no que implica a ausência de normatização, faz com que cada programa estabeleça suas regras, o processo de seleção dos padrinhos e não recebem auxílio financeiro para treinamento da equipe e eventuais gastos.

O que resulta a falta de diretrizes na seleção dos padrinhos? É possível que exista programas com ótimos resultados, mas será esta a regra? Neste cenário permanece a insegurança, tendo em vista a prevalência do interesse e bem-estar do menor, como prevenir eventuais danos psicológico? Souza e Souza, (2018, p.11) aduz que:

Se não há regulamentação, ao menos que especifique aos padrinhos suas atribuições e deveres legais, trazendo a sensação de responsabilidade assumida perante a lei, ao primeiro sinal de dificuldade podem os padrinhos já abandonarem seus afilhados, afinal, estes não possuem a guarda dos mesmos e nem uma outra denominação que lhe implique responsabilidades legais.

Ainda, em um estudo onde foram analisados o caso clínico de uma criança apadrinhada e quatro entrevistas com madrinhas de crianças institucionalizadas, Souza (2010, p. 82) percebeu a existência do vínculo afetivo entre madrinhas e afilhados, mas a preocupação em destaque é a permanência desses vínculos, frente o anseio por exemplo do menor em ser adotado.

A omissão Estatal pode prejudicar material e psiquicamente os menores e o alcance da norma deve estar condizente com a realidade em que eles vivem. A exemplo disso, pode-se citar o período de convivência na adoção. Os menores que serão integrados a uma família substituta deverão ser submetidos ao estágio de convivência, para aferir a compatibilidade da família substituta e a criança ou adolescente que se encontra no processo

de adoção. O ECA (BRASIL,1990) regulamenta o estágio em seu art. 46, devendo a adoção ser precedida por este estágio, em regra por 90 dias e acompanhada por equipe técnica. Maciel (2019, p.402), entende que é necessário o acompanhamento pela equipe técnica do juízo, pois um contato inicial em juízo não é suficiente, mesmo os adotantes demonstram o equilíbrio, afeto e amor, por si só não garantem as condições de ser bom pai e mãe, sendo necessário portanto avaliação da convivência.

O paralelo entre o instituto da adoção e do apadrinhamento é relevante, pois se o legislador instituiu procedimentos para a adoção, porque não há o mesmo cuidado com o apadrinhamento? Os afilhados, as crianças que permanecem em acolhimento institucional, devem ter vínculos consolidados com familiares e a comunidade. A Orientação técnica da CONANDA (BRASIL, 2009) informa a importância desses vínculos “Esses vínculos são fundamentais, nessa etapa do desenvolvimento humano, para oferecer-lhes condições para um desenvolvimento saudável, que favoreça a formação de sua identidade e sua constituição como sujeito e cidadão”.

A preocupação em a lei dispor sobre o período de convivência na adoção, de certa forma tutela o menor de possíveis violações a seus direitos e da instabilidade de vínculos. No apadrinhamento não há uniformização do estágio de convivência e suas implicações, pois não é citado no artigo que regula o instituto, cabendo apenas aos desenvolvedores do programa se atentarem para a necessidade de preservação dos vínculos entre os menores e seus padrinhos.

Destarte, verifica-se uma falha quanto a ausência de regramentos que previnem a exposição dos menores a relações superficiais, instáveis e até mesmo quanto a garantia que pese o período que o menor passará na casa de seu padrinho ou madrinha. Se o legislador buscou proteger o menor contra a negligência na adoção, por suposto deveria estabelecer um cuidado maior no apadrinhamento.

2.3 A EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA DO APADRINHAMENTO E AS RELAÇÕES AFETIVAS

Neste tópico será verificado a eficácia da norma que dispõe sobre o programa de apadrinhamento ao que concerne os vínculos afetivos entre os menores e seus padrinhos.

Ao discorrer sobre a eficácia das normas jurídicas, Pimenta (2012), aduz que “A eficácia apresenta basicamente três acepções na teoria do direito: a) aptidão para produzir efeitos jurídicos; b) produção de efeitos jurídicos; c) aplicabilidade”.

Nesse cenário, observa-se que ao legislar sobre o tema “apadrinhamento”, a norma não foi apta para surtir todos os seus efeitos jurídicos pretendidos, qual dispõe o artigo 19 b, § 1º, do eca “a finalidade de proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição de acolhimento” (BRASIL, 1990).

De fato, a necessidade dos menores não foi suprida pelo regramento acima mencionado, haja vista a ausência de norma geral que disponha sobre procedimento de seleção, preparação, acompanhamento e manutenção desses vínculos entre padrinhos e madrinhas com seus afilhados, por meio de equipe técnica especializada e estudos que viabilizem elaborar toda essa engrenagem.

Frente a isso, a aplicabilidade da norma torna-se frágil, quanto ao alcance que pretende atingir. Ao Estado se manter isento, os efeitos jurídicos arriscam ser comprometidos, uma vez que os vínculos instáveis ocasionam maiores danos ao bem estar dos menores. Estabelecer vínculos afetivos não é suficiente, se esses não forem saudáveis e estáveis.

A exemplo, pode-se destacar o trabalho científico “Vínculos entre crianças em situação de acolhimento institucional e visitantes da instituição”, produzido por Sousa e Paravidini (2011). No contexto, foram analisadas quatro entrevistas com madrinhas e o caso clínico de uma criança apadrinhada. O estudo demonstrou algumas preocupações, em especial, as expectativas dos papéis de madrinhas e afilhados e a figura do abandono.

Depreende-se nesse estudo a exaltação da figura da madrinha em torna-se útil para a criança e a sede da criança em ser percebida pelas madrinhas, expectativas que por vezes não supridas, podem resultar na extinção do vínculo por umas das partes, em especial ao padrinho ou madrinha que desaprova o comportamento do menor e perde o interesse em apadrinhar. Assim, pode nascer o sentimento de angústia e abandono da criança que se vincula a madrinha/padrinhos. Segue parte da análise:

Desde o princípio da vinculação, as crianças foram tomadas em uma condição de falta, já marcadas pelo nome de abandonadas, condição que limita o seu amadurecimento emocional. Os padrinhos se colocaram na posição de salvadores, a daqueles que vieram para aplacar as dores das crianças. [...]

Mas o movimento de ir e vir da criança, da instituição à casa dos padrinhos e vice-versa, entre o ideal e a desilusão, sinaliza uma falta de lugar ou um lugar de miserabilidade afetiva, em que a relação com o outro só faz aumentar a falta. O lugar não é a casa de origem, não é a instituição de acolhimento, nem a casa dos padrinhos. O encontro desse lugar fica cada vez mais distante no imaginário da criança acolhida, posto que intensamente idealizado. A relação é marcada pela parcialidade, os padrinhos buscam as crianças quando podem. Não há propriamente um comprometimento, um laço afetivo simbólico que sustente a relação, por isso, tudo pode deixar de existir a qualquer momento. As crianças são, por vezes, tratadas como mercadorias, usadas para satisfazerem momentaneamente o desejo de alguns padrinhos, para, de modo subsequente, entrarem em desuso.

Nesse contexto, percebe-se a fragilidade da normatização que reveste o instituto do apadrinhamento quanto à proteção afetiva dos menores. A norma não regula a necessidade de fato das crianças e adolescentes que se encontram nessas circunstâncias, tampouco dispõe sobre a preparação dos padrinhos e madrinhas, que mesmo revestidos de boas intenções, essas são insuficientes para os habilitarem à função.

Outro estudo, realizado por Kappler e Mendes (2019), com o objetivo de analisar os vínculos afetivos no contexto de acolhimento institucional, entre crianças e seus pares e entre seus educadores. Aponta a dificuldade de troca afetiva entre as crianças e seus educadores, constatou-se, que houveram

apenas 6% de tentativas e trocas afetivas entre eles. Quanto a isso as autoras manifestaram preocupação, sugerindo portanto treinamentos psicoeducativos para educadores dentro das instituições “Com isso, é possível se criar um espaço de reflexão em que seja discutido seu papel como modelos para construção da identidade e como agentes de socialização emocional”.

Ademais, o mesmo estudo informa os momentos em que as crianças têm o maior contato afetivo uma com as outras, destacando-se os momentos de brincadeiras.

A contribuição do estudo supramencionado, pressupõe a necessidade de aperfeiçoamento nas relações afetivas no contexto institucional, frente à falta de preparação dos cuidadores. Nessa conjuntura, estende-se de maneira análoga a necessidade de aprimoramento na preparação dos padrinhos e madrinhas.

Destarte, o direito não deve ser olhado em uma estrutura puramente normativa, devendo se apoiar em outros estudos de áreas como a sociologia, psicologia, com a pretensão de trazer eficácia nas diretrizes que dispõem sobre os direitos das crianças e adolescentes, em especial o programa de apadrinhamento.

3 NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DO PROGRAMA DE APADRINHAMENTO

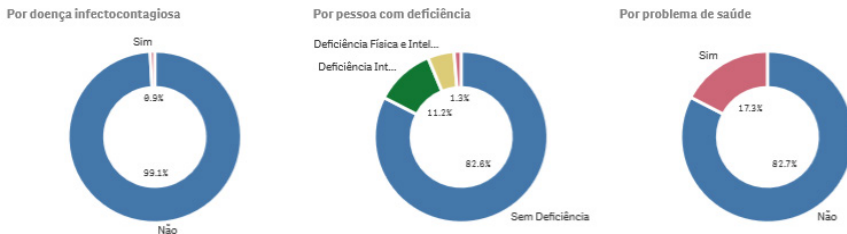
Na presente seção, serão demonstrados dados estatísticos que mensuram a porcentagem de crianças que estão à espera da adoção, bem como aquelas com remotas chances de serem adotadas. Isso influi na importância da promoção do programa de apadrinhamento, frente ao seu valor social.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho científico, a institucionalização é prejudicial para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Sabe-se ainda, que dentre as crianças e adolescentes encontram-se aquelas com poucas chances de serem adotadas, as que apresentam comorbidades, as que têm irmãos, as que possuem idade superior a 4 anos.

Sendo assim, com a finalidade de demonstrar a real situação dos abrigados. Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022) no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), informam quantas crianças e adolescentes estão disponíveis ou vinculadas para adoção, por região e Unidade Federada. Esta análise é pertinente para entender a necessidade da divulgação e promoção do programa de apadrinhamento.

Em toda Unidade Federada encontram-se cadastrados no sistema 3.735 (três mil setecentos e trinta e cinco), crianças e adolescentes, sem contar os que estão em abrigos, mas não estão cadastrados no sistema de adoção. Dos menores com comorbidades, 0,9 % possuem doença infectológica, 11,2% possuem deficiência intelectual, 1,3% possuem deficiência física e intelectual, totalizando 13,4%.

Gráfico 1 - Percentual de menores com comorbidades cadastrados em lista de adoção¹⁰



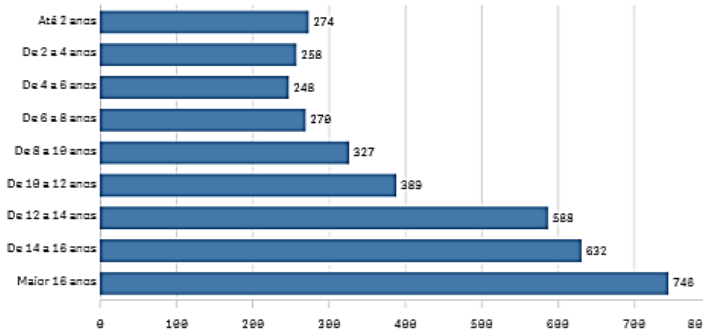
Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - CNJ (2022).

Quanto aos critérios de idade, estão disponíveis no cadastro: 274 crianças com faixa etária de até dois anos, há ainda, 258 crianças de 2 a 4 anos, 248 crianças com idade de 4 a 6 anos, 270 com idade de 6 a 8 anos, 327 possuem idade de 8 a 10 anos, 389 com idade de 10 a 12 anos. Encontram-se no cadastro também, 632 adolescentes com idade entre 14 a 16 anos, 748 adolescentes com idade superior a 16 anos.

¹⁰ Consulta dos dados realizados em março de 2022.

Gráfico 2 - Números de menores inscritos no cadastro nacional de adoção por idade¹¹

Por faixa etária

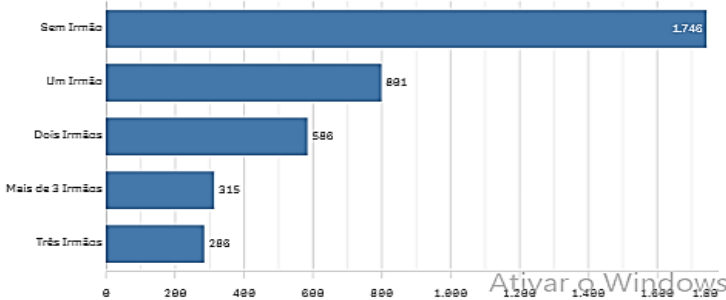


Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - CNJ (2022).

Ainda, dentre 3.734 menores registrados, 801 possuem 1 (um) irmão, 586 possuem 2 (dois) irmãos, 286 possuem 3 (três) irmãos, 315 possuem mais de 3 irmãos.

Gráfico 3 - Número de menores com irmãos, cadastrados no sistema nacional de adoção¹²

Por grupo de irmãos



Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - CNJ (2022).

Grandes porcentagens de crianças e adolescentes, portanto, não se encontram no perfil dos pretendentes.

O diagnóstico do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) informa que no ano de 2020, haviam no sistema 34.443 pretendentes dispostos a adotar e 2.008 pretendentes em processo de adoção. Ocorre que 93,8%

¹¹ Consulta dos dados realizada em março de 2022.

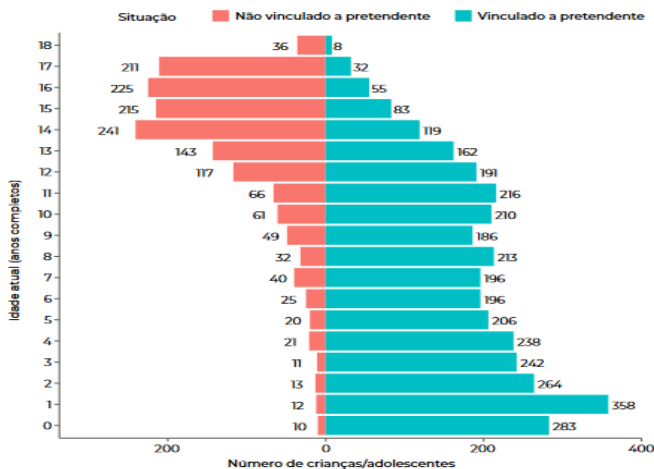
¹² Consulta dos dados realizada em março de 2022.

destes pretendentes não estavam vinculados aos menores disponíveis, pois havia incompatibilidade com o perfil desejado, com base no perfil existente dos menores cadastrados. No diagnóstico é possível verificar que 93% das crianças e adolescentes não vinculados a um pretendente possuem 7 anos ou mais. A predileção dos pretendentes é por crianças de até 4 anos e apenas 0,3% desejam adotar adolescentes, esses representam 77% do total de crianças e adolescentes disponíveis e não vinculados no SNA, o diagnóstico ainda conclui que no ano de 2020, que havia mais adolescentes cadastrados, do que pretendentes com interesse em adotá-los.

No tocante às crianças com comorbidades o diagnóstico concluiu que:

[...] o elevado percentual de crianças e adolescentes disponíveis para adoção com deficiência intelectual, 8,5% do total de disponíveis, enquanto o percentual de adotados é de 0,2%, em processo de adoção de 1,1% e em acolhimento de 3%. Já as crianças e adolescentes com deficiência física representam 3,2% do total de disponíveis, 0,2% do total de adotados, 0,7% do total em processo de adoção e 1,2% do total em acolhimento. Crianças e adolescentes com outros problemas de saúde representam 9,7% do total de disponíveis, 1,8% do total e adotados, 5,7% do total em processo de adoção e 4,4% do total em acolhimento.

Gráfico 4 - Número de menores disponíveis para adoção conforme idade no ano de 2020¹³



Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - CNJ (2020).

¹³ Dados disponibilizados no ano de 2020.

Frente a estes dados é possível afirmar que o perfil exigido pelos pretendentes a adotar segue com rigor, ao ponto que muitos menores não serão adotados. A institucionalização das crianças e adolescentes torna-se evidente, e com isso, a permanência dos problemas que dela decorrem.

A promoção do apadrinhamento é uma necessidade, à medida que existe a possibilidade de maior tempo de permanência dos menores nos abrigos. Destaca-se, portanto a finalidade do programa, qual seja, o desenvolvimento de estratégias que permitem a interação da comunidade, dos padrinhos e madrinhas para construir e manter vínculos afetivos individualizados e duradouros entre crianças e/ou adolescentes abrigados, com a devida seleção e preparação dos envolvidos (LOBO, 2021, p.138).

Os programas de apadrinhamento, são mal divulgados e pouco incentivados, pois inexistente um sistema próprio que permite verificar quais são os programas ativos em todo o território nacional, tampouco em Santa Catarina. A fim de proporcionar uma maior visualização dessa afirmativa, Veronese (2019, p.153), aduz que é “difícil para um cidadão catarinense ter acesso a informações claras sobre projetos de apadrinhamento desenvolvidos em seu município ou comarca”.

Ainda, para melhor compreensão, basta acessar o buscador google e digitar “apadrinhamento afetivo em Santa Catarina”. Um dos primeiros links que aparecem é uma notícia do MPSC do ano de 2018 com o seguinte título “MPSC busca expandir Programa de Apadrinhamento para todo o estado”, que explica a necessidade do programa e das diretrizes firmadas por meio do Termo de Cooperação Técnica n. 020/2018/MP (SANTA CATARINA, 2018), no entanto não foi repassado nenhum link ou atualização da implantação do programa de apadrinhamento. O segundo link direciona para o site padrinho nota 10 que traz alguns endereços e telefones de lugares que possuem o programa. O terceiro link possibilita o acesso a uma reportagem de 2019 do TJSC com o título “Madrinha afetiva resume anseio de criança acolhida:

mão estendida sem pedir nada em troca”, porém não dispõe de nenhum redirecionamento a algum programa de apadrinhamento.

Verifica-se, portanto, a divulgação incompleta de informações sobre o programa, sensação de insegurança ao acessar alguns sites com diversas propagandas. Destaque apenas ao site padrinhos nota 10, que traz alguns contatos de programas de apadrinhamento existentes.

Atualmente, apesar de contar com tantas ferramentas tecnológicas, o governo se mantém inexpressivo e não apresenta publicidade sobre o tema. É salutar a expansão do acesso à informação acerca desses programas, não apenas por meio de pesquisa em site, como também a divulgação nos meios de comunicação, destacando a importância do envolvimento comunitário e proporcionar informações capazes de orientar os interessados.

3.1 ANÁLISE DO APADRINHAMENTO NOS ESTADOS DA REGIÃO SUL DO PAÍS

Neste tópico será apresentada, a comparação regional o quadro do apadrinhamento no Estado de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná. Destaca-se nesta análise o modo de supervisão do programa, seleção e acompanhamento dos candidatos a padrinhos e madrinhas.

O Ministério público de SC, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a Secretaria de Estado da Assistência social, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional SC), estabeleceram entre si o termo de cooperação técnica N.020/2018, com “fim de instituir e disseminar no Estado de Santa Catarina, os requisitos necessários, para elaboração do programa de apadrinhamento” (SANTA CATARINA, 2018).

Além dos responsáveis acima citados, o termo informa que cabe também a federação catarinense de municípios:

Fiscalizar de forma permanente o processo de implementação e manutenção dos programas, mobilizar e sensibilizar as instituições envolvidas no sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente acerca da importância da construção de vínculos para fins de convivência familiar e comunitária, promover a divulgação e seus canais de comunicação.

O termo de cooperação N.020/2018 (SANTA CATARINA, 2018), traz critérios para a criação e execução do programa, que inclui: A verificação do perfil do menor que será apadrinhado, preparação da equipe, dos pretendentes a apadrinhar e dos menores selecionados para o programa e apadrinhamento, por equipe técnica interdisciplinar do serviço de acolhimento ou Justiça da infância e da juventude ou termo de colaboração firmado com as organizações sociais. Destaca-se no referido termo o cumprimento da orientação firmada pela CONANDA (BRASIL, 2009), ao se tratar das metodologias, cadastramento, seleção, preparação e acompanhamento de padrinhos e afilhados por uma equipe interprofissional (SANTA CATARINA, 2018).

O referido termo (incisos I, II, III, IV, VI, e parágrafo único) dispõe que as equipes de execução dos programas de apadrinhamento, deverão realizar oficinas de sensibilização com as temáticas pertinentes ao apadrinhamento, quais se destacam: “capacitar e orientar os interessados; realizar avaliação psicossocial dos candidatos a fim de verificar a capacidade de vinculação saudável compatível com os objetivos do programa; acompanhar [...] relação de padrinho e madrinhas e apadrinhados” (SANTA CATARINA, 2018).

Ainda, aduz o termo (SANTA CATARINA, 2018) que deverá existir o estudo social, devendo participar a família do candidato e todos que com ele residem, que será se dará “por meio de visitas domiciliares, entrevistas, contatos colaterais, atividade em grupo e observação das relações familiares e comunitárias”. Destaca-se a preocupação quanto à estabilidade de vínculos entre os menores e padrinhos, além do estudo social que é imprescindível para prevenir que os menores não estejam em ambiente hostil, que possa causar dano a sua saúde.

Na cláusula quinta (SANTA CATARINA, 2018), especifica requisitos necessários para se tornar padrinho ou madrinha, quais se destacam neste tópico a vênua conjugal, e das pessoas que residem na mesma casa. Ressalta-se ainda nesta cláusula o cuidado quanto à preservação do bem estar da criança, ao prever a “indispensabilidade da comprovação de disponibilidade de tempo e interesse em oferecer proteção e afeto aos menores, a verificação da idoneidade moral, boas condições física e mental dos candidatos”. Os candidatos devem dispor de tempo para ingressar no processo de habilitação e devem cumprir os requisitos especificados no art.19 b do ECA. Após, diante de um parecer favorável, a família assinará ficha cadastral do programa apadrinhamento. No caso do descumprimento dos requisitos impostos no termo n. 120/2018, os padrinhos e/ou madrinhas poderão ser desligados do programa (SANTA CATARINA, 2018).

Quanto à publicidade no âmbito municipal, prevê o documento a “Integração do programa ao sistema de garantias do direito das crianças e dos adolescentes do município, com elaboração de estratégia de divulgação à comunidade local, respeitando direito de imagem dos menores” (SANTA CATARINA, 2018).

Ainda, deverá ocorrer a seleção e acompanhamento dos candidatos a padrinhos e madrinhas, bem como a oitiva do menor. O termo entrou em vigor na data de sua assinatura, no dia 20 de junho de 2018. Os programas existentes deveriam adequar os critérios em 90 dias (SANTA CATARINA, 2018).

O legislativo paranaense, por meio da lei 20.951 de 10/01/2022 (PARANÁ, 2022), institui apenas linhas gerais acerca do instituto, não impondo requisitos ou condições específicas para os candidatos. Destaca-se no referido texto legal, além das especificidades genéricas do art.19 B, nos termos do art.3º “A vedação do exercício de apadrinhamento afetivo por pessoas condenadas pelos crimes [...]”¹⁴. Os artigos 4º, 5º e 6º dispõe sobre a regulamentação das

¹⁴ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de

visitas, que em regra ocorrerá em finais de semana e excepcionalmente dias da semana, já o art.8º dispõe a possibilidade de complementação da referida lei pelo poder executivo. A lei entrou em vigor em 10 de janeiro de 2022. Inexiste previsão no texto legal de estratégias de divulgação do programa, o processo de preparação de padrinhos e afilhados e estudo social.

No Rio Grande do Sul, na Lei 15.211 (RIO GRANDE DO SUL, 2018) foram abordados de maneira mais detalhada os requisitos para a participação no programa, quais sejam: Para a criança ou adolescente, consoante o art. 2º a idade mínima de 5 anos, a pelo menos 18 meses em acolhimento, e estar cadastrado nos sistemas mantidos pelo poder judiciário. Aos interessados em participar do programa como padrinho, o artigo terceiro impõe: “idade superior a 18 anos, e diferença mínima de 10 anos em relação ao apadrinhado, ressalvada a diferença mínima de 16 anos nos casos que possam levar à adoção”. Também, devem residir no Estado do Rio Grande do Sul, e seja registrado no cadastro do programa de apadrinhamento mantido pelas entidades de acolhimento, nos termos do artigo 4º. O art.1º regula a saída temporária dos menores dos abrigos, ficando estabelecidos, finais de semana, datas comemorativas, entre outros. No que dispõe os requisitos para participação do menor no Programa de Apadrinhamento o art.3º, inciso III informa que deve “estar registrado perante os cadastros mantidos pelo Poder Judiciário, como em condições para ser adotado, com a comprovação de inexistência de possibilidade de vínculo com a família natural ou extensa”. Ainda, para os interessados participarem do programa, está previsto no art. 4º:

A inclusão do candidato (a) em cadastro mantido pelas entidades de acolhimento ou organizações da sociedade civil, às quais caberá avaliar tecnicamente, mediante avaliação psicológica e social, preparar e elaborar um **dossiê do candidato**, com os respectivos documentos pessoais, comprovante de residência e certidão negativa de antecedentes criminais. No molde do § 1º do art. 4º O cadastro e o dossiê serão encaminhados ao

1990, na Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, na Lei Federal nº11.340, de 7 de agosto de 2006, e na Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Poder Judiciário para análise e autorização, com a expedição do respectivo termo, cabendo ao Ministério Público fiscalizar todo o processo de apadrinhamento.

Ainda, os artigos 5º e 6º, preveem a oitiva obrigatória das crianças e adolescentes antes da retirada da entidade, este pedido deverá ser analisado pela autoridade judiciária competente, qual a sua negativa deverá ser fundamentada. O Art. 7º impõe que deferida a retirada, o padrinho ou/e madrinha irá desempenhar a guarda especial da criança e do adolescente pelo período que foi concedido. Por fim, o art. 11. dispõe que o Poder Executivo terá o prazo de 90 (noventa) dias, para complementar a referida lei, contando da data de sua publicação, ora vigor, dia 25 de julho de 2018 (RIO GRANDE do SUL, 2018).

Após a análise destes três dispositivos é possível verificar que tais regramentos representam um marco para futura uniformização do apadrinhamento, percebe-se que alguns estados ainda abordam o tema de forma tímida, e abstrata, como foi possível verificar na posição legislativa do Estado do Paraná.

Quanto à posição do Estado do Rio Grande do Sul, é perceptível um movimento sobre o acompanhamento do programa do apadrinhamento, delegando ao Ministério público essa função, e a atuação do poder judiciário quanto a retirada temporária do menor nos abrigos, que por um lado protege a criança e o adolescente e por outro burocratiza o processo.

O Estado de Santa Catarina, propõe uma medida assertiva ao regulamentar sobre o processo de preparação dos padrinhos e afilhados para a proteção do menor ao estabelecer vínculos com seus padrinhos e/ou madrinhas, além de prover diretrizes e etapas mais sólidas.

No entanto, não há um sistema que permita verificar se foram adotados os regramentos supra analisados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo, foram explanadas as legislações que contribuem para a proteção da criança e adolescente, bem como princípios que regem os interesses dos menores. Esses princípios norteiam os direitos da criança e do adolescente, são de grande importância pois permitem a judicialização no caso de abusos contra este grupo, apesar de relativa ineficácia frente a ausência coercitiva pelo descumprimento.

Verifica-se também que existem outros institutos que antecedem o apadrinhamento, que possibilita o menor acesso a comunidade, e a entidade familiar, como a colocação em família substituta por meio da adoção, acolhimento familiar, quando o menor temporariamente é inserido em uma família.

Por intermédio da análise de dados referente a preferência dos candidatos em definir o perfil do menor a ser adotado, percebe-se que essa seleção condiciona a desigualdade, e reflete diretamente na institucionalização, pois o menor institucionalizado pode passar anos nos abrigos, sem um afeto individualizado, causando-lhes graves consequências.

O programa de apadrinhamento carece de promoção para sua criação e de publicidade, pois seu acesso é dificultoso. Ao realizar uma busca nos sites de navegação pela internet é possível conhecer alguns programas, porém não há sistema integrado que demonstre os programas ativos, os locais que estabeleceram esse programa, causando certo distanciamento entre a vontade de apadrinhar e a possibilidade de ser padrinho, tendo em vista as próprias limitações territoriais.

O apadrinhamento, conforme exposto no decorrer da obra, embora utilizado como recurso derradeiro diante de outros mecanismos, se devidamente fiscalizado e divulgado revela-se uma ótima ferramenta de inclusão social aqueles que se encontram marginais aos grupos com maiores chances de adoção.

As diretrizes gerais acerca o apadrinhamento, em âmbito Nacional dispostas no ECA, possibilitam o emprego de normas e princípios, ao tempo que ensejam certa flexibilidade, permitindo sua adaptação em cada caso concreto, ou a medida necessária, seja por meio do conselho tutelar ou nos casos mais graves, a judicialização. Ainda, viabiliza uma maior atuação do poder municipal que pode adaptar o programa de acordo com as criticidades existentes dentro dos abrigos, moldando-se ao interesse dos menores abrigados.

Em contrapartida, confirma-se parcialmente a hipótese quanto à ausência de diretrizes protetivas, tendo em vista que os três Estados analisados possuem algumas diretrizes para estabelecer o programa de apadrinhamento.

No entanto percebe-se que não há isonomia ao dizer sobre essas normas, pois há aquela que dispõe de procedimentos claros e precisos para a inserção do programa, acompanhamento dos padrinhos e afilhados, e preparação para estabelecer vínculos saudáveis, como em Santa Catarina. Por outro lado, vê-se em análise, que os Estados do Paraná e Rio Grande do Sul, não dispõe de todo este cuidado, e não existem garantias que o poder municipal irá suprir essa lacuna.

Não obstante, o melhor interesse do menor deve ser priorizado na criação legislativa, pois o Estado ocupa a figura de autoridade familiar no que concerne à tutela dos menores abrigados. Se ele está revestido dessa função, o legislador deve levar em conta os fatores intrínsecos que envolvem o bem estar do menor, seja por meio da oitiva obrigatória do menor, análise do perfil do padrinho, apoio de equipe que integrará aos poucos o afilhado na vida dos padrinhos, com a finalidade de promover vínculos estáveis.

Destarte é essencial a observância dos fatores supramencionados para criação das normas, além de incentivo, publicidade e veiculação dos programas de apadrinhamento.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ JÚNIOR; V. H.; FERREIRA, P. R. V. Convenção sobre os direitos da criança. In: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

BARBOZA, H. H.; ALMEIDA, V.; MARTINS, T. I. Contornos jurídicos do apadrinhamento no direito brasileiro: considerações à luz do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 6, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0855_0896.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

BOCHNIA, S. F. **Da adoção:** categorias, paradigmas e práticas de direito de família. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional da Assistência Social. **Resolução Conanda** n. 1 de 18 de junho de 2009. Aprova o documento Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1350.html>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

CARDIN, V. S. G.; VIEIRA, T. R. O apadrinhamento civil como proteção do melhor interesse do menor. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 37, n. 15, set./dez., 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.173>. Acesso em: 12 mar. 2022.

GUERRA, L. L. de L.; PRETTE, Z. A. P. de. Habilidades sociais e problemas de comportamento de crianças sob acolhimento institucional. **Psico-Usf**, Bragança Paulista, v. 25, n. 2, p. 273-284, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-82712020250206>. Acesso em: 7 ago. 2021.

KAPPLER, S. R.; MENDES, D. M. L. F. Trocas Afetivas de Crianças em Acolhimento Institucional. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, 29 jul. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003184527>. Acesso em: 20 ago. 2022.

LANDRO, G. A.; CUNHA, S. G. C. da; SOUZA LIMA, M. M. de. A função social da família na promoção do direito à educação. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 2, n. 43, p. 622-655, fev. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1860>. Acesso em: 9 set. 2021.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2021.

MOREIRA, M. I. C. Os impasses entre acolhimento institucional e o direito à convivência familiar. **Psicologia & Sociedade**. v. 26, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822014000600004>. Acesso em 24 jun. 2021.

NUCCI, G. de S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 18 out. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

PIEROZAN, J. H.; VERONESE, J. R. P. **Apadrinhamento afetivo**: o cenário de Santa Catarina. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_a3a40f02f22d43af8a434e9e99a7655a.pdf. Acesso em 24 jan. 2022.

PIMENTA, P. R. L. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 193, p. 7-20, jan. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496554>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PORTUGAL. Assembleia da República. Lei nº 103, de 2009. Aprova o regime jurídico do apadrinhamento civil, procedendo à alteração do Código do Registo Civil, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais e do Código Civil. **Diário da República Eletrónico**: n.º 177/2009, Série I, 11 set. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/103-2009-489737>. Acesso em: 10 nov. 2021.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 390 p.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 15.211, de 26 de julho de 2018. Institui no Estado do Rio Grande do Sul o Programa de Apadrinhamento Afetivo, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**: n.º 142, Porto Alegre, RS, 26 jul. 2018. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.211.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Convênio n. 120/2018**. Termo de cooperação técnica (n.020/2018/MP) que entre si celebram o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a Secretaria de Estado de Assistência Social, Trabalho e Habitação, a Federação Catarinense de Municípios - FECAM, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil – seccional Santa Catarina, objetivando instituir e disseminar no estado de Santa Catarina o Programa de Apadrinhamento estabelecendo os requisitos necessários a sua elaboração e execução. Florianópolis, SC, 20 jun. 2018.

SOUSA, Karollyne Kerol de. **Expectativas e frustrações no processo de apadrinhamento de criança em situação de acolhimento institucional**. 2010. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Ciências Humanas, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/17101>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SOUSA, K. K. de; PARAVIDINI, J. L. L. Vínculos entre crianças em situação de acolhimento institucional e visitantes da instituição. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 31, n. 3, p. 536-553, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932011000300008>. Acesso em: 20 ago. 2022.

SOUZA, G. M. B. F. de; SOUZA, I. F. de. A inobservância do paradigma da proteção integral ante a falta de norma regulamentadora do programa de apadrinhamento socioafetivo. **RIOS - Revista Científica da Faculdade Sete de Setembro**, v. 12, n. 16, p. 1-15, jan. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/362>. Acesso em: 20 out. 2021.

VERONESE, J. R. P.; RIBEIRO, J. **Princípios do direito da criança e do adolescente e guarda compartilhada: estudos de caso com a família ampliada ou extensa**. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <https://www.doi.org/10.22350/9786559172313>. Acesso em: 25 mar. 2022.

A ERA DAS NANOTECNOLOGIAS NO MERCADO CONSUMIDOR: A INSERÇÃO DOS “NANOPRODUTOS” AO COTIDIANO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Daniele Weber S. Leal
Raquel von Hohendorff

INTRODUÇÃO

As nanotecnologias representam a utilização da escala nanométrica – que equivale à bilionésima parte do metro – em variados setores e segmentos da indústria, gerando produtos com características totalmente novas, se equiparadas às aquelas que seus similares em escala macro apresentam.

Este texto pretende estudar os contornos do direito à informação – contemplado no artigo 31, do CDC e Constituição Federal de 1988 – frente ao ingresso crescente de produtos desenvolvidos a partir das nanotecnologias no mercado consumidor.

As *nanos* são apresentadas como um novo e revolucionário conjunto de tecnologias, operando numa escala sempre existente na natureza, mas somente viabilizadas ao ser humano a partir do final do Século XX, dado o desenvolvimento de equipamentos em condições de vislumbrar na ordem de um bilionésimo do metro.

Nesta ordem de grandeza, as propriedades físico-químicas das coisas sofrem modificações consideráveis, como a maior condutividade elétrica, aumento da resistência dos materiais, quanto menor for a superfície maior é a concentração de átomos e moléculas na camada superficial, novos resultados

na interação dos materiais com o meio ambiente e o ser humano, provocando efeitos tóxicos ainda pouco conhecidos, o material que na escala maior é estável, isolante e opaco, na escala nano poderá ser reativo, condutor e transparente.

Por outro lado, as possibilidades financeiras destas aplicações são quase infinitas, podendo proporcionar um desenvolvimento econômico sem precedentes na história da humanidade. Aí se tem o desenho do desafio que as nanotecnologias estão trazendo para a sociedade contemporânea: ganhos econômicos e possibilidade de atendimento às necessidades humanas mostram-se quase ilimitados, mas com a potencialização de riscos invisíveis e incalculáveis, que poderão destruir o Planeta Terra, inviabilizando a própria continuidade da vida.

Esta é a encruzilhada que se desenha para o Direito e as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica, ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana.

O problema que se pretende enfrentar: sob quais condições o direito à informação que já integra a legislação consumerista brasileira poderá disciplinar a instalação segura no mercado consumidor? A hipótese de trabalho, a partir deste problema, é: levando-se em conta todos os elementos que compõem o direito à informação do consumidor inscritos no CDC e CF/88, se devidamente aplicados poderão assegurar um aceitável nível de segurança para o nanoconsumidor.

Dentre os objetivos deste trabalho se encontra a divulgação do potencial inovador das nanotecnologias; a pesquisa sobre produtos que já tragam no seu conteúdo e/ou no processo produtivo alguma nanopartícula; estudar os elementos componentes do direito à informação, especialmente a partir do artigo 31, do CDC; discutir algumas pesquisas que apontam riscos no tocante às nanopartículas.

O trabalho será desenvolvido a partir do método de abordagem denominado método fenomenológico-hermenêutico; como métodos de procedimento se utilizarão: método histórico, comparativo e estudo de caso; as técnicas de pesquisa manejadas são: pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

A hipótese provisória é a de que, caso o fabricante respeite todos os ingredientes que se encontram no artigo 31, do CDC, pode-se concluir que as nanotecnologias chegarão ao mercado consumidor, permitindo uma escolha adequada, dentro de um nível humana e ambientalmente tolerável, a partir de uma relação de responsabilidade prospectiva entre os pesquisadores, fabricantes e consumidores e uma adequada gestão dos riscos presentes e futuros.

Todos acabam sendo consumidores de “nano produtos”. No entanto, uma pequena parcela destes “todos” sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Portanto, aí se desenha um importante espaço para o alinhamento dos contornos do chamado “direito à informação”.

1 AS NOVIDADES DA ERA NANOTECNOLÓGICA: DOS BENEFÍCIOS À POTENCIALIDADE DOS RISCOS

As nanotecnologias representam um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças ao desenvolvimento de equipamentos especiais¹, que conseguem acessar as propriedades especiais da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas²,

¹ Como microscópios de varredura eletrônica e outros “nanoscópios”, que tem condições de permitir que se visualize a escala nanométrica, que está na escala atômica.

² “Os nanomateriais não são novos e nem todos são sintéticos: estão presentes na natureza e estão por toda parte. O que é novo é nossa capacidade de manipular esses materiais comuns para um propósito funcional. No mundo natural, os nanomateriais aparecem no esqueleto do plâncton marinho e dos corais; no bico e nas penas dos pássaros; na matriz capilar e óssea de animais, inclusive da espécie humana; em teias de aranha; nas escamas e asas; e até mesmo em papel, seda e algodão. Nanomateriais inorgânicos também existem na natureza, como certas argilas, cinzas vulcânicas, fuligem, poeira interestelar e certos minerais. Os nanomateriais naturais são fundamentalmente o resultado de uma série de processos químicos, fotoquímicos, mecânicos,

isto é, um nanômetro corresponde à bilionésima parte de um metro ou à notação científica de 10^{-9} . A expressão *nanotecnologia* deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, as variadas tecnologias que viabilizam a operação em escala nano trazem consigo muitas incertezas, especialmente concernentes à possibilidade de riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente (DURÁN; MATTOSO; MORAIS, 2006). Observando-se as características da Quarta Revolução Industrial, percebe-se que seus impactos terão reflexos nas inter-relações entre o homem e a tecnologia (os impactos em relação ao indivíduo, ao poder, a política e a economia e os reflexos sobre a cultura, sociedade e o meio ambiente). (ENGELMANN, 2017, p.248).

Estas novas tecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica 10^{-9} . De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO (*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura (SUPAN, 2015) material de construção, medicamentos, diagnóstico de doença, protetores solares, medicamentos, equipamentos médicos (ABBONDANZA, 2015, p.6) e odontológicos, energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos (ISO TC 229, 2022).

A nanotecnologia exibe um alto grau de interdisciplinaridade. Biólogos, químicos, físicos, médicos e engenheiros contribuem com suas experiências e ideias para gerar aplicações e produtos inovadores para a sociedade. Isso requer uma colaboração intensiva baseada na divisão do trabalho e um alto nível de compreensão de outras disciplinas (GERMANY, 2016), onde se situa o Direito e outras Ciências Sociais Aplicadas e também as denominadas Ciências Humanas.

térmicos e biológicos.” (livre tradução) (PNUMA, 2017, p. 24).

Pode ainda ser definida como a ciência da manipulação de matéria na escala nanométrica, a fim de descobrir novas propriedades e assim produzir novos produtos. Nos últimos 30 anos, uma quantidade considerável de interesse científico e financiamento de pesquisa e desenvolvimento dedicado à nanotecnologia levou a desenvolvimentos rápidos em todas as áreas de ciência e engenharia, incluindo química, materiais, energia, medicina, biotecnologia, agricultura, alimentos, dispositivos eletrônicos e produtos de consumo. Somente nos EUA, o governo federal gastou mais de US \$ 22 bilhões em pesquisa em nanotecnologia desde 2001 (CHENG et al., 2016).

Os avanços nas áreas de nanociência e nanotecnologia resultaram em inúmeras possibilidades para aplicações de produtos de consumo, muitas dos quais já migraram de bancos de laboratório para prateleiras de lojas e sites de comércio eletrônico. Os nanomateriais foram cada vez mais incorporados aos produtos de consumo, embora a pesquisa ainda esteja em andamento sobre seus potenciais efeitos no meio ambiente e na saúde humana (VANCE et al., 2015).

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro *Horizonte 2020* da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 9-10), estabelecendo expressamente:

As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa.-

Para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise

e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoproductos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8219 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1941 companhias, oriundos de 56 países. Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas (INTRODUCTION, 2018).

A apresentação de novidades trazidas pela pesquisa ou desenvolvimento de novos produtos sempre acarreta um certo nível de risco (BARBAT, 2016, p. 213). Para o Sistema do Direito, gera a necessidade de normatizar os riscos e os danos futuros com criatividade e modelos flexíveis, que possam ser facilmente modificados e atualizados em atendimento ao mesmo movimento das atualidades nanotecnológicas.

O que é um grande desafio, pois o Direito sempre avaliou os fatos do passado, atribuindo-lhes efeitos jurídicos no presente, determinando como deveria ser o comportamento no futuro. No caso das nanotecnologias, os efeitos que poderão surgir – riscos e danos – no futuro e no presente, ainda são pouco conhecidos³. E esse também é o problema da regulação legislativa estatal sobre a matéria: ainda não se tem informações científicas suficientes para uma regulação formal. Busca-se sinalizar quais seriam as possibilidades de (auto) regulação para esse cenário de riscos, muitos dos quais ainda desconhecidos, que projetam para o futuro uma eventualidade de ocorrência de danos.

O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular

³ O ser humano está construindo um mundo perigoso, parafraseando um livro de DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. 2010.

profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente (CHRISTENSEN, 2015).

Em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014, p. 26-27)

A entrada da nanotecnologia na fabricação de objetos tem sido comparada com o advento das tecnologias anteriores que têm afetado profundamente as sociedades modernas, tais como plásticos, semicondutores e até mesmo a eletricidade. Aplicações da nanotecnologia prometem melhorias transformadoras em desempenho materiais e longevidade para a eletrônica, medicina, energia, construção, máquinas-ferramentas, agricultura, transporte, vestuário, e outras áreas (BERGER, 2016).

Como há um crescente interesse na produção de nanomateriais, deve-se considerar o potencial destes materiais como contaminantes ambientais. Assim, ainda existem inúmeras questões sem respostas, que precisam ser discutidas e refletidas, como por exemplo, quais são as principais vias de contato/interação dos nanomateriais com os biosistemas? Através de qual meio (aquático, aéreo ou terrestre) os nanomateriais penetram no ambiente? São solúveis em água? Qual é a toxicidade desses materiais frente aos biosistemas? Quais mecanismos de interação estão envolvidos? É possível remover ou remediar nanomateriais do ambiente caso ocorra algum acidente?

Qual é o ciclo de vida dos produtos contendo esses materiais nanométricos? (MARTINEZ; ALVES, 2013, p. 33).

Discorrem Baruah e Dutta (2009, p. 201-202) sobre o risco e formas de entrada de nanopartículas no corpo humano, em que as partículas podem interferir na sinalização celular e levanta questões sobre segurança e efeitos adversos. Outro estudo demonstra possíveis efeitos tóxicos no cérebro (neurotoxicidade) dos peixes Zebrafish (*Danio rerio*) expostos aos nanotubos de carbono (DAL FORNO et al., 2013). Compostos da indústria de nanotecnologia, como os nanomateriais à base de carbono, são fortes candidatos a contaminar ambientes aquáticos, pois sua produção e eliminação têm crescido exponencialmente em poucos anos, sem que se tenha estudos conclusivos sobre a sua efetiva interação com o meio ambiente. Recente estudo demonstrou que o fulereno C60 diminuiu a viabilidade das células e prejudicou a detoxificação de enzimas, evidenciando interações toxicológicas (FERREIRA et al., 2014).

Apesar destas evidências, os gastos direcionados pela *National Nanotechnology Initiative (NNI)*, dos Estados Unidos, para o desenvolvimento de produtos a partir da escala nanométrica são muito superiores do que os gastos com testes de segurança (BEHAR; FUGERE; PASSOFF, 2013): em 2011, foram gastos 1,847 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 88 milhões de dólares para testes de segurança (saúde e segurança ambiental); já em 2012, foram gastos 1,690 bilhões de dólares com o desenvolvimento de produtos, contra 102,7 milhões de dólares para a realização de testes de segurança; para o ano de 2013, foram propostos os seguintes valores: 1,760 bilhões de dólares para o desenvolvimento de produtos e 105,4 milhões de dólares para testes de segurança. Estes números mostram a ampla valorização dos aspectos positivos (as possibilidades) prospectadas para as nanotecnologias, que acabam obnubilando os estudos sobre riscos que a manipulação em nano escala poderão gerar (os aspectos negativos).

Além dos estudos sobre a toxicidade dos nanomateriais, as estratégias de gestão de risco para prevenir a exposição dos trabalhadores e evitar mais amplos problemas de saúde pública devem ser desenvolvidas por instituições de pesquisa, indústrias e agências governamentais. A Política Nacional de Nanotecnologia precisa incorporar, de forma mais sistemática e estimular com instrumentos mais concretos, a investigação dos impactos econômicos, sociais, legais e éticos das nanotecnologias, reforçar os estudos sobre riscos à saúde e ao meio ambiente e as estratégias de comunicação pública sobre o conjunto de questões relacionadas com estas tecnologias emergentes (INVERNIZZI et al., 2008, p. 79).

Portanto, há evidências científicas de que os riscos poderão ser produzidos a partir de múltiplas fontes. Apesar das promessas substanciais da nanotecnologia, se vislumbram várias áreas de preocupação, que motivam os atuais pedidos por regulação. Uma vez que se apresenta o contexto de risco, necessário que seja fomentado e protegido o Direito à informação, proporcionando ao consumidor que o mesmo possa efetuar sua opção pelo produto, ciente dos riscos.

Entre os possíveis riscos estão: a) a segurança do trabalhador na fabricação ou uso de partículas nanométricas; b) a segurança do consumidor na utilização ou aplicação de bens baseados na tecnologia nanotecnológica; c) danos ambientais causados pela produção de resíduos e fabricação de produtos acabados que possam contaminar o ar, a água ou o solo; d) convulsões socioeconômicas, incluindo rupturas econômicas em economias baseadas em agricultura, matérias-primas ou trabalho; e) consequências imprevistas de nanotecnologias descontroladas; f) uso governamental/estatal de nanotecnologias para conter as liberdades civis; g) aplicações militares; h) uso das nanotecnologias nas mãos de terroristas ou outros criminosos (MERCHANT; SYLVESTER, 2006, p. 714-725).

Vale dizer, há mais perguntas do que respostas (BUBZY, 2010, p. 530) Os impactos nocivos e riscos potenciais à saúde humana e animal, ao meio ambiente e até em relação ao comportamento humano são ainda

pouco conhecidos (ABDI, 2010, p. 40). Para a avaliação desses aspectos, deverão ser aperfeiçoados e desenvolvidos testes que busquem identificar: “(i) suas propriedades físico-químicas; (ii) seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente; (iii) sua toxicidade ambiental: e (iv) sua toxicidade com relação aos mamíferos”(ABDI, 2010, p. 41).

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade consumidora, ou seja, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação ou não do uso das nanotecnologias e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental de qualidade (AYALA, 2011, p. 25).

A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento. (ZANIRATTO *et al.*, 2008).

Ante a complexidade desta nova tecnologia, refletindo em possíveis impactos danosos às futuras gerações (bem como ainda poderá atingir a atualidade), urge que o Sistema do Direito procure uma alternativa jurídica a fim de proporcionar a proteção do consumidor através do dever/direito à informação, estabelecendo que se apresentem tanto os pontos benéficos desta nova tecnologia quanto os potenciais danos e cenário de risco.

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de

escolher o que consumir. Torna-se necessária a discussão acerca do princípio da informação, corolário do dever de informação que cabe ao produtor, visando à proteção do consumidor de produtos nanotecnológicos.

2 O DIREITO/DEVER DE INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DAS NANOTECNOLOGIAS: É POSSÍVEL ENCONTRAR DISPOSITIVOS PROTETIVOS AO NANOCONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?

A gestão do risco permeia o direito à informação e o dever de informar. Mas e quem faz esta gestão? Para quem ela é feita? Como se poderá fazer esta gestão? “Na verdade, não temos problema algum em gerenciar riscos, mesmo riscos de vida. O que o indivíduo não aceita é que um risco de dano a ele seja gerenciado por outrem, sem seu devido conhecimento e sua completa compreensão” (HARTMANN, 2011, p. 544). Este é o ponto: por meio das nanotecnologias são elaborados produtos novos, apresentam partículas com características físico-químicas desconhecidas, mas são adicionadas sem nenhum controle, submetendo o consumidor a riscos incalculáveis.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o “direito à informação”, como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o “dever de informar”.

O direito à informação trata de um direito coletivo da informação ou do direito da coletividade à informação; o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual,

mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformação de meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa. Ao lado do direito individual corrobore-se o direito coletivo (SILVA, 2005, p. 259).

Foi levando em consideração a insegurança - principalmente ocupacional - quanto à utilização da nanotecnologia na indústria que a Fundação CERTI, referência nacional e internacional no suporte para a indústria no quesito das tecnologias inovadoras, desenvolveu uma Cartilha de Nanosseguurança, que bem define a necessidade de cuidado quando o assunto é nanotecnologia:

Porém, as pequenas (ou nano!) diferenças em tamanho das partículas, formato, área superficial e/ou outras características, podem modificar drasticamente a funcionalidade, a qualidade, a ciência e, é certo, a toxicidade do nanomaterial e do produto final para quem o utilizar. A Nanosseguurança entra aí! A abordagem que trata essa cartilha tem como base o paradigma Safety by Design (Segurança obtida pelo Projeto). Porém, inclui também aspectos de segurança ocupacional (para os trabalhadores das empresas), tratando da segurança das pessoas em toda a cadeia da produção e do uso dos nanoproductos. (CERTI, 2016).

Trata-se de investir no Direito à Informação: quem consome os produtos desenvolvidos com nanotecnologia tem o direito de saber das mudanças e dos seus efeitos positivos e negativos, permitindo uma escolha consciente dos produtos que carregam essas novidades. Diversos países, dentro dos quais França, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca, China e Canadá estabeleceram a obrigatoriedade do registro pelas empresas que vendem produtos contendo nanopartículas, independente de serem por elas produzidos ou importadas. Também países como Austrália, Estados Unidos, Suíça e Coreia elaboraram definições operativas de nanomateriais, mesmo que nem sempre vinculantes ENGELMANN et al., 2015, p.87).

Um exemplo importante é quanto aos cosméticos contendo nanotecnologia, amplamente consumidos. Neste campo, dos nanocosméticos, é que se encontrou um primeiro passo para a efetivação desses direitos de informação, a nível internacional, observando o Regulamento (CE) nº 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2009), que inovou ao ressaltar a necessidade de garantir uma avaliação da segurança do produto nanocosmético e ampla divulgação dos riscos associados a sua utilização. O documento dispõe da seguinte forma:

(29) O desenvolvimento da tecnologia pode levar a uma maior utilização de nanomateriais nos produtos cosméticos. A fim de garantir um elevado nível de protecção dos consumidores, a livre circulação de mercadorias e a segurança jurídica dos fabricantes, é necessário elaborar uma definição uniforme dos nanomateriais a nível internacional. A Comunidade deverá procurar chegar a acordo sobre uma definição nos fóruns internacionais relevantes. Caso tal acordo seja obtido, a definição de nanomateriais constante do presente regulamento deverá ser adaptada em conformidade.

(30) Actualmente, a informação sobre os riscos associados aos nanomateriais é inadequada. A fim de avaliar melhor a sua segurança, o CCSC deverá prestar orientação, em colaboração com os organismos competentes, sobre metodologias de ensaio que tenham em conta as características específicas dos nanomateriais.

Dito desta maneira, percebe-se que o Brasil apresenta-se atrasado com relação a outros países do mundo em que esse assunto ganhou grande relevância. No ordenamento jurídico pátrio, inexistente atualmente qualquer legislação específica em vigor que oriente a utilização, a produção e a informação dos produtos contendo nanotecnologia.

Uma possível resposta que pode ser traçada no ordenamento jurídico atual envolve o Direito à Informação. Por estar efetivado na Constituição Federal do Brasil de 1988 no artigo 5º, inciso XIV, que dispõe da seguinte forma: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, temos constitucionalmente garantida a exigência irrenunciável da comunicação quanto a utilização das

nanotecnologias nos produtos cosméticos e as suas potencialidades de risco, devendo ser “reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo” (SARLET, 2003).

Portanto, encontra-se disposto no artigo 5º, incisos IV, XVI e XXXIII cumulado com os artigos 220 a 224. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculador pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixará de ser mera função individual para tornar-se função social”. (SILVA, 2005, p. 260).

O Direito/Dever à Informação também tem respaldo no Código de Defesa do Consumidor. Levando em conta a grande quantidade de produtos contendo nanotecnologia lançados diariamente ao mercado, o primeiro afetado com possíveis danos que esta novidade pode causar serão os consumidores, leigos no trato com essa tecnologia emergente. Por tal razão, quem consome tais produtos tem o direito de saber dos efeitos e mudanças físico-químicas dessas partículas.

Diante de tal realidade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), pode projetar mecanismos que garantam a informação ao consumidor quanto as potencialidades das nanotecnologias. Em primeiro lugar, ao elencar os direitos básicos do consumidor no Artigo 6º, o legislador trouxe a garantia da informação em seus incisos II e III⁴.

Explicando o inciso III, Grinover et al (2011, p. 153) salienta:

É indispensável, por conseguinte, que haja uma *ligação permanente*, ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores para que esses últimos possam efetivamente ter acesso à informações sobre os produtos e serviços.

⁴ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]”

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos que estão à venda no mercado. É um pré-requisito para o exercício de outro direito, ou seja, o direito de escolher, de optar. Ainda no CDC observa-se outro dispositivo importante. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), por meio do seu artigo 31⁵, estabelece uma série de requisitos que deverão ser observados quando os produtos são colocados em comercialização. Este dispositivo legal carrega no seu seio uma efetiva caracterização de elementos necessários para se conhecer o produto comprado. No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo (ENGELMANN; CHERUTTI, 2013). O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

No caso do citado artigo 31, do CDC, há uma referência expressa à obrigação de se informar os riscos que o produto possa gerar em relação à saúde e segurança dos consumidores. Constata-se uma falha na comunicação entre os Sistemas do Direito, da Economia e da Ciência. Esta última deverá buscar subsídios para que o Sistema do Direito possa decidir, observando as diretrizes oriundas do Sistema Econômico. Há uma marcada incerteza em todos os Sistemas Sociais que são chamados a operar com as nanotecnologias.

No caso do Sistema do Direito esta situação vem caracterizada pela inadequação da formulação legislativa consumerista relacionada ao direito à informação. Os produtos contendo nanopartículas estão chegando ao mercado,

⁵ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

mas os consumidores não estão recebendo as informações adequadas, a fim de poderem exercer democraticamente o exercício de comprar ou não (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2014).

A concretização do direito à informação auxilia na construção de um ambiente de participação democrática dos cidadãos. A concretização dessa figura constitucional (possuidora de alta carga democrática) parece ser o modelo capaz de garantir um poder cidadão, objeto das alienações e descumprimento, por parte do Poder Público (BONAVIDES, 2001, p. 25).

O “direito de saber” como a estrutura central do “direito à informação”, que é destinado à sociedade, e do “dever de informação”, dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. (ENGELMANN, 2015, p. 359-360)

Assim, “a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão.” (MACHADO, 2006, p. 27)

O cerne do “direito de saber” é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento

(CAPES, CNPq, FINEP, FAPERGS, entre outros). Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos (ENGELMANN, 2015, p. 360).

Resta a questão: Qual a alternativa para dar conta desta situação? O direito à informação não é exercido e o dever de informação tampouco é estimulado. Um “cuidado” anexo à abordagem precaucional é a informação e o fomento à participação pública sobre as decisões que envolvam as nanotecnologias. Não há uma resposta pronta para esta nova realidade que nos deparamos, mas é fundamental que se dê o primeiro passo e não se esquecer: “[...] para fazer evoluir a cultura científica importa que o público seja bem informado e participe, com conhecimento de causa, em debates. Promover a cultura científica faz parte de uma boa higiene democrática. É indispensável para permitir ao público compreender a orientar o progresso.” O “direito de saber”, ou o “direito de ser informado”, integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. (ENGELMANN, 2015, p. 363).

O exercício do direito à informação pelos seus titulares, provocará a necessária prática do dever de informação.

Portanto, verifica-se a necessidade da utilização do princípio da informação para proporcionar ao consumidor a autonomia de escolha dos produtos, cientificando-os dos riscos que possam ser produzidos pelo consumo destes. É importante a efetiva aplicação do princípio da informação de modo que a sociedade possa compreender a dimensão que assume a defesa do consumidor frente aos possíveis riscos dos produtos nanotecnológicos.

O contexto assim observado se mostra desafiador para o Direito, pois terá que lidar com os danos futuros, a partir de decisões que deverão ser tomadas no presente. Vale dizer, o Direito se vê confrontado com uma situação de incerteza e complexidade, que precisará ser respondida criativamente e

por meio de ferramentas diferentes daquelas tradicionalmente fornecidas pelo positivismo jurídico, especialmente aquele de viés legalista.

A sociedade atual está vivendo o período da revolução nanotecnológica, onde os mais diversos setores produtivos utilizam em seus processos insumos, materiais ou equipamentos que contêm nanopartículas engenheiradas. As pesquisas em nano escala já deixaram os laboratórios e ganharam as linhas de produção das indústrias, incrementando o número de produtos com nanotecnologia que chegam ao mercado. Assim, uma coisa é certa: a responsabilidade em relação às gerações futuras e o cuidado com o patrimônio natural começam aqui e agora. Eles não têm outro advogado de defesa que não o cidadão, consumidor carente de mais informações para que possa participar ativamente também na gestão dos riscos e fazendo suas escolhas pessoais de consumo.

Por isso, ao invés daquelas características do positivismo jurídico, busca-se ampliar a efetividade, a adequação das respostas às perguntas formuladas pelas novas e nanotecnologias (ENGELMANN, 2013, p. 260). Tais mudanças profundas no Sistema do Direito se fazem urgentes e necessárias, a fim de possibilitar o seu diálogo com os demais Sistemas, especialmente o Sistema da Ciência, com o foco no equacionamento dos eventuais riscos que poderão vir junto com o aprofundamento da Revolução Nanotecnológica, a começar pelo respeito e promoção do direito/dever da informação, que possibilitará ao consumidor o mínimo de conhecimento sobre tais novas tecnologias, para que esteja ciente de suas escolhas, principalmente quanto aos riscos.

Desta forma, cabe ao Direito, como ciência, possibilitar a criação de instrumentos jurídicos com objetivo de efetivar medidas de gerenciamento preventivo do risco, baseado nos princípios da prevenção, da precaução, da responsabilização, da informação e da sustentabilidade, objetivando sempre o cuidado com o ser humano e o meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente quebra de paradigma do poder das novas tecnologias vem despertando uma preocupação iminente no que tange à proteção, saúde e bem-estar humano. O aprofundamento do debate sobre os riscos mostra-se indispensável no atual contexto nanotecnológico. Pelo que se depreende do estudo de vasta bibliografia e notícias científicas recentes, a produção de nanoproductos encontra-se em amplo crescimento, o que conseqüentemente gera o aumento do risco na utilização desavisada destes produtos.

Não há certeza sobre os (possíveis) danos ou efeitos que as nanos poderão acarretar na saúde humana, em especial quanto à toxicidade e a ausência de biocompatibilidade dos materiais utilizados. Isso é ainda mais gravoso pelo contato direto que os consumidores têm com esses produtos amplamente lançados ao mercado.

Uma vez que a nanotecnologia está amplamente inserida no cotidiano, através de inúmeros produtos apresentados ao longo deste artigo, necessário que seja adotada uma conduta minimamente precaucional, projetando assim o máximo de informação disponível aos consumidores, para que estes possam optar pela utilização consciente destes produtos inovadores. O desafio da nanotecnologia na atualidade, para o Direito, é como a sociedade poderá colher os benefícios da produção em nano escala e, concomitantemente não sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que podem advir juntamente com esta tecnologia. Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles. Embora não se possa “conhecer” todos os resultados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco. (DANA, 2012).

O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

Neste sentido, o direito do consumidor também sofre impactos, especialmente no tocante ao direito de informação, que permitirá ao consumidor poder realmente fazer uma opção de consumo. Ainda, concomitantemente a este direito surge para o empreendedor o dever de informação.

O direito à informação não se configura apenas como um direito infraconstitucional, mas como um dos direitos do consumidor, radica no interesse público, considerando que:

[...] sua tessitura está coenvolvida de inevitáveis inserções no âmbito do Direito Público Constitucional, até porque as relações de consumo são necessariamente transindividuais, pois irradiam efeitos além dos sujeitos concretos da aquisição ou utilização de determinado produto para alcançar todos os que sejam por elas atingidos, em ato ou potência (LÔBO, 2011, p. 596).

Os direitos do consumidor são uma categoria jurídica onde se expressa a genuína constitucionalização do Direito Privado. Um conjunto de relações que emergem na seara privada, que passam a receber o manto público da Constituição, quando a proteção e a defesa do consumidor são guindados a direitos fundamentais e direitos integrantes da ordem econômica do Estado.

O cumprimento voluntário do direito/dever à informação, por parte de todos os envolvidos, corresponde à uma das condutas eticamente responsáveis e proporciona de igual modo, um consumo consciente.

É imprescindível a observação e respeito à limites mínimos no desenvolvimento desta nova tecnologia, prezando precipuamente ao bem-estar e segurança da vida humana. No horizonte atual de riscos envolvendo

os produtos nanotecnológicos, aparece o Direito com um papel regulatório de construção de elementos adequados para tutelar esta nova demanda, viabilizando o Direito à Informação visto sob a ótica da dignidade da pessoa humana e por sua vertente positivada (presente na Constituição e no Código de Defesa do Consumidor, em especial no seu artigo 31).

O fato é que o Consumidor tem o Direito (Dever) de conhecer os benefícios e riscos dos produtos a serem consumidos. Para isso, faz-se necessário construir alternativas para esclarecer o público consumidor leigo.

REFERÊNCIAS

ABBONDANZA, S. Les Enjeux de larobotique. *In: Destination Science Les Thématiques*, Naintré, França, n. 1, novembre 2015.

ABDI. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. **Estudo prospectivo nanotecnologia**. Brasília: ABDI, 2010.

AYALA, P. de A. Transdisciplinaridade e os novos desafios para a proteção jurídica do meio ambiente nas sociedades de risco: entre direito, ciência e participação, **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 16, n. 61, p. 17-36, jan./mar. 2011.

BARBAT, A. S. **Estudios de derecho de seguros y reaseguros**. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

BARUAH, S; DUTTA, J. Nanotechnology applications in pollution sensing and degradation in agriculture: a review. **Environmental Chemistry Letters**, Secaucus, v. 7, n. 3, p. 201-202, Sept. 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10311-009-0228-8>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BEHAR, A.; FUGERE, D.; PASSOFF, M. **Slipping through the cracks: an issue brief on nanomaterials in food**. As You Sow, 2013. Disponível em: www.asyousow.org/health_safety/nanoissuebrief.shtml. Acesso em: 4 nov. 2013.

BERGER, M. A nanotechnology perspective for manufacturing. 11 ago. 2016. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=44211.php>. Acesso em: 8 jul. 2021.

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BUZBY, Jean C. Nanotechnology for food applications: more questions than answers. **The Journal of Consumer Affairs**, v. 44, n. 3, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1745-6606.2010.01182.x>. 8 jul. 2021.

CHENG, H. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, H. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology**: delivering on the promise. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

CHRISTENSEN, F. M. et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <https://mst.dk/service/publikationer/publikationsarkiv/2015/dec/better-control-of-nanomaterials/>. Acesso em: 8 jun. 2021.

DAL FORNO, G. O. et al. Intraperitoneal exposure to nano/microparticles of fullerene (c60) increases acetylcholinesterase activity and lipid peroxidation in Adult Zebrafish (*Danio rerio*) Brain. **BioMed Research International**, New York, v. 2013, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1155/2013/623789>. Acesso em: 4 jul. 2021.

DANA, D. A. **The nanotechnology challenge**: creating legal institutions for uncertain risks. New York: Cambridge University Press, 2012.

DELMAS-MARTY, M. **Libertés et sûreté dans un monde dangereux**. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. **Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação**. São Paulo: Artliber, 2006.

ENGELMANN, W. *et al.* (org.). **Nanocosméticos e o direito à informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor**. Erechim: Deviant, 2015.

ENGELMANN, W. From Pontes de Miranda to Mireille Delmas-Marty: journey to review the Theory of Sources of Law to accommodate the new rights generated by Nano Technological Revolution. *In: XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ENGELMANN, W. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. *In: MENDES, G. F., SARLET, I. W., COELHO, A. Z. P. (org.). Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, W. O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica. *In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

ENGELMANN, W.; CHERUTTI, G. Da educação ao direito à informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na era das nanotecnologias. *In: ENGELMANN, W.; SCHIOCCHE, T. (coord.). Sistemas jurídicos contemporâneos e constitucionalização do direito: releituras do princípio da dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2013.

FERREIRA, J. L. R. et al. Co-exposure of the organic nanomaterial fullerene C60withbenzo[a]pyrene in *Danio rerio* (zebrafish) hepatocytes: evidence of toxicological interactions. **Aquatic Toxicology**, Amsterdam, v. 147, Feb. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.aquatox.2013.12.007>. Acesso em: 4 jul. 2021.

FUNDAÇÃO CERTI. **Nanossegurança na Prática**. 2016. Disponível em: <http://insights.certi.org.br/nanosseguranca-na-pratica>. Acesso em: 19 fev. 2018.

GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. **Action plan nanotechnology 2020**: an inter-departmental strategy of the Federal Government. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: https://www.bam.de/_SharedDocs/EN/Downloads/as-nano-action-plan-nanotechnology-2020.pdf?blob=publicationFile. Acesso em: 15 fev. 2021.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2 v., 2011.

HARTMANN, I. A. M. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor. dever de informação. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (org.). **Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor**. São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 579-614. (Edições Especiais).

HOHENDORFF, R. V.; ENGELMANN, W. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito. Curitiba: Juruá, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229**: nanotechnologies. Geneva, 2022. Disponível em: http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983. Acesso em: 7 abr. 2022.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://product.statnano.com/>. Acesso em: 24 jun. 2018.

INVERNIZZI, N.; KÖRBES, C.; FUCK, M. P. Política de Nanotecnología em Brasil: a 10 años de las primeras redes. In: FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. **Nanotecnologias en la Alimentación y Agricultura**. Montevideo: Universidad de La Republica, 2008.

LÔBO, P. L. N. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. (org.). **Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. III. (Edições Especiais).

MARCHANT, G. E. and SYLVESTER, D. J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **Journal of Law, Medicine and Ethics**, p. 714-725, Winter 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=907161>. Acesso em: 30 mar. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINEZ, D. S. T.; ALVES, O. L. Interação de nanomateriais com biosistemas e a nanotoxicologia: na direção de uma regulamentação. **Ciência e Cultura**, v. 65, n. 3, jul. 2013. p. 32-36. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252013000300012>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. **Fronteras 2017**. Nuevos temas de interés ambiental. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 2017.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, J. A. **Direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SUPPAN, S. **No small task: generating robust nno** Data. Posted July 16, 2015. Disponível em: <http://www.iatp.org/blog/201507/no-small-task-generating-robust-nano-data>. Acesso em: 9 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **HORIZON 2020**: em breves palavras: o programa-quadro de investigação e inovação da EU. Bruxelas, 2014. p. 9-10. Disponível em: https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (ce) N.o 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho**. União Europeia, 30 nov. 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009R1223&from=PT>. Acesso em: 23 fev. 2021.

VANCE, M. E. et al. Nanotechnology in the real world: redeveloping the nanomaterial consumer products inventory. **Beilstein Journal of Nanotechnol**, Frankfurt am Main, n. 6, Aug. 2015. Disponível em: <http://www.beilstein-journals.org/bjnano/content/pdf/2190-4286-6-181.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ZANIRATO, S. H.; RAMIRES, J. Z. S.; AMICCI, A. G. N.; RIBEIRO, Z. M.; RIBEIRO, W. C. **Sentidos do risco**: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales. Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO CLIMA EQUILIBRADO PELA INSERÇÃO DE CLÁUSULAS DE DESCARBONIZAÇÃO E RESSONÂNCIAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sabrina Lehnen Stoll
Fernanda Analú Marcolla

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas no contexto hodierno apresentam uma alta complexidade social, com alterações no regime de chuvas, aumento do volume dos mares, secas, calor intenso, derretimento das geleiras, intensificando a ocorrência de catástrofes como inundações, deslizamento de terra, tempestades e furacões, entre outros. O que se percebe é que a sociedade atual vive em risco e umas das externalidades deste risco são as mudanças climáticas e seu rol de consequências negativas e danosas que deixaram o planeta em grau de emergência. A interferência humana na natureza foi tão abrupta e grotesca que chegamos num estágio onde instrumentos de responsabilidade civil, princípios como precaução e prevenção, não são mais suficientes para preservar o direito de existência das gerações futuras. Sendo assim os sistemas do Direito, Política e Ciência precisam encontrar soluções rápidas e eficazes para a preservação da comunidade planetária.

Dados apresentados pelo *Intergovernmental Panel on Climate Change* (2021) recomendam aos governos decisões rápidas e eficazes para mitigar os efeitos das alterações climáticas induzidas pelo homem nas mudanças dos extremos climáticos, destacadamente no que se refere

ao aquecimento global, cujo aumento de temperaturas gera alterações simultâneas e múltiplas nos fenômenos climáticos causadores de impactos.

Instrumentos de governança climática começam a ser repensados, e uma das possibilidades de novas práticas de governança são os créditos de descarbonização. A finalidade dessa política de governo é apresentar possibilidades de resposta rápida e estabilizadora no que diz respeito as emissões de gases de efeito estufa.

A partir destas considerações preliminares o estudo pretende enfrentar a problemática da possibilidade de construção de bases teóricas sobre a efetivação do direito ao clima equilibrado pela inserção de cláusulas de descarbonização em conjunto com a responsabilidade civil objetiva prevista no ordenamento jurídico como medidas de enfrentamento às emergências climáticas.

Desta forma, o artigo tem por objetivo analisar reflexivamente as teorias sobre o risco e emergência climática com a possibilidade de sua operacionalização em conjunto com a aplicação da responsabilidade civil objetiva em caso de dano ambiental e com a recente medida de redução de emissão de CO₂ e metano através da política de descarbonização.

Por conseguinte, com fins de consecução de tal objetivo o trabalho se estrutura em três partes: a primeira trata da observação do Direito em relação ao risco e à sensibilidade climática, a segunda descreve o direito ao clima equilibrado como direito fundamental e solidário das presentes e futuras gerações e a terceira apresenta as considerações acerca da recente política que vem sendo adotada relacionada à emissão dos créditos de descarbonização, que, aliada à já existente responsabilidade civil objetiva em caso de dano ambiental, se apresentam como medidas de governança climática que possibilitam que o enfrentamento às alterações climáticas seja realizado de uma forma mais eficiente e rápida. Ao final, apresentam-se as conclusões articuladas.

Quanto à metodologia empregada, foram adotados os métodos dedutivos e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 CENÁRIO DE SENSITIVIDADE CLIMÁTICA PARA O DIREITO

As mudanças climáticas são consideradas um dos fatores amplificadores do que até então se denominava de risco ambiental, alterando suas causas e impactos em tal proporção que autores como Beck (2018, p. 18), Farber (2016), Antunes (2012, p. 88) e Carvalho (2016) justificam ser a denominação do risco “climático” uma possibilidade de maior sensibilidade e reciprocidade a este novo contexto. Portanto, o risco climático, resultado de um clima em acelerada mudança, apresenta-se como uma das grandes ameaças da atualidade com aumento do número, recorrência e severidade dos desastres¹ até então denominados desastres naturais ou ambientais.

A tipologia dos riscos permite a construção de uma consciência de risco que pode ser mais facilmente compreendida pelas comunidades atingidas e pelos tomadores de decisões, destacadamente no âmbito do Direito e da Política (VEYRET, 2007, p. 24).

Hodiernamente a sociedade antropocena vivencia uma crise climática decorrente do aquecimento global e das mudanças climáticas, e a sensibilidade climática é a medida corrente para analisar o quão intensamente o sistema climático responde às mudanças nos níveis de gases do efeito estufa (*greenhouse gases*) (CARVALHO, 2021, p. 242).

Em recente estudo realizado pelo *National Research Council of National Academies*, tem como preocupação a avaliação científica da estabilização de certos níveis de aquecimento global:

¹ Para fins de desenvolvimento deste estudo os termos catástrofes e desastres serão abordados com o mesmo sentido, mesmo que existam impropriedades técnicas.

O referido estudo apresenta, diante do progresso científico recente, um aumento de confiança na relação de como o aumento global da temperatura afeta os padrões de precipitação, ondas de calor extremo, ciclo hidrológico, recuo das geleiras no oceano, redução das colheitas, branqueamento dos corais e aumento do nível do mar e oceanos. Ainda, esse estudo apresenta a relação entre a elevação da temperatura (analisando modelos de elevação da temperatura em cada grau centígrado) e a intensificação dos eventos climáticos extremos como furacões, enchurradas, temperaturas extremas, chuvas intensas, derretimento de geleiras. Apesar de o estudo ter a abrangência local do território norte-americano, serve de relevante base para o provável papel das mudanças climáticas na intensificação da ocorrência de desastres (CARVALHO, 2021, p. 244).

Estes estudos confirmam o relatório do *Intergovernmental Panel on Climate Change 2021*, que relata em seu conteúdo que é certo que as atividades humanas a partir da virada industrial aqueceram consideravelmente o planeta ocasionando mudanças drásticas e generalizadas no clima. Ainda os dados do IPCC traçam uma proposta aos estados-nação para que estes mantenham o aquecimento no patamar de 1,5 ° C até o ano de 2030. Logo, o intuito é reforçar que mesmo que se atinja a meta de estabilização ou uma possível redução das emissões dos gases de efeito estufa a humanidade deverá passar por processos de readaptação climática. Ou seja, o dano já está feito e a humanidade terá que se adaptar com políticas para esse novo cenário, pois não há mais reversão das consequências (IPCC, 2021).

Os dados apresentados pelo IPCC (2021) recomendam aos governos decisões rápidas e eficazes para mitigar os efeitos das alterações climáticas induzidas pelo homem nas mudanças dos extremos climáticos, destacadamente no que se refere ao aquecimento global, cujo aumento de temperaturas gera alterações simultâneas e múltiplas nos fenômenos climáticos causadores de impactos.

A urgência do assunto em voga é tamanha a ponto de, após um desastre climático que ocorreu em julho de 2021, na região da Europa Ocidental (Alemanha, Bélgica e Holanda), em que após forte temporal uma enchurrada deixou várias cidades embaixo d'água, com destruição e vítimas

fatais, o Parlamento Europeu decretou “Estado de Emergência Climática” na União Europeia, sendo esta a primeira vez na história em que foi adotada tal medida, tornando a Europa o primeiro continente a reconhecer a importância da emergência climática. Esse ato pode ser considerado de caráter simbólico, que visa aumentar a pressão de outros sistemas políticos por ações mais concretas contra o aquecimento global (CNN, 2021).

As chuvas estão cada vez mais intensas, e nestas regiões que já possuem um índice de umidade alto, com o aquecimento global em níveis alterados, percebe-se um desequilíbrio na quantidade pluviométrica, bem como na época de suas precipitações. Desta forma, esse desequilíbrio no regime de chuvas ocasionado pelo aquecimento altera de forma negativa todo o ecossistema destas regiões, gerando desastres e flagelos de tal magnitude.

Ainda sobre as mudanças climáticas ocasionadas pela intervenção antropogênica, estudos recentes mostram que o dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera do planeta Terra atingiu uma média mensal de 419 partes por milhão. Este é o nível mais alto já medido desde um período entre 4,1 milhões e 4,5 milhões de anos atrás:

Estamos adicionando cerca de 40 bilhões de toneladas métricas de poluição de CO₂ à atmosfera por ano”, disse Pieter Tans, cientista sênior da NOAA, em comunicado à imprensa. “Essa é uma montanha de carbono que extraímos da Terra, queimamos e liberamos na atmosfera como CO₂ - ano após ano. Se quisermos evitar uma mudança climática catastrófica, a maior prioridade deve ser reduzir a poluição de CO₂ a zero o mais cedo possível (PANCINI, 2021).

Em relação aos danos gerados pela emissão de CO₂ dióxido de carbono, o maior deles é o aquecimento global, que atinge o planeta por inteiro e uma das suas graves externalizações é o derretimento das geleiras, que além de elevar os níveis dos oceanos, gerando a problemática dos refugiados climáticos, é responsável por aumentar os níveis de emissão de dióxido de carbono e de metano:

A camada permanente congelada do Ártico aprisiona uma imensa quantidade de vegetação decomposta, repleta de carbono. À medida que o gelo derrete, as folhas, raízes e musgo que se encontram por baixo começam a se desintegrar e liberam não apenas CO₂, mas também metano. O metano é um gás do efeito estufa várias vezes mais potente do que o CO₂ (GIDDENS, 2010, p. 47).

O que ocorre que é que as mudanças climáticas potencializam as vulnerabilidades existentes nos países em desenvolvimento e nos desenvolvidos, o que intensifica o número de desastres naturais e sua ocorrência, gerando alto custo de ordem econômica, ou seja, as mudanças climáticas potencializam os riscos já existentes:

Apesar das perdas econômicas serem maiores nos países desenvolvidos, é nos países em desenvolvimento onde há maior mortandade em decorrência dos desastres recentes (96% de todas as mortes relacionadas a desastre) e estes atingem um maior percentual do produto interno bruto. Diante destas circunstâncias os desastres exacerbam ainda mais a vulnerabilidade e comprometem de forma mais significativa as sensíveis condições econômicas e os potenciais de desenvolvimento destes países e comunidades (CARVALHO, 2021, p. 247).

No Brasil, o desmatamento sistemático da Amazônia, associado à emergência climática global, aponta um cenário próximo de calor intenso, com sensações térmicas que podem se aproximar ou superar os 34° C na sombra. Essa situação de estresse térmico atingiria principalmente a região Norte do país e como efeitos traria danos à saúde da população local e até ao mercado de trabalho, sem contar o aumento de mortalidade de pessoas mais vulneráveis, como idosos, crianças e pessoas com determinados problemas de saúde.

Em países em desenvolvimento, o que se percebe é que a relação entre as mudanças climáticas, vulnerabilidade e desastres aprofunda a pobreza nessas áreas, e a dificuldade do enfrentamento aos desastres gera interferências negativas no meio ambiente do planeta e nas estruturas sociais:

Portanto, a sensibilidade climática tende a exercer uma maior pressão no que diz respeito aos chamados desastres “naturais”.

Contudo, estes também podem exercer maior desestabilidade em relações sociais, inclusive intensificando as possibilidades de incremento de desastres antropogênicos. Assim, a ocorrência dos desastres e o seu recente incremento tem relação com um padrão cumulativo de exposição, de vulnerabilidade e ocorrência de eventos climáticos, ou seja, os desastres decorrem da combinação de fatores físicos e sociais, repercutindo em eventos de dimensão suficientemente graves, atingindo vidas humanas, propriedades, serviços e recursos ambientais (CARVALHO, 2021, p. 248).

Nesse sentido o direito precisa criar mecanismos pelos quais se permita através dos distintos campos do conhecimento realizar um entrelaçamento que gerencie respostas mais rápidas e resilientes no que tange às vulnerabilidades climáticas. A ideia é uma atuação do Direito voltada para a estabilização (SCHERER, 2017, p. 103).

É urgente a adoção de políticas públicas para o aprimoramento do sistema normativo com foco na exigência de ações de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, bem como para fomentar atividades que reduzam a zero as emissões de CO2 dióxido de carbono.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL AO CLIMA EQUILIBRADO: COMO INTERPRETAR O ACORDO DE PARIS COMO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As mudanças climáticas e suas consequências marcam uma nova geração de conflituosidade ambiental na era do antropoceno em âmbito planetário, e atualmente não há mais como se pensar em políticas de mitigação e adaptação locais sem a percepção dessa conflituosidade em âmbito global. Essa discussão precisa ocorrer entre estados-nação e são necessárias ações coletivas e de cooperação mútua que integram estratégias sociais na Política, na Economia, na Ciência e no Direito (BECK, 2018, p. 62).

O equilíbrio climático e a necessária gestão dos desastres precisam aglutinar ações que ora podem ser preventivas, ora mitigatórias e ora devem ser adaptativas. A humanidade está num momento ímpar, em que os riscos inerentes às atividades industriais ao longo dos dois últimos séculos causaram um efeito reflexivo irreversível, impondo a emergência de ações não mais preventivas e precaucionais, mas também adaptativas (BECK, 2018, p. 62).

Em relação à irreversibilidade, esta pode ser considerada, simultaneamente, uma característica e uma consequência dos desastres climáticos no sentido de que a prevenção em relação ao futuro não se refere somente à preparação em relação aos danos catastróficos definitivos que possam atingir seres humanos, mas deve incluir os danos que tragam riscos à vida de todo organismo vivo (SUNSTEIN, 2005, p. 115-116).

A reconstrução no momento pós-desastre é estágio que integra uma concepção unitária de gestão cíclica do risco climático, pois é necessária uma interação entre as causas dos desastres (naturais, artificiais e mistas) e a formas de resposta (coleta de dados, registros de eventos, auxílio às vítimas, rotas de fuga, serviços públicos mais ou menos vulneráveis, entre outros). Por meio de tal interação é possível compreender que talvez possa ser impossível a volta a uma antiga normalidade e, a partir de então, desenvolver o necessário planejamento da reconstrução com a finalidade de prevenção ou adaptação pela resiliência em relação aos danos climáticos que ainda virão.

A compreensão de adaptação se refere, na delimitação deste estudo, à possibilidade de interpretação da resiliência do Direito a partir de uma circularidade de desconstrução e reconstrução em que, em meio a um contexto de desestabilização social, como é o caso da ocorrência de uma catástrofe climática, busca-se a superação por meio de recursos internos que são percebidos a partir da percepção das vulnerabilidades locais com a finalidade de alimentar estruturas metódicas para uma nova situação com formas de adaptação mais resilientes (SCHERER, 2021).

Na perspectiva socioecológica, a resiliência se associa, em um debate contextualizado na era do antropoceno, à capacidade de reação às disrupções dos sistemas humanos, ecológicos ou climáticos com a finalidade de mantê-los saudáveis, íntegros e equilibrados. Para a gestão, o termo pode ser assimilado à capacidade de tais sistemas socioecológicos lidarem com a mudança, adaptarem-se às alterações e moldarem as modificações (ROBINSON, 2014).

A relação entre Direito e Mudanças Climáticas é construída por meio de um regime jurídico tridimensional integrado por regimes internacional, transnacional e nacional para tratamento de nova conflituosidade e de suas consequências. Entre 1988 e 1993, as mudanças climáticas passaram a ser determinadas como “uma preocupação comum para a humanidade”, momento em que a Assembleia das Nações Unidas formalmente começou a colocar em movimento as negociações para um tratado que enfrentasse tanto a mudança climática quanto seus efeitos (SANDS; PELL, 2018, p. 299).

O Regime Internacional do Direito das Mudanças Climáticas orbita a partir de três instrumentos de Direito Internacional: a referida Convenção-Quadro de 1992, o Protocolo de Quioto de 1997 e o Acordo de Paris de 2015.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima – UNFCCC (1992), celebrada por ocasião da Conferência do Rio sobre “Meio Ambiente e Desenvolvimento” de 1992 (Eco-92), deu o passo inicial nos esforços da comunidade internacional na matéria climática (SARLET, 2020, p. 38). Foi retificada pelo direito brasileiro através do Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Neste decreto o estado Brasileiro reconhece que a mudança de clima da Terra e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade (BRASIL, 1988b).

Após, é seguido do Protocolo de Quioto (1997), que é um tratado internacional em que os países signatários se comprometeram a reduzir as suas respectivas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera. Um acordo derivado da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças

Climáticas (UNFCCC), ele foi negociado e adotado pelas partes em Quioto, no Japão, em 11 de dezembro de 1997 e entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, quando atingiu a meta de 50% de ratificações dentre os 84 signatários originais. O Protocolo tem por base as premissas comprovadas pela ciência de que o aquecimento global é fato real e que ele é causado pela ação humana (OECD, 2015).

E, por fim, em Paris, durante a COP 21, em 12 de dezembro de 2015, as Partes da UNFCCC chegaram a um acordo histórico para combater as alterações climáticas e acelerar e intensificar as ações e os investimentos necessários para um futuro sustentável com a redução das emissões de carbono. O Acordo de Paris baseia-se na UNFCCC e, pela primeira vez, traz todos os Estados-Membros para empreenderem esforços ambiciosos no combate às mudanças climáticas e adaptarem-se aos seus efeitos, inclusive com maior apoio para ajudar os países em desenvolvimento a fazê-lo. O objetivo central do Acordo de Paris é manter o aumento da temperatura global neste século bem abaixo dos 2 graus Celsius acima dos níveis pré-industriais (ou seja, antes do ano 1900) e prosseguir os esforços para limitar ainda mais o aumento da temperatura a 1,5 grau Celsius. O Acordo de Paris foi aberto à assinatura em 22 de abril de 2016 (Dia da Terra) na sede da ONU, em Nova Iorque, entrando em vigor em 4 de novembro de 2016, 30 dias depois de ter sido atingido o chamado “duplo limiar” (ratificação por 55 países que representam pelo menos 55% das emissões mundiais). Desde então, mais países ratificaram e continuam a ratificar o Acordo, atingindo o número de 187 Partes (de um total de 197) no final de 2019 (SARLET, 2021, p. 38).

No Regime Nacional, apesar da necessidade de que o enfrentamento das mudanças climáticas em nível planetária deve ser feito com a mediação de organismos internacionais mediante a cooperação internacional do Estado-Membro, as ações e estratégia passam necessariamente pelo Direito doméstico, por meio da ratificação de normas internacionais, normatização

como a previsão constitucional, processos legislativos federais, estaduais e municipais e também por meio de um planejamento para mitigação e adaptação climáticas (CARVALHO, 2021, p. 89). Partindo da perspectiva de análise do direito ao clima como direito fundamental, direito humano e solidário, percebe-se a necessidade deste diálogo entre fontes e Cortes nacionais e internacionais. Um exemplo dessa comunicação solidária é o Acordo de Paris.

Por esse motivo o Brasil tem se ambientado sobre as discussões internacionais da questão climática, fato este que gera alguma repercussão no âmbito acadêmico e doutrinário.

No que tange ao Regime Transnacional o cenário ultrapassa as fronteiras internas nacionais principalmente no que diz respeito a questão ambiental e climática. Percebe-se que o resultado das questões de degradação ambiental não fica restrito a localidade da degradação praticada, elas se ampliam para além do território, por isso o interesse em cooperação internacional sobre formas de conscientização dos povos para as questões de ordem climática. O que ocorre é que o direito ambiental, principalmente as questões de mudanças climáticas, não influenciam somente a área territorial nacional, mas também extra território. A questão da emergência climática é necessária para o direito em uma lógica transnacional.

Para os autores Cruz e Bodnar (2010, p. 54):

No Estado Transnacional, não haveria espaço para se falar em soberania na sua concepção clássica. As múltiplas relações existentes entre os Estados, a importância da atuação cooperativa destes em prol de uma pauta axiológica comum, bem como a complexidade dos novos desafios exigiria uma redefinição qualitativa e funcional para esta categoria. Tal redefinição pode encontrar uma expressão jurídica na medida em que são transferidas, para novas organizações, faculdades consideradas como inerentes à soberania tradicional.

Nesse sentido, Beck (1999, p. 72) ensina que:

É necessário uma transição do Estado-nacional – que é fundamentado no ideal neoliberal – para uma visão transnacional, que está fundada em: a) uma na nova configuração do sistema político e jurídico e b) na substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados-nacionais por uma distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperem e concorram entre si – substituindo-se as relações de cunho “internacional” baseadas na ideia de regulamentação de conflitos e/ou disputas por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

Ou seja, a dimensão transnacional diz respeito às questões relativas ao Direito das mudanças climáticas, mas que não há uma necessária vinculação com os instrumentos internacionais normativos. É o caso dos litígios climáticos que nos últimos anos se propagam por diversos países e suas decisões refletem um movimento transnacional por justiça climática (PELL; LIN, 2019).

Os litígios climáticos são fenômenos jurisdicionais e, portanto, frequentemente tramitam em tribunais locais, ou seja, em cortes nacionais ou subnacionais. Assim, em termos de direito interno não existe necessariamente a vinculação de execução forçada dos instrumentos internacionais, como o Acordo de Paris, pois neste tipo de litigância os litigantes e a decisões são proferidas nas cortes nacionais (PELL; LIN, 2019). Nos casos apresentados, frequentemente os litigantes são de uma mesma nação onde tramita a demanda jurisdicional. Contudo a transnacionalidade decorre da constatação de que os efeitos da decisão têm alcance tanto global como local (CARVALHO, 2021, p. 91).

Justamente neste movimento se insere a governança climática por ser:

(i) multinível e para além do Estado (tendo como atores indivíduos, organizações não governamentais, cidades, estados, países etc); (ii) ter uma base científica (fundada em Relatórios Científicos do Intergovernmental Panel on Climate Change - IPCC); e (iii) identificar o potencial que as mudanças climáticas têm de afetar os mais vulneráveis e ocasionar a violação a direitos humanos, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, a propriedade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros. E é no âmbito deste movimento transnacional que um constitucionalismo global passa a adquirir sua face ambiental e, mais recentemente, climática (CARVALHO, 2021, p. 91).

Com a governança climática o que se busca é uma mudança radical nas relações privadas nas políticas públicas governamentais com maior gerenciamento dos problemas da emergência climática. O Estado, Política e o Direito devem fazer comunicações com a Ciência em busca de respostas mais resilientes e o contrato é um instrumento que pode ser assimilado e redirecionado para tal função.

Ainda há a necessidade de um entrelaçamento entre governos locais e externos com políticas conjuntas e resilientes às vulnerabilidades locais e globais. Neste ponto há que se ter uma perspectiva transversal de comunicação governamental sobre a governança climática.

Nesse sentido, se entende por transnacionalização uma nova forma de lidar com os problemas globais em âmbito local, através dos princípios de cooperação internacional, solidariedade entre os povos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 225 da Constituição Federal consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever de todos defendê-lo e preservá-lo, como direito fundamental (BRASIL, 1988a).

Desta forma, o princípio da solidariedade encontra-se na base jurídico-constitucional dos direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração (entre eles, o direito ao meio ambiente) e do Estado Ambiental ou Ecológico de Direito contemporâneo. O princípio da solidariedade aparece, nesse horizonte, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o ciclo dos três princípios revolucionários franceses: liberdade, igualdade e fraternidade. Trata-se, em última instância, de continuar na edificação de uma comunidade estatal que teve o seu marco inicial com o Estado Liberal, alicerçando agora novos pilares constitucionais ajustados à nova realidade social e desafios existenciais postos no espaço histórico-temporal contemporâneo, em especial no tocante à crise ecológica (SARLET, 2021, p. 38).

A CRFB/1988 adota o princípio da solidariedade como objetivo central do Estado e da sociedade brasileira no seu art. 3º, I, ao estabelecer a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, além de destacar também como objetivo a “erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais”, o que estabelece um novo marco normativo-constitucional, consolidando a solidariedade como princípio e valor da nossa ordem jurídica. O princípio da solidariedade também aparece consubstanciado no preâmbulo da Constituição Federal ao estabelecer os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (SARLET, 2021, p. 38).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, como é o caso dos direitos ecológicos, que, em vista da sua natureza difusa e, portanto, de titularidade dispersa por toda a coletividade, também encontram o seu fundamento no princípio da solidariedade e na ideia de justiça ambiental. Na perspectiva ecológica, há também a necessidade de se assegurar uma redistribuição justa e equânime do acesso aos recursos naturais, sob pena de incidir-se em prática discriminatória, o que se acentua de forma significativa em vista da feição socioambiental que caracteriza alguns aspectos da crise ecológica. Desta forma o princípio da solidariedade abarca uma série de bens ambientais tutelados constitucionalmente, inclusive o direito ao clima equilibrado, que é assimilado na Constituição brasileira pela concepção de justiça climática.

Ainda se percebe a ideia de solidariedade intergeracional quando abarca tutela de direitos das presente e futuras gerações:

Nessa senda, a integridade e estabilidade climática integrariam tanto o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, quanto o conteúdo do chamado mínimo existencial ecológico, podendo-se falar, inclusive, de um mínimo existencial climático. Tal entendimento também conduz ao reconhecimento de deveres estatais específicos de proteção do sistema climático, derivados diretamente da previsão do inciso I no §1º do artigo 225 da CF/1988, que dispõe sobre a proteção dos “processos

ecológicos essenciais". O sistema climático, nesse sentido, deve ser reconhecido como um novo bem jurídico de estatura constitucional, tal como defendido recentemente pelo ministro Antônio Herman Benjamin, do STJ, somado à consagração expressa da proteção da integridade do sistema climático no Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), artigo 1º-A, parágrafo único, e na Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), artigo 4º, I. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021).

Partindo do pressuposto de que o direito ambiental é um direito de ordem transversal, pois abarca outros ramos do direito, pode-se concluir que o clima é um direito fundamental, protegido constitucionalmente como cláusula pétrea, e de tamanha relevância que a não preservação coloca em risco a própria existência das gerações futuras. Ainda, o direito ao clima é um direito solidário, pois também tutela direitos de presentes e futuras gerações:

A partir de tal perspectiva, compreende-se com maior clareza por que os direitos de terceira dimensão, e especialmente o direito ao ambiente, são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, já que transportam implicações de escala global e universal, exigindo, em decorrência disso, esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação e devida proteção. O tema em questão, além disso, necessariamente implica uma aproximação e enfrentamento na perspectiva de um diálogo entre sistemas jurídicos, entre o marco normativo internacional (de direitos humanos e ambiental) e a ordem jurídica nacional (constitucional e infraconstitucional), mas também daquilo que se tem designado de um diálogo entre cortes. Cuida-se, portanto, de uma abordagem constitucional de múltiplos níveis, o que, no tocante à proteção e promoção de um meio ambiente equilibrado e saudável e, em particular, de condições climáticas íntegras, estáveis e seguras, assume especial relevância, dada a dimensão global do problema (SARLET, 2021).

A problemática climática deve assumir uma postura transnacional do direito, onde o direito internacional através dos seus tratados e convenções interagem com o direito nacional. E nessa perspectiva pretende-se propor uma base constitucional no direito brasileiro para interpretar o clima como direito fundamental ao clima estável. Essa visão holística pretende que a partir da justiça climática se possa atingir os direitos humanos. Desta forma no Brasil é necessário que se visualize a estabilidade climática como direito fundamental, e talvez esse

seja o maior de todos eles, pois sem ele, não há como se cumprir os outros e nem como ter uma perspectiva de futuro intergeracional (SARLET, 2021).

Partindo da perspectiva de análise do direito ao clima como direito fundamental, direito humano e solidário, percebe-se a necessidade deste diálogo entre fontes e Cortes nacionais e internacionais, sendo um exemplo desta comunicação solidária o Acordo de Paris.

Para o Ministro Antonio Herman Benjamin, “o que é fascinante na teoria de Erik Jaime do “diálogo das fontes” é a sua força simbólica, de contribuir à aplicação das normas valorativas de direitos humanos e protetivas da condição humana; contribuir à aplicação mais do que contrapor e exaltar o conflito entre direitos. Em um mundo pluralístico, como o que vivemos, todas as teorias que ajudam a ressaltar a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à vida, à qualidade, à proteção diferenciada de grupos mais vulneráveis de nossa sociedade de risco, deve ser destacada, como afirmava Rawls (FROTA, 2013).

Ainda ele explica que “em 1995, em seu curso geral de Haia, Erik Jayme, examinando o pluralismo pós-moderno de fontes e o fenômeno da comunicação, cunhou a expressão “diálogo das fontes” para significar a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, daí a impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação ou solução clássica das antinomias (FROTA, 2013).

O que ele propõe é que uma possível alternativa para o conflito de leis emergiria de um diálogo entre fontes as mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mais mutuamente; elas “dialogam” umas com as outras (MARQUES; BENJAMIN, 2020).

Nessa perspectiva percebe-se que o direito ambiental talvez seja um dos exemplos mais adequados para se tratar do tema do “diálogo das fontes normativas”. A complexidade e a forma como as diferentes fontes normativas se interconectam é sobremaneira característica tratando-se do Direito Ambiental. Há um forte intercâmbio conceitual e normativo que permeia, por exemplo, toda a legislação internacional em matéria ambiental – e que caracteriza o assim designado Direito Ambiental Internacional – em face das legislações domésticas, tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Isso também é resultado, em grande medida, da cláusula de “abertura material” dos ordenamentos jurídicos nacionais, o que, no caso brasileiro, pode ser facilmente identificada na norma estabelecida no § 2º do art. 5º da CRFB/1988.

Há forte tendência em se conceber cada vez mais a natureza “multinível” do sistema jurídico pela ótica do fenômeno da globalização, o que é impulsionado sobremaneira pelo Direito Ambiental, inclusive como medida de compatibilização das “leis dos homens” às “leis da Natureza”. Em outras palavras, as “leis da Natureza” não estão condicionadas e limitadas a fronteiras nacionais, como se pode vislumbrar de forma paradigmática na questão do aquecimento global e das mudanças climáticas. Isso, por certo, revela não apenas a imperativa cooperação entre Nações no plano internacional, mas também a necessidade de um marco normativo apto a regular e enfrentar a questão em escala planetária, reforçando a importância de coordenação – e, na medida do possível, uniformidade – entre marcos normativos plurais e de diferentes níveis (local, regional, nacional, comunitário e internacional) (SARLET, 2020).

Exemplo de resultado do diálogo das fontes, o Acordo de Paris é um tratado internacional criado pela 21ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, a COP-21, que ocorreu em dezembro de 2015, em Le Bourget, França, e foi considerada uma das “Conferências do Clima” mais importantes e influentes para o futuro do desenvolvimento dos

países envolvidos e da governança global ambiental, pois seu objetivo é limitar o aquecimento global até o ano de 2100 por meio de um Acordo que substitua o Protocolo de Quioto (KÄSSMAYER; FRAXE NETO, 2016).

O Brasil depositou a ratificação do acordo em setembro de 2016, e este entrou em vigor em 04 de novembro de 2016 através do Decreto Lei nº 9073/2017. A celebração do Acordo de Paris é considerada momento histórico e ao mesmo tempo holístico, pois foi a primeira vez que grande parte das nações estavam completamente empenhadas e em consenso para encontrar soluções de mitigação e adaptação sobre a problemática climática (BRASIL, 2017a).

Um dos pontos mais importantes encontrados no Acordo é a responsabilidade de todas as nações que ratificaram o pacto em ter a obrigatoriedade de cumprimento e participação nas metas. Neste ponto percebe-se um avanço nas comunicações globais sobre o tema.

É o que dispõe o artigo 2º, item 2, do Acordo de Paris, transcrito no Decreto 9073/2017: “Este Acordo será implementado de modo a refletir equidade e o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”. (BRASIL, 2017a)

O que se busca no Acordo é uma meta ambiciosa de chegarmos abaixo de 2º graus celsius o aquecimento do Planeta, diminuindo até zerarmos a emissão de dióxido de carbono. Estudos recentes do IPCC indicam que mesmo que se consiga atingir essa meta ainda iremos sofrer consequências catastróficas e irreversíveis não tendo outro caminho senão a adaptação climática através de políticas resilientes (IPCC, 2021).

No Brasil, o Acordo de Paris foi recepcionado pela Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), instituída pela Lei nº12.187, de 29 de dezembro de 2009, bem como pelo Código Florestal (Lei 12.651/2012). Já

no seguimento das diretrizes climáticas alguns municípios se anteciparam a problemática como é o exemplo do Município de São Paulo - SP, que instituiu a Política de Mudança do Clima - Lei nº 14.933/2009. A legislação municipal em seu artigo 2ª prevê a recepção de acordos e tratados internacionais sobre clima, e já se antecipa como legislação prevendo medidas de adaptação em seu mesmo artigo (IPCC, 2021).

Em suma, o que se observa é que mesmo antes da criação do Acordo de Paris e posterior recepção pelo ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 já consagrava o direito ambiental ecologicamente equilibrado, conferindo importância especial à matéria, servindo o diálogo entre as fontes para aprofundar o tema a ponto de passar a interpretar o direito ao clima como um direito fundamental, direito humano e solidário.

3 CLÁUSULAS DE DESCARBONIZAÇÃO NAS EMPRESAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Com a descoberta da queima de combustíveis fósseis para facilitar e agilizar os meios de produção, a Primeira Revolução Industrial foi o primeiro grande marco na evolução tecnológica, pode-se dizer que foi o início da diminuição e do aumento das complexidades no modo de vida antropoceno. Nesse momento a humanidade se torna dependente das três fontes de energia mais destrutivas do planeta quais sejam: petróleo, gás natural e carvão (GIDDENS, 2010, p. 57).

E esta engrenagem para se manter em funcionamento vem emitindo gases de efeito estufa desde meados de 1850 até o presente. Ocorre que ao longo dos anos os processos tecnológicos e meios de produção cresceram concomitantemente ao consumo gerando um aumento significativo na emissão de gases de efeito estufa. Neste momento temos a “Segunda Revolução

Industrial” que teve início no final do século XIX. Foi marcada pela invenção da comunicação elétrica, começando com o telégrafo e se ramificando pelo telefone, o rádio e a televisão. Esses avanços convergiram com o surgimento do petróleo como principal forma de geração de energia e como fonte dominante de energia para os transportes (GIDDENS, 2010, p. 57).

A Supressão de florestas, aumento dos meios de transportes, impermeabilização do solo para avanço das cidades e outras atividades, que tem causado o aumento da temperatura e da insegurança alimentar, além de prejudicar a economia e as condições de vida no planeta. A reversão do cenário hodierno talvez não seja mais possível, mas medidas de adaptação são elencadas pelo sistema da ciência e uma possibilidade é a descarbonização das economias e sociedades (ENGIE, 2021).

A ideia é reduzir nossa dependência histórica das três fontes de energia de combustíveis fósseis (sobretudo no caso do carvão) torná-los mais limpos em termos ambientais do que são hoje, é imperativo para as mudanças climáticas. As tecnologias necessárias para reduzir nossa vulnerabilidade à escassez de energia e diminuir as emissões de carbono são as mesmas: incluem as energias eólica, solar, e das ondas, hidrelétrica e termelétrica. A modificação do estilo de vida tenderá a ser de importância fundamental nas duas esferas, particularmente quando orientada para cercar os hábitos de desperdício no uso da energia (GIDDENS, 2010, p. 57).

Para Giddens (2010, p. 164), estamos entrando em uma “Terceira Revolução Industrial”, que terá como pano de fundo o desenvolvimento das comunicações em rede, representadas pelos computadores pessoais e pela internet. O potencial dessas tecnologias encontra-se em sua convergência com fontes renováveis de energia. Podemos imaginar uma economia energética mundial em que milhões de pessoas produzirão energia renovável e a compartilharão com outras, por meio de redes elétricas nacionais e internacionais.

É nesse contexto hodierno que nos inserimos no sentido de repensar nossas fontes de energia a fim de reduzir e/ou zerar por completo as emissões de gases de efeito estufa, manter os catalisadores naturais de carbono, como oceanos, e a regeneração de solos e as florestas. No entanto, a descarbonização afeta as esferas econômica e social, de modo que países e setores industriais buscam fazê-lo de forma não abrupta, à medida que substituem atividades econômicas de intensa emissão de carbono por outras que reduzam ou neutralizem as emissões. Isto, contudo, transformará o mercado de trabalho, pois demandará a transição de empregos para uma nova economia de baixo carbono (ENGIE, 2021).

O Brasil tem um papel fundamental a ser desempenhado no sentido da descarbonização, pois possui enorme matriz energética de fontes renováveis, bem como a maior floresta do mundo, que é a Amazonia.

No contexto atual, o principal acordo cooperativo e internacional que envolve obrigações com intuito de limitar e se possível reduzir o aumento de temperatura, bem como metas concretas de descarbonização, é o Acordo de Paris, e com intuito de cumprir as obrigações assumidas pelo Brasil na Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015 (COP 21), foi estabelecida em 2017 através da Lei nº 13.576/2017 a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), com regulamentações adicionais através do Decreto nº 9.888/2019 e da Portaria nº 419 de 20/11/2019 expedida pelo Ministério de Minas e Energias (ENGIE, 2021). Hoje os créditos de descarbonização são inclusive instrumentos da Política Nacional de Biocombustíveis brasileira.

Com o fim de descarbonizar as atividades econômicas e produtivas das empresas distribuidoras de combustível, o Brasil assumiu metas anuais de descarbonização na COP21 no setor de combustíveis com o intuito de aumentar a participação de bioenergia na matriz energética brasileira para aproximadamente 18% até 2030, desta forma entrando na bolsa de valores

no mercado de descarbonização. No cenário brasileiro é uma prática nova que ainda está sendo difundida no contexto empresarial, mas que por força de lei gera obrigatoriedade e responsabilidade de participação das empresas, condicionando a elas metas, e ações no mercado de descarbonização e inclusive sanções caso não haja cumprimento destas metas. Essa novidade visa tornar a economia cada vez mais sustentável (B³, 2019).

Conforme a legislação, as metas são individuais aplicadas a todos distribuidores e produtores de combustíveis e são medidas com créditos de descarbonização, os CBIOs, e vão levar em conta a quantidade de emissão de gases de efeito estufa dos combustíveis que cada distribuidor comercializou no ano anterior. Caso de não cumprimento da meta individual essa sujeitará o distribuidor de combustíveis à multa, proporcional à quantidade de Crédito de Descarbonização que deixou de ser comprovada, sem prejuízo das demais sanções administrativas e pecuniárias (BRASIL, 2017b).

A comercialização dos créditos de descarbonização (CBIOs) na bolsa de valores é feita pela emissão de créditos através dos produtores e importadores certificados de biocombustíveis que poderão vender este certificado comercializável. Cada unidade corresponde a uma economia total de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente (CO₂eq) em comparação com as emissões de combustíveis fósseis. As distribuidoras de combustíveis fósseis no Brasil, que têm metas anuais obrigatórias de redução de emissões de carbono a serem cumpridas, são as principais compradoras do CBIO (ALMEIDA, 2021).

O programa RenovaBio é um dos implementos do Governo Federal Brasileiro com intuito de implementar no mundo fático os compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris e na Plataforma Biofuturo (*The Biofuture Platform*). Esta é uma plataforma internacional onde os países membros, organizações de apoio e parceiros do setor privado estão liderando o avanço de tecnologias modernas e sustentáveis de baixo carbono e

implementação em escala global de soluções baseadas em biológica (BIOFUTURE PLATFORM, 2016).

Esse é um programa endossado por dezenove países e o Brasil é um dos signatários, sendo que a plataforma propõe:

Há uma necessidade urgente de uma solução sustentável e imediatamente escalonável para reduzir as emissões de carbono no setor de transporte. O transporte é o setor que até agora tem sido um dos mais desafiadores para a mitigação e é responsável por cerca de 23% das emissões mundiais de gases de efeito estufa relacionados à energia, de acordo com o IPCC. Embora haja muita atenção internacional, investimento e colaboração no campo das energias renováveis, a maior parte dessa ação recente foi direcionada ao setor de energia. Embora isso seja bem-vindo e crítico, o mundo também precisa fazer mais para aumentar as alternativas aos combustíveis fósseis no setor de transporte e na indústria, aproveitando as vantagens das novas tecnologias sustentáveis já existentes. Tendo em vista que os combustíveis de baixo carbono para transporte são a alternativa mais rápida para reduzir a intensidade de carbono do setor de transporte sem esperar por mudanças na frota e infraestrutura, a Plataforma Biofuture visa ajudar a preencher essa lacuna de atenção, promovendo a coordenação de políticas e levantando a questão em a agenda global (BIOFUTURE PLATFORM, 2016).

A ideia da adesão neste programa é fornecer ao mercado consumidor brasileiro opções de combustíveis sustentáveis, que diminuam as emissões de carbono e que sejam de rápida fácil e eficaz implementação, e ainda propõe diversificar a matriz energética, bem como investir em novos processos de produção com baixo teor de carbono e se possível zero carbono.

Sendo assim verifica-se a necessidade de interdisciplinaridade na temática, é de extrema urgência e importância que os diferentes sistemas se comuniquem de forma eficiente na busca de soluções mais sustentáveis no que se refere a problemática energética. Neste sentido o direito assume um importante desafio, pois a ideia de economia verde, solidária e mais sustentável, está transformando o mercado de trabalho e a economia, sendo interesse do sistema do direito regular essas novas comunicações que estão

por vir de forma eficaz para que se cumpra o compromisso intergeracional que estas temáticas trazem.

Por isso, sugere-se ao sistema do direito que nos contratos de descarbonização esteja inclusa a cláusula de responsabilidade, tal medida se mostra necessária porque a era do antropoceno é marcada pelo risco, que é caracterizado pela sua imprevisibilidade, e, a partir do momento em que o risco é concretizado, surge o dano, razão pela qual se justifica a essencialidade da existência da ideia da responsabilidade.

Primeiramente há que se fazer uma breve explanação sobre o princípio da responsabilidade, que pode ser entendida como uma forma de moralização jurídica da autonomia privada com a análise subjetiva da conduta do lesante (FROTA, 2013).

A responsabilidade civil por danos ambientais tem a sua fundamentação legal genérica nos arts.14, §1º, da Lei 6.938/81 e artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988a).

Ainda sobre a responsabilidade, uma grande conquista legislativa foi a edição da Lei 6938/81, que instaurou no nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva do poluidor. A teoria central da responsabilidade civilista gira em torno da análise subjetiva da culpabilidade do agente, sendo que a citada lei, percebendo a sensibilidade da temática ambiental, trouxe a figura da responsabilidade objetiva àquele que causar danos ao meio ambiente.

No que toca à temática Sarlet (2021, p. 301), o leciona que:

O art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 consagrou no nosso ordenamento jurídico, de modo emblemático, a responsabilidade objetiva do poluidor, ou seja, independentemente de culpa, pela reparação ou indenização do dano ecológico causado. Dispõe o dispositivo citado:

“§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. A responsabilidade objetiva, por certo, já havia sido reconhecida

no sistema jurídico brasileiro pela Lei 6.453/77 (art. 4º), no tocante ao dano nuclear, o que, mais tarde, também foi reforçado no âmbito constitucional (art. 21, XXIII, d, da CF/1988). No entanto, a Lei 6.938/81 trouxe o instituto para o terreno do regime jurídico geral do Direito Ambiental, com um espectro muito mais abrangente do dano ambiental e sua responsabilização.

Quando pensamos em responsabilidade civil para o dano ambiental, verifica-se que a instrumentalidade do sistema jurídico aborda primeiramente a reparação, ou seja, a legislação nesse primeiro momento não está pensando na antecipação do dano, e sim no momento posterior a ele. Na compressão de Carvalho (2017, p. 420):

A estrutura da responsabilidade civil para tutela do meio ambiente apresenta características de um instrumento jurídico formado para o tratamento das consequências negativas de uma primeira industrialização e, conseqüentemente, alinhados ao que chamamos de teoria do risco concreto. A responsabilidade civil objetiva, de índole industrial, tem como sua principal característica estrutural a possibilidade de atribuição da obrigação de reparar ou indenizar os danos causados por um determinado agente sem a necessidade de comprovação de culpa na conduta que ocasionou a lesão. A imposição da responsabilidade civil objetiva aos danos ambientais estabelece a necessidade de comprovação da conduta (ação ou omissão), dano e nexó de causalidade.

Quando ampliamos a ideia de responsabilidade e saímos do horizonte centrado apenas no Código Civil Brasileiro, verificamos que a responsabilidade vai além do escopo de reparação de danos, pois também engloba instrumentos como a prevenção e precaução, ainda mais no que se refere à perspectiva de dano ambiental:

A responsabilidade civil ambiental – podem e deveriam ser capazes de oferecer, tendo por objetivo a proteção da natureza, compreendida esta como o respeito aos processos ecológicos e aos limites físico-biológicos-ecológicos dos sistemas naturais, em detrimento de definições baseadas em ficções normativas. Sob semelhante perspectiva, considera-se que, no Antropoceno, os regimes de responsabilização civil pelos danos ambientais precisam ser capazes de estabelecer compromissos com os limites planetários, por meio de respostas que respeitem, antes de tudo,

a integridade dos processos ecológicos. para tal os princípios da prevenção e da precaução devem ser integrados no interior das funções da responsabilidade civil ambiental –, considera-se que os danos ambientais devem ser vistos sob a perspectiva de uma principiologia adaptada à tarefa fundamental de se assegurar que os processos ecológicos continuem a existir. esses objetivos os princípios da resiliência, da integridade ecológica e in dubio pro natura, além de enfatizar que a reparação dos danos supõe não apenas a compensação e a restauração, senão, fundamentalmente, a proposição de medidas de adaptação pois podem não mais ser capazes de ter sua integridade ecológica restituída. Em uma realidade na qual a restauração – para além da própria prevenção e da precaução perante os prejuízos e os danos –, embora desejável como solução preferencial de proteção – no interesse da conservação in natura das propriedades ecológicas dos espaços, das espécies e dos ecossistemas –, é inviabilizada em alguns cenários pelos efeitos já demonstráveis pela ciência climática sobre eles, a responsabilidade civil ambiental precisa ser capaz de ser compreendida e concretizada por meio de uma visão ecológica dos problemas e das estratégias de soluções. ainda que não tenham sido materialmente realizados. Nas duas hipóteses demonstra-se o reconhecimento, pela jurisprudência do STJ, da reparação de danos prováveis (nos quais a causalidade é presumida) e da reparação de danos presumidos (LEITE, 2019, p. 426).

Ocorre que na modernidade tardia e complexa a abordagem da responsabilidade civil objetiva é um instituto que não tem suprido por completo as necessidades dos danos ambientais e climáticos causados pela nossa sociedade nos últimos dois séculos. Sendo para o sistema do direito um desafio contemporâneo pensar em institutos diferenciados que abarquem os riscos hodiernos, como é o caso das mudanças climáticas:

Importa deixar claro que a adoção, no sistema legal brasileiro, da responsabilidade objetiva por danos ambientais não resolve de per si os problemas atinentes à ressarcibilidade da degradação, pois, conforme já asseverado, os princípios gerais de Direito Ambiental têm importante missão no aprimoramento e melhor adequação no sistema de proteção do dano ambiental. Nesse sentido, a observação de Benjamin: Não imaginemos, todavia, que a utilização pelo Direito Ambiental de uma responsabilidade civil revitalizada resolverá, de vez, a degradação do planeta. Inicialmente, é bom lembrar que as técnicas de proteção do meio ambiente são (e precisam ser) complementares entre si e devem funcionar de maneira integrada, da responsabilidade civil, penal e administrativa ao planejamento, auditorias e instrumentos econômicos. Os avanços da responsabilidade civil por dano ambiental, ao que parece, começam a dar sinais de progresso, mas ainda assim evidencia-se a necessidade de

constante aperfeiçoamento e mutação do sistema tradicional, com características peculiares ao trato da danosidade ambiental. Nesse sentido, Benjamim adverte que a objetivação da responsabilidade não é uma panaceia, pois não resolve a totalidade dos óbices dogmáticos e práticos do dano ambiental, observadas as problemáticas sistêmicas e complexas da atualidade (LEITE, 2019, p. 426).

Nesta toada, verifica-se a necessidade de comunicação entre os sistemas no que se refere a reparação dos danos ambientais, o instituto da responsabilidade sozinho é insuficiente diante da complexidade dos danos que a sociedade tem gerado no meio ambiente e no planeta, por isso, no que diz respeito aos riscos climáticos a proposta deve ser interdisciplinar, e sempre abarcando institutos como prevenção, precaução adaptação e resiliência:

A abordagem sobre os danos climáticos e os danos associados a catástrofes antropogênicas, alternativas que reforcem a atualidade de que um Direito de responsabilidade civil comprometido com processos ecológicos não se apresente, preferencialmente, como um Direito de danos, senão como um Direito que lida cada vez mais com o risco e, por meio do risco, permite a proteção perante danos prováveis e futuros. A ciência climática permite fortalecer, com suas evidências, abordagens preventivas e precaucionais sobre a relação de imputação, propondo distintas soluções e respostas de justificação para alcançar os danos, tais como: a) a presunção de que danos já realizados poderão ser repetidos, devendo estes também ser alcançados pelas medidas de reparação atribuídas ao seu responsável; b) a presunção de que a exposição a alguns riscos incalculáveis ou incomensuráveis no presente é capaz de viabilizar o desenvolvimento de prejuízos no futuro, sendo, portanto, reparáveis; e c) a flexibilização da causalidade, assegurando-se que a incerteza científica não seja óbice para que o liame entre a conduta e os prejuízos seja estabelecido (LEITE, 2019, p. 426).

Surgindo como política de governança climática, os CBIOS, por força de lei, já possuem responsabilização no caso de descumprimento. Ocorre que o descumprimento de um contrato de descarbonização gera danos ambientais irreversíveis no ecossistema, pois a ideia de existência deles é justamente descarbonizar o planeta, e, no momento em que a empresa fica em débito, significa que ela já causou o dano ambiental.

O que se observa, portanto, é que os créditos de descarbonização se mostram uma importante medida de prevenção e precaução ao risco e dano ambiental, que, juntamente com a responsabilidade objetiva do poluidor, fortalece a gama de ações preventivas, entretanto, necessita de um aperfeiçoamento para que seja amplamente difundido e aplicado pela sociedade, auxiliando de forma efetiva na manutenção do direito ambiental ecologicamente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças climáticas apresentam uma alta complexidade social, com alterações no regime de chuvas, aumento do volume dos mares, secas, calor intenso, derretimento das geleiras, intensificando a ocorrência de catástrofes como inundações, deslizamento de terra, tempestades e furacões, entre outros eventos.

O que se percebe é que a sociedade atual vive em risco e umas das externalidades deste risco são as mudanças climáticas e seu rol de consequências negativas e danosas que deixaram o planeta em grau de emergência. A interferência humana na natureza foi tão abrupta e grotesca que chegamos em um estágio onde instrumentos de responsabilidade civil, princípios como precaução e prevenção, não são mais suficientes para preservar o direito de existência das gerações futuras. Sendo assim os sistemas do Direito, Política e Ciência precisam encontrar soluções rápidas e eficazes para a preservação da comunidade planetária.

Instrumentos de governança climática começam a ser repensados, e uma das possibilidades de novas práticas de governança são os créditos de descarbonização. A finalidade dessa política de governo é apresentar possibilidades de resposta rápida e estabilizadora no que diz respeito às emissões de gases de efeito estufa.

A partir destas considerações a problemática inicial da possibilidade de construção de bases teóricas sobre a efetivação do direito ao clima equilibrado pela inserção de cláusulas de descarbonização em conjunto com a responsabilidade civil objetiva prevista no ordenamento jurídico pode ser considerada uma das medidas de enfrentamento às emergências climáticas.

O cenário hodierno é de risco e o que se espera é uma interdisciplinaridade na comunicação dos sistemas do Direito, Política e Ciência que seja rápida e eficiente com a finalidade resiliente de construção de políticas de governança climática. Políticas estas que abarquem as presentes e futuras gerações tendo em vista o grau de irreversibilidade dos danos já causados e dos riscos existentes.

Entre as possibilidades de conclusão insere-se que a reponsabilidade civil objetiva no tocante aos danos ambientais, assim como os créditos de descarbonização se mostram como importantes ferramentas para a prevenção do risco, todavia, necessitam de um aperfeiçoamento para que sejam amplamente difundidos e aplicados pela sociedade, auxiliando de forma efetiva na manutenção do direito ambiental ecologicamente equilibrado, haja vista que os danos ambientais atualmente estão no patamar de irreversibilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. I. de J. Investimento em crédito de descarbonização (CBIO). *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S.L.], v. 7, n. 4, p. 242-259, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/964>. Acesso em: 29 set. 2021.

ANTUNES, T. Os desastres naturais e as alterações climáticas - em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenômenos meteorológicos extremos. *In*: GOMES, C. (coord.). **Direito(s) das catástrofes naturais**. Coimbra: Almedina, 2012.

BIOFUTURE PLATFORM. **The advanced bioeconomy**. 2016. Disponível em: <http://www.biofutureplatform.org/about>. Acesso em: 5 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988a. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 14 set. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 2.652, de 1 de julho de 1998b. Promulga a Convenção – Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 maio de 1992. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6, 2 jul. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017a. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 6 jun. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017b. Dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13576.htm. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 27 dez, 2017. Acesso em: 14 set. 2021.

BECK, U. **O que é globalização?** Equívocos do Globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, U. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CARVALHO, D. W. de. **Gestão jurídica ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, D. W. de. Os Planos Diretores de Bacia Hidrográfica e a irradiação de efeitos sobre instrumentos de ordenação territorial. **Revista de Direito da Cidade.** Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1310-1343, 2016.

CARVALHO, D. W. de. **Gestão jurídica ambiental.** 3. ed. Coleção Prática e Estratégia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

CARVALHO, D. W. de. Constitucionalismo climático: a tridimensionalidade do direito das mudanças climáticas. In: TEIXEIRA, A. V.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, nº 17.** Blumenau: Dom Modesto, 2021.

CNN. Enchentes na Alemanha deixam mais de 100 mortos: 1.300 estão desaparecidos. **CNN**, 16 jul. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/enchentes-na-alemanha-mortos-e-desaparecidos/>. Acesso em: 12 set. 2022.

CRUZ, P. M.; BODNAR, Z. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: STELZER, J. (org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

ENGIE. O que é descarbonização e por que ela é fundamental para o desenvolvimento. **Engie**, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.alemdaenergia.engie.com.br/o-que-e-descarbonizacao-e-por-que-ela-e-fundamental-para-o-desenvolvimento/>. Acesso em: 29 set. 2021.

FARBER, D. A. The climate change and Disaster law. In: Seminário do Grupo de Pesquisa (Cnpq) Direito, Risco e Complexidade. Porto Alegre.

O Direito ambiental e o direito dos desastres na era das mudanças climáticas. São Leopoldo. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016.

FROTA, P. M. da C. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. 2013. 275 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31777>. Acesso em: 7 out. 2021.

GIDDENS, A. **A política da mudança climática.** Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

IPCC. Intergovernmental panel on climate change. *In: Novo Relatório do IPCC WG1-AR6: Implicações para o Brasil e o planeta.* São Paulo. FAPESP, 2021. Disponível em <https://fapesp.br/15027/novo-relatorio-do-ipcc-wg1-ar6-implicacoes-para-o-brasil-e-o-planeta>. Acesso em: 12 set. 2022.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. **Dano ambiental.** Grupo GEN, 2019.

KÄSSMAYER, K.; FRAXE NETO, H. J. A Entrada em vigor do Acordo de Paris: o que muda para o Brasil? **Senado Federal**, Textos para Discussão 215, Brasília, nov. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/528873>. Acesso em: 10 out. 2022.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, n. 27, p. 1-20, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1042>. Acesso em: 29 set. 2021.

OECD. O que é o Protocolo de Quioto. **(O)eco**, 26 fev. 2015. Disponível em: <https://oeco.org.br/dicionario-ambiental/28947-o-que-e-o-protocolo-de-quioto/>. Acesso em: 29 set. 2021.

PANCINI, L. CO2 na atmosfera atinge nível mais alto em 4 milhões de anos. **Exame**, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://exame.com/ciencia/co2-atinge-nivel-mais-alto-em-4-milhoes-de-anos/>. Acesso em: 29 set. 2021.

PEEL, J.; LIN, J. Transnational climate litigation: the contribution of the global south. **The American Society of International Law**, Singapore, v. 113, n. 4, p. 679-726, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/ajil.2019.48>. Acesso em: 1 out. 2021.

ROBINSON, N. A. **The resilience principle**. 5 IUCN Acad. Env'tl. L. e Journal, New York, p. 18-29, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1951&context=lawfaculty>. Acesso em: 25 maio 2021.

SANDS, P.; PEEL, J. **Principles of International Environmental Law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Notas acerca de um direito fundamental à integridade do sistema climático. **Consultor Jurídico**, 23 ab. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-23/direitos-fundamentais-notas-acerca-direito-fundamental-integridade-sistema-climatico>. Acesso em: 3 out. 2021.

SARLET, I. W. **Curso de direito ambiental**. Grupo GEN, 2020.

B³. **Serviços de natureza informacional**: Crédito de Descarbonização (CBIO). 2019. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/outros-servicos/servicos-de-natureza-informacional/credito-de-descarbonizacao-cbio/. Acesso em: 4 out. 2021.

SCHERER, K. R. **A função do Direito na gestão do risco climático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHERER, K. R. Boas práticas de educação para a gestão de riscos de desastres na Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí e a construção da resiliência do direito pela integração de políticas públicas municipais. **Revista Catalana de Dret Ambiental**. v. XII, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17345/rcda3030>. Acesso em: 10. ago. 2021.

SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear**. Beyond the precautionary principle.
Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VEYRET, Y. **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente.
Tradução Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A FUNÇÃO DO INTÉRPRETE DO DIREITO: DIÁLOGOS COM A CARTA EUROPEIA SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMA JUDICIAIS

Haide Maria Hupffer
Luana Mayara Fipke

INTRODUÇÃO

A Inteligência Artificial (IA) está cada vez mais presente nas atividades do Poder Judiciário brasileiro, tendo sido implementada para realizar consultas inteligentes, para agilizar e otimizar vários procedimentos judiciais, classificar processos de modo supervisionado, fazer a triagem de casos que podem ser agrupados por classes de ações, realizar previsões de decisões, detectar similaridade entre documentos e tomada de decisão, identificar processos similares e com repercussão geral, produzir sugestão de texto para os magistrado, dentre outras aplicações. Os benefícios da Inteligência Artificial são significativos, entretanto não se pode deixar de avaliar quais são as premissas éticas que devem estar presentes na construção e na implementação da IA nos Tribunais e na função decisória do magistrado.

Atualmente, a IA no Sistema Jurídico brasileiro é utilizada como função para auxiliar os Tribunais, sendo imprescindível a atuação humana para fins de revisão e adequação dos resultados apresentados. A cada dia são criados novos sistemas de IA voltados para a área jurídica e que suscitam questionamentos sobre segurança, proteção de dados e a limitação deste uso na função decisória, afinal para que os sistemas funcionem de forma plena

e eficaz são necessários algoritmos específicos e o amplo abastecimento da base de dados. Note que os dados que alimentam o sistema e quem programa se dá com a atividade humana, e inevitavelmente são influenciados por princípios, aspectos culturais e ideais de seus desenvolvedores, o que por vezes pode levar a certas padronizações que podem vir a causar discriminações e desigualdades.

Pela complexidade do tema, surgem debates sobre o uso da IA no Sistema do Direito, com questões como: Quem seria responsável por decisões eventualmente equivocadas ou que gerem algum tipo de desigualdade ou discriminação? Como garantir a observância e o respeito aos direitos fundamentais? Quais os limites para a utilização destes sistemas? Como garantir a segurança? Estes e outros questionamentos impulsionaram o surgimento de recomendações e orientações fundadas em princípios básicos que devem ser observados e respeitados no que se refere à utilização da IA nos Tribunais para fins de garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais e a proteção dos usuários.

Frente a este cenário, busca-se inicialmente apresentar o estágio de desenvolvimento da IA no Poder Judiciário brasileiro, compreender como se dá na prática a utilização de algoritmos, bem como examinar os princípios fundantes da Carta Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente, sua aplicabilidade, examinando ainda as principais críticas e riscos do uso da IA para um cenário que se desenha de decisões mediadas por algoritmos e quais os imperativos éticos que deverão estar presentes para que seja assegurado o respeito aos direitos fundamentais.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratório e com enfoque no método dedutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas neste trabalho são as bibliográficas e a documental. O estudo está estruturado em torno de três temas. Inicialmente são apresentados diversos sistemas de IA utilizados no Poder Judiciário brasileiro. Em sequência, é apresentada a Carta

Ética Europeia sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente, um dos principais documentos que visou regulamentar este uso e estipulou princípios a serem observados e respeitados visando assegurar a proteção dos usuários e o respeito às garantias e direitos fundamentais. Por fim, será realizada uma discussão sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais e a importância das premissas éticas da Carta Europeia, apresentando os principais riscos de atribuir uma função decisória às máquinas.

1 O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O uso da Inteligência Artificial já superou a fase experimental, tendo aplicações efetivas nas áreas privadas, públicas e jurídicas. Na área jurídica, tem-se buscado, para além das tarefas burocráticas, a implantação de sistemas que auxiliem e agilizem também a tomada de decisões judiciais com a utilização de sistemas como o *machine learning* e *deep learning*, de redes neurais artificiais, da *natural language processing* (processamento de linguagem natural) e *big data* (análise de grandes conjuntos de dados) (MEDINA, 2020, p. 312).

Em 2010 foram implantados para a advocacia os softwares jurídicos: *Ross Intelligence*, *LawGeex*, e *Lex Machina*, voltados às análises contratuais, emissão de pareceres jurídicos, exames de patentes, avaliação de riscos e análise jurisprudencial. A partir destes, as empresas desenvolvedoras de sistemas tecnológicos para a área jurídica vêm cada vez mais se expandindo, trazendo novas perspectivas para a advocacia e para o dia a dia dos advogados nos escritórios (ANDRADE, 2020, p. 29-34).

O *Ross Intelligence* (Robô Ross), desenvolvido no Canadá, ficou muito conhecido por ser considerado o “primeiro robô advogado do mundo”. Este robô foi programado como um Processador de Linguagem Neural (PLN)

para atuar como pesquisador jurídico e realizar exames de documentos, sendo bastante utilizado, principalmente, nos Estados Unidos por escritórios de grande porte. O *LawGeex* e *Lex Machina* também possuem finalidades similares. Conhecidos a nível internacional, o *LawGeex* foi desenvolvido com a finalidade de revisão de contratos comerciais, acusando cláusulas que não estejam de acordo com os padrões ou que estejam ausentes no documento, já o *Lex Machina* atua na busca antecipada de decisões judiciais relacionadas à disputas de concessão de patentes nos Estados Unidos. (FROHLICH; ENGELMANN, 2020b, p. 48-49)

Contudo, embora haja especulações sobre a substituição dos profissionais do direito por máquinas, tal fato dificilmente ocorrerá na sua íntegra, visto que a Inteligência Artificial ainda está longe de possuir uma capacidade técnica que seja capaz de solucionar casos complexos, com mais particularidades e casos sem históricos de demandas. Porém, no que se refere a assuntos de menor complexidade, análises de documentos, bem como em algumas situações de demandas repetitivas, o uso desses softwares estão sendo utilizados para agilizar processos, assim como já ocorre no Supremo Tribunal Federal (STF), que teve em 2018 a inserção do Robô Victor (ARANTES; BLUM, 2019, p. 81-85).

O Robô Victor é considerado um dos sistemas mais complexos de utilização da Inteligência Artificial no sistema judicial brasileiro. A iniciativa é do Supremo Tribunal Federal (STF) que desenvolveu o sistema de IA em parceria com a Universidade de Brasília para analisar recursos extraordinários recebidos pelo STF de todo o país. De modo geral, o sistema faz a leitura, identificação e classificação de temas de repercussão geral de maior incidência. Mesmo que apenas represente “uma parte da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina” (OLIVEIRA; COSTA, 2019, p. 2).

A implementação de sistemas de IA que agilize o processo decisório e tornem o sistema judiciário mais ágil se mostra cada vez mais necessário frente ao grande congestionamento de processos no Poder Judiciário. Em relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), anualmente, nota-se que há um número muito expressivo de demandas que aguardam julgamento, e que se comparados aos números de processos novos que ingressam no sistema judiciário por ano em relação aos baixados, a diferença é mínima. Desta forma, é necessário investir em sistemas de IA a fim de auxiliar o dia a dia dos magistrados e dos servidores da Justiça para entregar à sociedade um serviço mais ágil e contribuir com a governança do sistema. É evidente que existem atividades que não podem ser substituídas de pleno por sistemas tecnológicos, o que se deseja mostrar é que o uso da Inteligência Artificial aliada a função do avaliador/julgador tornará o processo mais célere. (MELO; PEREIRA JÚNIOR, 2020, p. 108).

O Brasil possui o maior sistema judiciário do mundo e desde 2009 vem enfrentando um grande acúmulo de demandas, o que resultou em sobrecarga de processos. Por esta razão, a partir de 2015 foram adotadas diversas medidas que visavam reverter, ou pelo menos amenizar este cenário, porém mesmo com as inúmeras iniciativas, os Tribunais brasileiros ainda enfrentam uma sobrecarga, razão pela qual o desenvolvimento de sistemas de IA pautados em princípios éticos podem ser uma alternativa para minimizar a morosidade do sistema (BRITO; FERNANDES, 2020, p. 85-87).

No entanto, este processo não é tão fácil, principalmente, em razão da complexidade do fenômeno linguístico da área jurídica e das especificidades de cada caso concreto, devendo-se levar em consideração que a eficiência nem sempre é acompanhada de valores como ética, transparência e igualdade. Também pesa o conservadorismo que acompanha o Direito ao longo dos anos, e que por vezes é resistente às mudanças (BOENING; ROSA, 2020, p. 90-91). Por essa razão, a utilização da IA no Direito, por muito tempo

voltou-se somente para tarefas administrativas, sendo que somente a partir da segunda metade do ano de 2010 a gestão jurídica passou a assumir uma nova dimensão com a disponibilização de pesquisas digitais nos sites dos tribunais e a consolidação do processo digital. Nesse contexto, pode-se dizer que os últimos seis anos foram significativamente mais revolucionários do que os últimos 50 anos, quando se fala em tecnologias digitais e sistemas inteligentes no Poder Judiciário brasileiro (COELHO, 2019, p. 181-183).

Visando justamente uma mudança neste cenário, além do Robô Victor outros sistemas de IA vêm sendo implementados no Poder Judiciário brasileiro, com os seguintes objetivos: i] efetuar a triagem de casos que podem ser agrupados em classes previamente definidas com o objetivo de facilitar o trabalho nos gabinetes dos magistrados; ii] movimento processual inteligente para realizar previsões sobre decisões, sugerindo ao usuário qual a melhor opção aplicável a cada caso; iii] a partir de um conjunto de documentos, o algoritmo identifica qual deles é a petição inicial; iv] análise preventiva, com o uso da IA que varre bases processuais para identificar possíveis casos de prevenção (processos similares), em conformidade com o Código de Processo Civil; v] detectar similaridade entre documentos para otimizar o processo de tomada de decisão; vi] extrair conteúdos relevantes de textos jurídicos de um acórdão, ementa, relatório ou voto para que possam ser aplicados em conjunto com outros modelos ou aplicações; vii] gerador de texto para o magistrado, ou seja, produz automaticamente sugestões de textos (*autocomplete*) com base no que já foi escrito; viii] sumariador, utiliza algoritmos para produzir resumos customizados de textos, reduzindo conforme o parâmetro recebido; ix] identificar atividades consideradas como gargalos nas ações de Execução Fiscal que tramitam no PJE, o que possibilita reduzir atividades manuais e repetitivas e uma maior celeridade processual, redução de custos e de taxa de congestionamento; x] distribuir de forma automatizada e inteligente os processos digitais para a Vara de Execução Fiscal; xi] processar imagens e realizar o reconhecimento facial de pessoas

que acessam o Tribunal sem a devida apresentação formal; xii] reunir decisões vinculantes, os enunciados, as orientações; xiii] centralizar a jurisprudência do STF e STJ; iv] identificar correntes jurisprudenciais e disponibiliza normas federais (CNJ, 2019, p. 29-36).

Frente as vastas possibilidades de aplicação da IA no Poder Judiciário (considerando as já utilizadas e as que estão sendo desenvolvidas), pode-se dizer que estas aplicações se dividem em três grandes grupos: Robô-Classificador, Robô-Relator e Robô-Julgador. De maneira geral, o Robô-Classificador pode ser conceituado como aquele que tem como principal função auxiliar na fundamentação de decisões através da busca de materiais normativos, precedentes, e demais documentos que tenham sido cadastrados em sua base de dados. Neste grupo, a função exercida pelo robô é somente de auxílio, uma vez que a decisão será feita integralmente pelo julgador humano, que pode vir a utilizar ou não as informações fornecidas. Já o Robô-Relator, de maneira geral, é aquele utilizado em pesquisas mais densas, buscando não só documentos similares, mas também suas aplicações. Embora nestes casos a decisão é realizada por humanos, existe uma maior probabilidade na utilização das informações trazidas pelo robô, uma vez que são mais específicas e precisas e, assim, podem auxiliar o decisor (BOENING; ROSA, 2020, p. 95-101).

Por fim, o Robô-Julgador, conceituado de forma ampla, no que diz respeito às funcionalidades é bem similar ao Robô-Relator. O que difere este dos demais é a forma do tratamento dado ao resultado obtido pela pesquisa, pois com a sua utilização, tem-se como resultado uma minuta da decisão judicial. Dito de outro modo, os algoritmos desenvolvidos para o Robô-Julgador são criados para decidir um processo judicial, sendo utilizado, principalmente, em demandas repetitivas. Os defensores do Robô-Julgador, ancoram a defesa pela sua utilização na alta capacidade de precisão e fundamentação, ou seja, ao utilizar este sistema não há a necessidade de intervenção humana, o que

pode vir a ocorrer somente no caso de recorribilidade de uma das partes, ou se o julgador humano identificar alguma complexidade no caso (BOENING; ROSA, 2020, p. 101-102).

A Inteligência Artificial está sendo utilizada por outros segmentos da justiça brasileira, como pelas Procuradorias de Justiça, que desenvolveram o Robô Dra. Luzia para auxiliar nas tarefas processuais e na elaboração de peças na área de execuções fiscais; Os Robôs Alice, Sofia e Mônica utilizados na execução de tarefas internas do Tribunal de Contas da União (TCU); O programa Sapiens, utilizado desde 2013 pela Advocacia Geral da União (AGU) na realização de tarefas administrativas e elaboração de conteúdos jurídicos; a assistente virtual Iara, uma *chatbot* que tem como função realizar tarefas e atendimentos internos, além de atendimentos externos voltados para os cidadãos que tenham alguma dúvida relacionada ao Ministério Público (MP) (FROHLICH; ENGELMANN, 2020b, p. 49-52).

Outro programa que ganhou bastante destaque no Brasil, por ser baseado no uso da Inteligência Artificial, é o Sistema de Seleção Aduaneira por Aprendizado de Máquinas (SISAM). Inserido na Receita Federal a serviço da fiscalidade desde 2014, este sistema baseado na *machine learning* vem desempenhando uma função precisa e ágil no setor aduaneiro, o que é considerado humanamente impossível em razão de sua complexidade. Diferente da maioria das técnicas de Inteligência Artificial, este sistema possui duas características que resultam em relevantes implicações no plano jurídico: a dimensão do erro e a capacidade de tomar decisões, apresentando de maneira simplificada como chegou ao resultado alcançado, sendo considerado o sistema mais avançado de controle aduaneiro a nível mundial (KÖCHE, 2021, p. 187-191).

Cabe citar também o Projeto Sócrates, utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o fim de realizar a análise preliminar de recursos para definir se o caso em questão é passível de apreciação por aquele tribunal,

sendo que nos casos positivos o sistema já aponta a legislação cabível e casos semelhantes; e o Projeto Bem-Te-Vi, utilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) para análise da tempestividade dos processos que chegam para sua apreciação. Contando com os projetos mencionados, estima-se que o sistema judiciário brasileiro conta com pelo menos 72 projetos de Inteligência Artificial na esfera judiciária (OLIVEIRA, 2021).

Em 26 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou que a Corte Constitucional caminha para se tornar 100% digital (BRASIL, 2021). O judiciário brasileiro tem acumulado uma grande experiência na digitalização de processos. De 2010 a 2019 foram ajuizados 108,3 milhões de novas ações por via eletrônica. A adesão ao processo eletrônico gira em torno de 83,8% dos casos novos. A digitalização dos processos tem grande relevância para o desenvolvimento da IA no Poder Judiciário, “destacadamente porque, quanto maior o volume de informações disponíveis no banco de dados, melhor será a assertividade do robô nas análises e correlações” (BRITO; FERNANDES, 2020, p. 94). Com a pandemia da Covid 19, a digitalização de 100% dos Projetos prevista no Projeto Justiça 4.0 para o ano de 2022, foi cumprida.

Em abril de 2022 o Conselho Nacional de Justiça publicou a relação dos projetos com Inteligência Artificial utilizados no Poder Judiciário que incluem 32 tribunais e 41 projetos entre as judicaturas de Conselhos, Eleitoral, Estadual, Federal, Superior e Trabalho. Observa-se que como principal motivação para implementar a IA está a necessidade de inovação, o acúmulo de trabalho, a redução de custos, a limitação humana de operar no mesmo tempo razoável se comparado à sistemas automatizados e a melhoria na qualidade geral das decisões e dos serviços prestados. Identifica-se o crescimento dos sistemas na área eleitoral, como exemplo do *Chatbot* utilizado pelo TRE-DF, do sistema BEL (*Bot Eleitoral*) utilizado no TRE-ES e do Projeto Celina utilizado no TRE-RN, os quais proporcionam o fácil acesso

dos eleitores a seus dados e situação eleitoral, além do esclarecimento de dúvidas e informações gerais (ARAÚJO; GOMES, 2022).

Na evolução tecnológica em curso, fica clara a implementação de sistemas em diversos tribunais que visam a classificação de petições intermediárias, a busca por demandas semelhantes, também chamadas de “Análise de Semelhança” como no caso do Robô Larry no TJPR, ferramentas de classificação processual que se utilizam da aprendizagem de máquina para garantir maior confiabilidade nesta classificação, como exemplo do sistema *Minerjus* (solução de apoio à classificação processual com uso de Inteligência Artificial) utilizado pelo TJTO (CNJ, 2022). Citam-se ainda os programas *Artiu* (ajuste de endereços nos mandados de forma automática corrigindo possíveis erros) e *Natureza Conciliação* (determina a natureza do procedimento em conformidade com os demais dados cadastrados) utilizados pelo TJDF, bem como o sistema *Berna* (busca celeridade na movimentação dos processos, para isso identifica e unifica automaticamente volumes significativos de demandas judiciais que possuem o mesmo fato e tese jurídica na petição inicial) utilizado pelo TJGO (CNJ, 2022).

Em maio de 2022 o STF implantou a ferramenta de Inteligência Artificial RAFA (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030) que classifica os textos de acórdãos ou de petições iniciais que estão em processos na Corte de acordo com os Objetivos Estratégicos (ODS) da agenda de 2030 da ONU (Organização das Nações Unidas) (BRASIL, 2022).

A partir do exposto, observa-se que a utilização da IA como ferramenta para auxiliar os Tribunais no dia a dia e nas questões burocráticas, mostra-se viável e já está sendo utilizada no Poder Judiciário Brasileiro. Na sequência, apresenta-se a construção da Carta Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais e respectivo ambiente, destacando os princípios éticos que devem estar presentes no desenvolvimento e utilização de sistemas de IA nos tribunais da União Europeia.

2 A CARTA EUROPEIA DE ÉTICA SOBRE O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMAS JUDICIAIS

Regulações não visam dificultar ou impedir os avanços das novas tecnologias, mas sim trazer segurança jurídica priorizando a proteção aos direitos humanos, aos interesses sociais e a proteção aos bens públicos. Um Sistema com Inteligência Artificial (SIA) deve ser confiável, trazer segurança pública e ser baseado na *Digital Ethics*, expressão utilizada para definir a relação entre a ética e a governança aplicada à Inteligência Artificial no que tange o uso de dados e algoritmos (CARINI; MORAES, 2020, p. 116-117).

Na União Europeia, observa-se uma grande preocupação com o desenvolvimento de sistemas de IA para que sejam respeitados os direitos humanos e os princípios éticos e jurídicos da transparência, exatidão, finalidade, precaução e prevenção, segurança, acesso, proporcionalidade, adequação, boa-fé objetiva, autodeterminação, beneficência e da não maleficência (SOARES, 2021, p. 54-57). Em 1981 a União Europeia publicou a Convenção para a Proteção de Indivíduos em relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais (STE nº 108). É considerado o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo que versou sobre a proteção de dados e a proteção dos indivíduos em relação ao tratamento e uso dos dados pessoais coletados, sobre o direito do indivíduo à informação do armazenamento dos dados coletados e sobre a proibição no processamento de “dados sensíveis” que possam ser discriminatórios (CE, 1981).

Em abril de 2018, a União Europeia, com a participação dos 24 Estados-Membros e a Noruega redigiram a “Comunicação da Comissão – Inteligência Artificial para a Europa” a fim de unirem esforços para o desenvolvimento da próxima geração de tecnologias com IA, acompanhar seus processos e implementações, buscar a modernização dos sistemas educacionais e fortalecer uma abordagem sustentável, adoção de mudanças com base em

valores, assegurando o respeito aos direitos fundamentais e princípios éticos como o da responsabilização e da transparência, o que é um diferencial e traz certa vantagem competitiva. A “Comunicação da Comissão – Inteligência Artificial para a Europa” é reconhecido como o principal documento em defesa da “utilização da Inteligência Artificial que beneficie as pessoas e a sociedade no seu conjunto” (CE, 2018).

Em sequência, a European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), na 31.ª reunião plenária realizada em Estrasburgo em dezembro de 2018, aprovou a Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment para alinhar a União Europeia no uso da IA nos sistemas judiciais. A Carta é direcionada, tanto aos intervenientes públicos como privados que são “responsáveis pela concepção e utilização de instrumentos e serviços de inteligência artificial que impliquem no tratamento de decisões e dados judiciais (aprendizagem automática ou quaisquer outros métodos derivados da ciência dos dados)”. Nas considerações iniciais, destacam a importância de utilizar a IA para melhorar a eficiência e a qualidade da justiça, contudo alertam que ela deve “ser realizada de forma responsável, no respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos” em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com a Convenção relativa à Proteção dos Dados Pessoais (COUNCIL OF EUROPE, 2019).

A Carta Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais e respectivo ambiente está alicerçada em cinco princípios, a saber: i] Princípio do respeito dos direitos fundamentais; ii] Princípio da não discriminação; iii] Princípio da qualidade e da segurança; iv] Princípio da transparência, imparcialidade e equidade; v] Princípio “sob controle do usuário” (COUNCIL OF EUROPE, 2019, p. 7).

O primeiro princípio, que trata sobre o respeito aos direitos fundamentais, está diretamente relacionado à dignidade humana, pois

segundo as recomendações da Carta e de tratados, os direitos fundamentais devem ser observados e respeitados na elaboração e implementação das ferramentas de IA, tais como dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade e proteção aos dados pessoais sensíveis. O pleno respeito aos direitos fundamentais devem ser observados tanto no tratamento das decisões judiciais como no tratamento dos dados pessoais sensíveis. Também devem ser asseguradas as garantias do “direito de acesso ao juiz e do direito a um julgamento justo (igualdade de armas e respeito pelo processo contraditório)”, bem como o respeito aos “princípios do Estado de Direito e da independência dos juízes no seu processo decisório”. A abordagem ética deve estar prevista desde a concepção e de aprendizagem de sistemas de IA até a efetiva utilização no sistema judiciários (COUNCIL OF EUROPE, 2019, p. 8).

O segundo princípio da “não discriminação” visa prevenir a criação de sistemas que possam ser discriminatórios entre indivíduos ou grupos. Embora os sistemas de IA produzam resultados através das máquinas, é de suma importância que se tenha a consciência de que quem os desenvolvem e os abastecem são os seres humanos, portanto fica evidente a necessidade de regulamentações e limites éticos nestes processos para que não sejam transmitidos fatores discriminatórios de quaisquer espécies. Para além disto, é necessário que sejam desenvolvidos padrões e testes que permitam que o sistema identifique preconceitos e possa combatê-los. Neste sentido, mostra-se essencial que se leve em consideração discriminações já existentes na sociedade para que os algoritmos não os perpetuem ou acentuem ainda mais, como exemplo da desigualdade de gênero, discriminação racial e de identidade de gênero (LGBTQIA+), além de questões socioeconômicas, políticas crenças religiosas, entre outras (LAGE, 2021, p. 115-121).

O terceiro princípio da “qualidade e segurança” está diretamente relacionado ao tratamento de decisões e dados judiciais, com a indicação

de que devem ser utilizadas “fontes certificadas e dados incorpóreos com modelos concebidos de forma multidisciplinar, num ambiente tecnológico seguro”, pois estes sistemas dependem da utilização de dados para atingirem seus resultados. Portanto, é imperioso que estes sistemas transmitam confiabilidade ao realizarem o armazenamento e processamento destes dados. Por este motivo é necessária a utilização de fontes de dados e sistemas de tratamento que sejam confiáveis e que possuam certificação, para assim assegurar a efetiva aplicação deste princípio. De igual forma, é exigido que todo o processo deve “ser rastreável para garantir que não ocorreu qualquer alteração que altere o conteúdo ou o significado da decisão que está a ser tratada”. É exigido que os programadores de algoritmos “de autoaprendizagem devem ser capazes de recorrer amplamente à experiência dos profissionais relevantes do sistema de justiça (juízes, procuradores, advogados, etc.) e pesquisadores/professores nos campos do direito e das ciências sociais”. As equipes que desenvolvem os sistemas de IA devem ser permanentemente chamadas a não descuidarem das questões éticas (COUNCIL OF EUROPE, 2019, p. 10).

O quarto princípio da transparência está associado à busca do equilíbrio entre a propriedade intelectual no processamento de determinados dados e o combate a opacidade. Este princípio possui extrema relevância no que tange a confiabilidade dos usuários nos sistemas de Inteligência Artificial, pois é necessária a transparência para que estes possam compreender como se dá o processamento e qual a sua finalidade, podendo assim ter condições de contestá-los quando for o caso. No entanto devem ser respeitados, por exemplo, limites como o da propriedade intelectual e os segredos de Estado ou de negócios, abrindo, quando necessário, a possibilidade de auditoria sobre os dados, os algoritmos e os processos, visando minimizar danos, com a ressalva dos processamentos que versarem sobre direitos fundamentais (FRAZÃO; GOETTENAUER, 2021, p. 38-40).

Por fim, o quinto Princípio “sob o controle do usuário” discorre sobre o uso dos sistemas judiciais nas decisões, destacando que a autonomia dos que utilizam sistemas de IA deve ser aumentada e não restringida. A qualquer momento, os profissionais que atuam no sistema judicial, têm o “poder rever as decisões judiciais e os dados utilizados para produzir um resultado e continuar a não estar necessariamente vinculados por ele à luz das características específicas desse caso específico”. Na descrição do princípio, observa-se a preocupação com os usuários do sistema, para que as soluções oferecidas sejam informadas de forma clara e compreensível e se são vinculativas ou não, quais as diferentes opções disponíveis. Da mesma forma, o usuário deve ser informado “de qualquer tratamento prévio de um processo por inteligência artificial antes ou durante um processo judicial e ter o direito de se opor, para que o seu processo possa ser apreciado diretamente por um tribunal” em conformidade como o artigo 6º da CEDH (COUNCIL OF EUROPE, 2019, p. 12).

Outro documento que merece destaque, é a publicação feita em 2019 pelo Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial, criado pela Comissão Europeia em junho de 2018, intitulado: Orientações Éticas para uma IA de confiança, com base em três pontos que devem ser observados durante o desenvolvimento, a implantação e a utilização dos sistemas de Inteligência Artificial: a legalidade, a ética e a solidez (CE, 2019).

Várias preocupações permearam a construção da Carta Ética e o desenvolvimento de algoritmos para a utilização da IA pelos tribunais. Algumas reflexões e questionamentos podem ser assim resumidos: i] como se dá a relação entre normas e jurisprudência; ii] significado das decisões dos tribunais supremos e tribunais europeus se as decisões judiciais dos tribunais fossem uniformizadas; iii] principais riscos das decisões judiciais redigidas por uma lógica reprodutiva; iv] quando da evolução do quadro

normativo (nacional, europeu e internacional) como ficaria a jurisprudência de referência disponível ou em relação ao momento socioeconômico, e se “a norma resultante da maioria não se tornaria uma norma à qual os juízes seriam incentivados a recorrer sem questionar, com um efeito induzido pela excessiva normalização das decisões judiciais?”; v] frente a massa de decisões não se estaria perdendo a construção de conhecimento jurídico e crítico para analisar as demandas; vi] riscos sobre o funcionamento prático da IA apoiada em dados estatísticos com modelos baseados no passado; vii] riscos sobre a qualidade dos dados utilizados e sobre a escolha dos mecanismos técnicos de aprendizagem automática frente a necessidade da modelagem do raciocínio jurídico ao caso concreto. Frente a complexidade geral dos sistemas jurídicos e das diferentes fontes do Direito utilizadas em uma decisão judicial, a questão que fica é se a AI consegue modelar o raciocínio dos juízes com antecedência, entre outras questões relevantes que precisam ser aprofundadas (COUNCIL OF EUROPE, 2019, p. 20-24).

A aprendizagem de máquinas (*machine learning*) e as redes neurais artificiais são insumos para aperfeiçoar os algoritmos’. Com os avanços da IA os algoritmos passam a se “desenvolvem independentemente, aprimorando a si mesmos e aprendendo com os próprios ‘erros’”. Pela complexidade e multiplicidade de passos ou etapas envolvidas no processo de autoaperfeiçoamento da máquina sem intervenção humana, o programador está longe de conseguir compreender completamente como se dão esses “*inputs*” da máquina que pode causar graves danos diante da “chamada eficácia irracional dos dados” (FRAZÃO; GOETTENAUER, 2021, p. 29).

Fato é que a discussão sobre a ética das máquinas (ou ética computacional) se mostra cada vez mais pertinente uma vez que a aplicação da Inteligência Artificial está diretamente ligada ao campo social, o que exige um maior cuidado no que diz respeito aos princípios éticos e a sua

correta utilização, seja pelos usuários ou por quem os desenvolve e faz a seleção de dados que alimentam os sistemas. E é nesse contexto que os Princípios da transparência e da responsabilização ganham força, pois ao mesmo tempo em que é necessário que se abra a “*Black Box*” para que os indivíduos tenham ciência de como ocorre a utilização e processamento dos seus dados, é necessária a discussão sobre a responsabilidade dos possíveis erros que decorram destes sistemas inteligentes (COUNCIL OF EUROPE, 2019).

A Carta Europeia é um grande avanço, principalmente no que tange a utilização de dados e nos princípios que devem ser respeitados nos sistemas judiciais. Para além da análise dos reflexos desta utilização é preciso aprimorar a prestação dos serviços jurídicos por parte dos usuários e definir a relação existente entre os humanos e os algoritmos, pois os sistemas não são capazes de compreender decisões ou identificar por si só os problemas que surgem na sociedade, mas tão somente conseguem identificá-los e relacioná-los buscando maior assertividade na classificação em conformidade com as informações que alimentaram o sistema. Ou seja, de nada adiantaria um sofisticado sistema de IA se não estiver bem abastecido de informações e se o operador não souber como utilizá-lo e o que fazer com as informações, o que evidencia o desafio de um novo pensar e agir nas atividades jurídicas desempenhadas por humanos, para que possam acompanhar a evolução e utilizar sistemas de forma adequada e eficaz (COELHO, 2019, p. 181-183).

Com base no exposto, evidencia-se que a Carta Europeia é um relevante marco para a construção de sistemas de Inteligência Artificial aplicados ao sistema jurídico. A Carta enuncia diversos fatores que devem ser considerados para uma correta e eficaz utilização e para definição de uma postura ética inadiável, segura, transparente, não discriminatória e, principalmente, o dever de alicerçar a IA na preservação dos direitos.

3 PRINCÍPIOS ÉTICOS SÃO SUFICIENTES PARA A REDUÇÃO DOS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS?

O dever de fundamentação das decisões judiciais é um compromisso do Estado Democrático de Direito, em virtude de que “não há processo jurisdicional democrático se não for respeitado o direito das partes de obter decisões fundamentadas”, como pontuam Streck e Raatz (2017, p.161). Se atualmente é cada vez mais comum que as decisões judiciais representem meras transcrições de julgados anteriores, “é imprescindível alçar o dever de fundamentação das decisões judiciais a um patamar mais elevado”. Para os autores, deve-se ter presente “que fundamentar uma decisão não é o mesmo que desenvolver uma justificação racional capaz de encobrir a decisão, como se fosse possível cindir os dois níveis da linguagem (logos hermenêutico e logos apofântico)”. A defesa de Streck e Raatz (p.160-163) é no sentido de que o juiz tem o dever constitucional de fundamentar (artigo 93, IX da CF/88) e esse dever é uma garantia contra o arbítrio de juízes e Tribunais. Ao fundamentar, os decisores devem “empreender o maior esforço possível para mostrar que a decisão é correta (constitucionalmente adequada) e que, portanto, guarda consonância com a história institucional do direito, de modo a preservar a sua autonomia”. O julgador não pode primeiro decidir para posteriormente buscar o fundamento, pois a fundamentação é a condição de possibilidade para chegar a resposta adequada ao caso concreto. Para os autores, “precedentes não servem para desonerar o julgador de fundamentar” (STRECK; RAATZ, 2017, p.160).

Sistemas de IA seduzem pela facilidade de “fundamentar as decisões” com “‘precedentes de prateleira’ que são ‘comprados’ na exata medida em que servirem para subsidiar o discurso de justificação da decisão”, como denunciam Streck e Raatz (2017, p. 168). A constatação não é recente,

há muito tempo que os autores observam e denunciam que são utilizadas ementas, súmulas e outros expedientes como “enunciados assertóricos vocacionados a oferecer, de antemão, respostas antes das perguntas”. Streck e Raatz (2017, p. 168) chamam a atenção que parte de juízes e Tribunais, se “desonerados de fundamentar suas decisões, vão optar pelo caminho da ‘simplicidade’: basta invocar julgados anteriores e, assim, o órgão julgador não precisará fazer menção a um dispositivo legal sequer na sua decisão”.

A partir do dizer de Streck e Raatz a intenção na sequência é posicionar que sistemas de IA não podem fundamentar uma sentença e substituir a interpretação do caso concreto feita pelo juiz. Como já pontuado, são inegáveis os benefícios trazidos com a inserção de sistemas baseados em IA na esfera judiciária em razão da agilidade e eficiência nos serviços burocráticos. O problema se agrava quando se quer delegar à máquina a função de decisão dos juízes, em especial, quando a complexidade do Direito requer outra lógica do que a subsunção do fato à norma, principalmente quando a máquina se depara com conflitos entre princípios, lacunas na legislação, casos omissos, conceitos indeterminados e com os chamados “casos difíceis”. O dever de fundamentação não é meramente declarativo e puramente lógico. De igual forma, é preciso ter presente que há uma unidade metodológica entre interpretação e aplicação do Direito. Por isso, o perigo de delegar para algoritmos a decisão não está apenas no uso de uma nova tecnologia, mas na fascinação que dela advém e frente a esse novo paradigma que se instalou de acreditar que a máquina pode substituir a função do intérprete do Direito e que ela “bem programada” e “abastecida com dados” pode-se posicionar para resolver a situação concreta, como se essa pudesse ser uma função da máquina.

É tarefa do intérprete o papel criativo de tomar a decisão para a concreta realização do direito frente a casos jurídicos concretos que vão se revelando. Há uma grande responsabilidade no ato de julgar o que exige, “da parte

do juiz, compromisso enquanto *'viva vox iuris'*. Substituir o magistrado por algoritmos “seria retirar ao julgamento essa dimensão de responsabilidade” (PEREIRA, 2021, p. 562-563).

A sustentação para a legitimação da aplicação prática da IA no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro está ancorada na garantia da efetivação da duração razoável do processo e na necessidade de maior agilidade nos processos jurisdicionais, frente ao expressivo volume de processos em tramitação. Entretanto, devem ser levados em consideração os limites para a utilização de sistemas de IA e os riscos da atribuição de funções decisórias às máquinas. Utilizar a IA para além de questões burocráticas é ingressar na complexidade das funções do intérprete na tomada de decisão, o que clama mudanças nas perspectivas sociológicas e nos demais campos científicos, devendo ser ampliadas as buscas por novas teorias capazes de acompanhar a evolução então proposta. Dito de outro modo, não há como encontrar amparo somente em teorias já existentes que se mostram ultrapassadas quando postas frente a realidade apresentada, e que não mais se encaixam nos padrões anteriores em razão da nova distribuição de competências e da substituição de atividades até então desenvolvidas exclusivamente por humanos. Assumir que a IA tome decisões deve, obrigatoriamente, estar alicerçada nos princípios esculpidos na Constituição Federal e balizar-se pelo respeito aos direitos fundamentais, pelo devido processo legal, a isonomia entre os litigantes, o dever de fundamentação das decisões judiciais, a garantia a decisão de mérito justo, efetiva e em tempo razoável e pelos princípios inseridos na Lei Geral de Proteção de Dados (FROHLICH; ENGELMANN, 2020a, p. 10-15).

Se por um lado a tendência à inserção de sistemas inteligentes no judiciário está cada vez mais evidente, de outro lado há uma corrente doutrinária que faz fortes críticas a estas mudanças. Um dos críticos é Streck (2020), que traz questionamentos sobre esta nova visão de realismo jurídico e as suas consequências, dado que para o autor o Direito não pode ser visto

como mera questão de fato e que decidir não é o mesmo que escolher. Para que a máquina seja colocada em uma posição capaz de desempenhar atividades jurídicas, é necessário que para além de sua capacidade de responder a questionamentos ela seja capaz de interpretar e formular novas questões, o que na visão do autor é algo complexo demais para ser realizado. Streck (2020) ressalta o perigo na busca da distinção/classificação de casos simples e complexos, afinal é impossível identificar um precedente e aplicá-lo ao caso concreto sem que haja certa abstratidade.

Já os defensores do Robô-Classificador, Robô-Relator e Robô-Julgador, como Marques (2019, p. 13-14), indicam que um dos pontos fundamentais é justamente a busca de uma padronização de decisões e conseqüentemente uma maior segurança jurídica. É fato que atualmente o Brasil enfrenta um déficit no manejo de precedentes judiciais, porém com esta estruturação de dados aliada à utilização da IA seria possível chegar a uma uniformização na interpretação e aplicação do Direito, o que conseqüentemente resultaria na agilidade do serviço jurisdicional prestado e na diminuição de demandas aguardando por julgamentos.

Franco (2019, p. 7-9) compartilha do entendimento de que com um sistema de precedentes alinhado, a máquina através da IA teria capacidade para receber uma nova demanda, analisar casos similares através de precedentes e apontar à solução mais correta para o caso seguindo um padrão, sendo capaz inclusive de detectar se houve irregularidade por parte dos juízes ou dos tribunais, caso estes não seguissem o indicado pelo sistema, resultando na anulação da decisão. Contudo, o autor argumenta que tal sistema seria eficaz no que tange a demandas repetitivas. Para casos mais complexos e com maiores especificidades, o resultado esperado vai muito além da análise de vieses normativos aplicáveis, o que faz com que a intervenção humana seja imprescindível, ainda mais no tocante a complexidade na distinção entre casos considerados fáceis e os complexos.

Deve-se também levar em consideração que, embora alguns dos sistemas de IA foram desenvolvidos para avaliar os casos da mesma forma que os juízes ou tribunais, essas decisões são baseadas em decisões judiciais já existentes (sistema de precedentes) e empregam técnicas de raciocínio baseado em casos. O resultado apresentado baseia-se na interpretação de teses já realizadas através de atividades humanas, sendo inviável sua utilização na busca de uma solução jurídica que não tenha sido abordada em momento anterior, até porque o sistema não tem a capacidade de realizar uma análise crítica e profunda com base no que dispõe a lei, mas tão somente realizar a ligação entre o fato apresentado e a solução mais correta para aquele determinado caso (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 314-315).

Diante disto, no que tange a aplicabilidade da Inteligência Artificial na prática judiciária, pode-se afirmar que a criação de um sistema que seja capaz de desempenhar um roteiro interpretativo completo baseado em leis, princípios e com a capacidade racional de tomada de decisões é bastante improvável. Os algoritmos não possuem a capacidade crítica (característica do ser humano). A capacidade das máquinas na tomada de decisões é restrita à finalidade para qual o seu algoritmo foi programado para executar.

Logo, um sistema completamente autônomo acabaria deixando de apreciar e levar em consideração valores indispensáveis à correta aplicação do direito, como exemplo dos fatores sociais, morais, éticos e demais especificidades que se apresentam, afastando-se do conceito do Realismo Jurídico. E por mais que se cogite a possibilidade de existir uma programação capaz de transmitir tais valores para o sistema, ainda assim deve ser levado em consideração que os mesmos seriam resultantes de uma reinterpretação do conceito jurídico (que por si só já é carregada por subjetividade) para a linguagem computacional (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 315-316).

Viegas (2020, p. 148-149) chama a atenção sobre os cuidados na utilização dos sistemas em razão da subjetividade humana na alimentação

dos dados, visto que a subjetividade poderia em alguns casos afastar a imparcialidade nas decisões fornecidas pelos sistemas em razão de vícios que eventualmente podem se apresentar, já que “os dados que servem de base para o modelo abstrato de IA são coletados da sociedade, permeada por desigualdades, exclusões, discriminações e preconceitos. Tais circunstâncias, fatalmente, estarão refletidas nos algoritmos”.

Justamente este ponto deve ser levado em consideração quando se trata da utilização da IA, principalmente no processo decisório. Os sistemas baseados em IA assentam-se tão somente no abastecimento de dados e na análise de informações preexistentes, buscando uma simplificação nas resoluções através de algoritmos que levam em consideração os pontos mais relevantes e que se assemelham aos casos. No entanto, seu pleno funcionamento é uma questão complexa e como já exposto divide opiniões, em razão do abastecimento de dados depender tão somente de seus programadores, assim o sistema pode estar funcionando plenamente aos olhos desses, mas não com a mesma eficácia aos olhos dos usuários ou daqueles afetados pelos resultados apresentados. O fato de os sistemas não compreenderem todas as complexidades e peculiaridades apresentadas no caso concreto, deixando os fatores menos influentes de lado, acaba gerando “pontos cegos” que podem levar a contradições e decisões não acertadas (BOENING; ROSA, 2020, p. 83-85).

Neste contexto, fica evidente o quanto os princípios esculpidos na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente (respeito aos direitos fundamentais, não discriminação, qualidade e segurança, transparência e sob controle do usuário) são essenciais se o Poder Judiciário entender que a IA pode ser utilizada na decisão das demandas a ele apresentadas. A Carta e seus princípios devem ser seguidos e respeitados, servindo como base para a elaboração de futuras regulamentações por parte dos Estados.

A Carta europeia destaca a ambiguidade e a falácia de uma justiça preditiva que leva a humanidade a acreditar que as máquinas, “desprovidas de qualquer emoção, um dia serão capazes de tornar o ato de julgar mais confiável”. Advogam que as promessas da utilização da IA em sistemas judiciais precisa ser examinada de “forma objetiva e científica, com base em bases sólidas de pesquisa fundamental, a fim de identificar possíveis limitações”. Alertam que os riscos de delegar a interpretação às máquinas são altos quando baseados apenas em modelos estatístico e em falsas correlações a partir de um grande volume de dados. Dizer que um algoritmo é neutro é outra falácia, “pois os seus criadores transferem consciente ou involuntariamente os seus próprios sistemas de valores para eles”. Para esse dizer, se apoiam no filósofo Eric Sadin que denunciou “que, por trás de sua fachada eficiente e impessoal, os sistemas algorítmicos refletem imperceptivelmente as intenções de seus designers ou patrocinadores, induzindo um poder funcional e assimétrico sobre a vida de outras pessoas”. Os algoritmos não estão livres de erros, preconceitos, interesses humanos, valores, intenção dos designs, “representações do mundo, independentemente da forma como são concebidos” (COUNCIL OF EUROPE, 2019).

Compartilhando com os princípios da Carta Europeia, Lage (2021, p. 157) observa que também é preciso garantir a aplicação dos princípios da precaução, da licitude e da lealdade na utilização de algoritmos, a fim de garantir que a exploração dos algoritmos respeite os direitos e garantias fundamentais e seja capaz de preventivamente identificar e combater eventuais riscos decorrentes de sua utilização, definindo inclusive sua finalidade para evitar posteriores desvios. A autora aponta que desenvolvedores de Políticas Públicas em Inteligência Artificial devem “debater antecipadamente os riscos e as aplicações práticas dessas ferramentas algorítmicas nos sistemas judiciários, e sempre realizar uma primeira fase de teste. Daí advém um novo conceito, que é o da ciberética”. Nesse contexto “o sistema judicial deve ser

capaz de implantar, gerir e garantir a ciberética, assegurando a transparência e a equidade no funcionamento dos algoritmos de apoio às decisões judiciais” (LAGE, 2021, p. 158).

A Carta Ética busca apontar caminhos para os principais problemas envolvendo a IA nos sistemas judiciais, indicando ainda, que é necessário um amplo debate público antes de sua implementação. Ainda, conclama a sociedade a discutir criticamente a urgência “de a ciberética proporcionar um quadro para o desenvolvimento de algoritmos de inteligência artificial” alicerçados no respeito aos direitos fundamentais, bem como deve “ser criado um quadro ético para promover o rápido desenvolvimento de uma forma de IA que inclua mecanismos de prevenção de preconceitos e discriminação nos seus próprios processos de concepção” (COUNCIL OF EUROPE, 2019).

O abastecimento dos dados é um dos principais pontos que tem gerado muitos debates e incertezas na esfera jurídica em razão da subjetividade humana. Segundo Viegas (2020, p. 147), “os dados que servem de base para o modelo abstrato de IA são coletados da sociedade, permeada por desigualdades, exclusões, discriminações e preconceitos. Tais circunstâncias, fatalmente, estarão refletivas nos algoritmos”.

Acrescenta-se que para que um robô seja comparado ao humano este deve se tornar um agente moral, sendo necessário na avaliação de *status* moral o preenchimento de três requisitos básicos: a autonomia, a intencionalidade e a responsabilidade, que se assemelham aos critérios relacionados aos humanos. Coelho alerta que “a autonomia, isoladamente não é suficiente para que seja atribuído *status* moral a um robô”, pois de maneira geral todos os sistemas de certo modo possuem a possibilidade de auto condução. No que se refere à intencionalidade, “é tão difícil de aferir em uma máquina/programa quanto em um indivíduo” devendo ser considerada a intenção do sistema na produção de resultados e seu grau

de deliberação e calculismo. Já no que se refere à responsabilidade, a aferição só faria sentido se o robô estivesse em uma posição superior a outro agente moral, o que ainda não ocorre em razão desta dependência. Portanto, observa-se que no cenário atual ainda é necessária à intervenção e revisão humana no que se refere ao processo de decisões pelas máquinas (COELHO, 2019, p. 214-216).

Em linhas gerais, Sarlet e Sarlet (2022) argumentam que se o Brasil quiser implementar o Estado Democrático Digital de Direito deve ser observado que o esforço seja direcionado “para o cidadão, mediante a criação e garantia de um ecossistema inovador e suficientemente seguro, transparente e confiável”. Para que sejam minimizados riscos e danos decorrentes da utilização de sistemas baseados em IA, principalmente no que diz respeito ao uso dos algoritmos, deve ser observada a “vedação à opacidade e o alcance do direito à explicação, garantindo ainda a auditabilidade, a explicabilidade e a interpretabilidade”.

Por fim, a adoção pelo Brasil dos pressupostos da Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente certamente trará inúmeros benefícios para a sociedade como um todo. Para isso, é primordial que o Estado assuma seu papel de soberania para fins de regulamentar o uso de sistemas, não como forma de barrar os avanços ou burocratizar sistemas, mas sim no sentido de garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais que, se deixados de lado, podem causar lesões graves e irreversíveis à sociedade. Esta atuação ganha ainda mais relevância quando se trata do uso da IA no Poder Judiciário, visto que este tem por dever garantir os direitos dos cidadãos, promover a igualdade, segurança e proteção. A justiça é obra humana e não pode ser delegada à máquina. Os riscos de deixar a decisão judicial para as máquinas é demasiado grande e tiraria do Poder Judiciário sua principal função, a proteção dos direitos fundamentais e a segurança da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, no Brasil, a IA estava voltada para a agilidade de processos nos setores documentais e burocráticos visando a otimização de tempo e realocação de recursos para a prestação de um serviço jurídico mais célere e simplificado, frente a realidade do congestionamento enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro devido ao grande número de demandas. Porém, com o avanço e aprimoramento dos sistemas, a partir de 2010 foram implantados sistemas voltados às análises contratuais, emissão de pareceres jurídicos, análises jurisprudenciais, entre outros. Atualmente, o Judiciário já conta com sistemas sofisticados e capazes de auxiliar juízes na identificação de precedentes e na tomada de decisões.

Deve-se levar em consideração que os sistemas de IA funcionam através do abastecimento de dados e programação de algoritmos, não possuindo a capacidade de realizar um juízo de valor para além do que fora programado, e mais, as programações e o abastecimento destes dados ocorrem através da atividade humana, o que sujeita os programas inevitavelmente serem influenciados por princípios e ideais de seus desenvolvedores, o que pode vir a resultar em padronizações com viés discriminatório.

Destacou-se a atuação da União Europeia, responsável pela publicação de um dos principais documentos voltados a esta utilização intitulado “Carta Ética Europeia, sobre o uso da Inteligência Artificial em sistemas judiciais e seu ambiente”, alicerçada nos seguintes princípios: respeito pelos Direitos Fundamentais, não discriminação, qualidade e segurança, transparência, imparcialidade e justiça e o princípio “sobre controle do usuário”, que podem servir como base e inspiração para o Brasil. É preciso avançar para um Direito Digital Ético sem delegar para a máquina a função decisória exercida pelos magistrados de proteger os direitos fundamentais e a segurança da sociedade, garantindo o dever de

fundamentar decisões, a transparência, a não discriminação e a igualdade de tratamento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, O. M. de. Inteligência artificial e advocacia: algumas aplicações práticas. *In*: LANNES, Y. N. da C.; VALENTI, R. S.; PIMENTA, R. B. de C. (coord.). **Inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao Direito III**: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial. Belo Horizonte: Skema Business School, 2020. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/SKEMA-Intelig%C3%A2ncia-Artificial-e-tecnologias-aplicadas-ao-Direito-III.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

ARANTES, C. R.; BLUM, R. O. A inteligência artificial e machine learning: o que a máquina é capaz de fazer por você. *In*: MALDONADO, V. N.; FEIGELSON, B. (coord.). **Advocacia 4.0**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARAÚJO, V. S. de; GOMES, M. V. (coord.); CANEN, D. (org.). **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BOENING, D. H. A.; ROSA, A. M. da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurística e vieses no uso de aprendizado de máquinas no Judiciário. Florianópolis: Emais, 2020.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **AGU aperfeiçoa sistema de Inteligência Jurídica e lança Sapiens 2.0**. Publicado em: 4 dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-aperfeicoa-sistema-de-inteligencia-juridica-e-lanca-sapiens-2.0>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF apresenta inovações em Seminário sobre Corte Constitucional Digital**. Brasília, 26 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464769&ori=1>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF lança RAFA, ferramenta de Inteligência Artificial para classificar ações na Agenda 2030 da ONU.** Brasília, 12 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=486889&ori=1>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRITO, T. S.; FERNANDES, R. S. Inteligência artificial e a crise do poder judiciário: linhas introdutórias sobre a experiência norte-americana, brasileira e sua aplicação no direito brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** v. 91, n. 2, p. 84-107, set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.51359/2448-2307.2019.247757>. Acesso em: 19 set. 2022.

CARINI, L.; MORAIS, F. S. de. Construção de confiança em sistemas de inteligência artificial através de governança ética. *In:* PINTO, D. J. A.; ROVER, A. J.; PEIXOTO, F. H. (org). **Anais Direito, governança e novas tecnologias I.** Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilo1r.info/publicacoes/olpbq8u9/z82865u2/Ap1ils120fK05S8b.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

COELHO, A. Z. P. Jurídico data-driven: ciência de dados e design na área do Direito. *In:* MALDONADO, V. N.; FEIGELSON, B. (coord.). **Advocacia 4.0.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). Comissão Europeia - Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial (GPAN IA). **Orientações Éticas para uma IA de Confiança.** Bruxelas, 8 abr. 2019. p. 2 e 10. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>. Acesso em: 19 set. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). Comissão Europeia. **Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital.** Bruxelas, 26 jan. 2022. p. 1-2. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles#Declaration>. Acesso em: 3 maio 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). Comunicação da Comissão. **Inteligência Artificial para a Europa**. Abril de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237>. Acesso em: 19 set. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). Conselho da Europa (CE/EC). **Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal**. Publicada em: 28 jan. 1981. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-para-proteccao-das-pessoas-relativamente-ao-tratamento-automatizado-de-dados-2>. Acesso em: 19 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Inteligência Artificial na Justiça**. Coordenação: José Antônio Dias Toffoli, Bráulio Gabriel Gusmão. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em: 7 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Projetos de Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Publicado em: 07 abr. 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=29d710f7-8d8f-47be-8af8-a9152545b771&sheet=b8267e5a-1f1f-41a7-90ff-d7a2f4ed34ea&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,cursel>. Acesso em: 13 set. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). **European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment**. 2018. Strasbourg: CEPEJ, 2019, p. 5. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso em: 18 set. 2022.

FRANCO, T. G. de M. L. de. A influência da inteligência artificial no sistema de precedentes judiciais. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 3, p. 1-14., abr./jun. 2019.

FRAZÃO, A.; GOETTENAUER, C. Black box e o direito face à opacidade algorítmica. In: BARBOSA, M. M.; NETTO, F. B.; SILVA, M. C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M. (coord.). **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021.

FROHLICH, A. V. K.; ENGELMANN, W. Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial: o papel dos algoritmos no processo de tomada de decisão. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 24, n. 54, p. 10-15, maio/ago. 2020a. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8274>. Acesso em: 18 set. 2022.

FROHLICH, A. V. K.; ENGELMANN, W. **Inteligência artificial e decisão judicial: diálogo entre benefícios e risco**. Curitiba: Appris, 2020b.

KÖCHE, R. Inteligência Artificial a serviço da fiscalidade: sistema de seleção aduaneira por aprendizado de máquina (SISAM). In: MACHADO, H. de B. (coord.). **Tributação e novas tecnologias**. São Paulo: Foco, 2021.

LAGE, F. de C. **Manual de inteligência artificial no direito brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARQUES, R. D. Inteligência artificial e direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 3, p. 1-34, abr./jun. 2019.

MEDINA, J. M. G.; MARTINS, J. P. N. dos P. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais? **Revista dos Tribunais**. v. 1020, p. 311-338, out. 2020.

MELO, V. H.; PEREIRA JÚNIOR, A. J. Os limites da inteligência artificial no exercício da prudência: as atividades jurídicas correm risco? **Revista dos Tribunais**. v. 1015, p. 107-127, maio 2020.

OLIVEIRA, M. T. V. da S. Inteligência artificial e o poder judiciário **Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/maria-teresa-oliveira-inteligencia-artificial-poder-judiciario>. Acesso em: 19 set. 2022.

OLIVEIRA, S. R. de; COSTA, R. S. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de Inteligência Artificial no processo de decisão judicial. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. v. 5, p. 1-15, out./dez. 2019.

PEREIRA, A. L. D. Automação decisória no Direito: da aplicação da inteligência artificial no ato de julgar. *In*: COLOMBO, C.; ENGELMANN, W.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M. (coord.) **Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao direito digital**. Indaiatuba: Foco, 2022.

SARLET, I. W.; SARLET, G. B. S. Separação informacional de poderes e devido processo informacional. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, 13 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/direitos-fundamentais-separacao-informacional-poderes-devido-processo-informacional-ordem-juridico-constitucional-brasileira>. Acesso em: 20 set. 2022.

SOARES, F. R. Levando os Algoritmos a sério. *In*: BARBOSA, M. M.; NETTO, F. B.; SILVA, M. C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M. (coord.). **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021.

STRECK, L. L. Um robô pode julgar? Quem programa o robô? **Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, 3 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>. Acesso em: 11 jun. 2021.

STRECK, L. L.; RAATZ, I. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p160-179.2017>. Acesso em: 20 set. 2022.

VIEGAS, C. Mara de Almeida Rabelo. Inteligência artificial: uma análise da sua aplicação no Judiciário Brasileiro. *In*: ALVES, I. F. (org.). **Inteligência artificial e processo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A TRANSFORMAÇÃO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Feliciano Alcides Dias

Lucas Gabriel Luchetta da Fonseca

INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor da Lei da Arbitragem nº 9.307 (BRASIL, 1996), o ordenamento jurídico brasileiro não diferenciava a arbitragem interna da arbitragem estrangeira. Desde então, tal instituto tem recebido apoio e incentivo do Poder Judiciário brasileiro. Nesse tempo, consolidou-se nos tribunais superiores jurisprudência acerca da matéria arbitral, cujas soluções estão em linha com as principais doutrinas e que, por vezes, ocupa a vanguarda do direito comparado.

A pesquisa que originou este artigo teve como objeto a arbitragem exercida com base no marco legal brasileiro, o que não excluiu a observação do instituto no cenário internacional.

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a última instância em matéria de arbitragem, procurou-se avaliar a atuação do Poder Judiciário brasileiro em relação a esse instituto, a fim de compreender a relação entre a jurisdição arbitral e estatal no Brasil. Nesse contexto, o STJ disponibiliza uma importante ferramenta de busca das suas principais teses, através de seu portal eletrônico (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2020a).

A pesquisa foi desenvolvida de forma exploratória e descritiva. Em relação ao contexto geral, de natureza jurídico-política, observou-se experiências da arbitragem pelo Poder Judiciário na atualidade e, em

retrospectiva, no Brasil e no exterior. Estas experiências foram examinadas por amostragem. Utilizou-se da cartografia como estratégia de análise crítica, na medida que ela permite o mapeamento de movimentos, relações, jogos de poder, enfrentamentos entre forças, lutas, jogos de verdade, enunciações, modos de objetivação, de subjetivação, de práticas de resistência e de liberdade (TETI; PRADO FILHO, 2013).

Note-se que a arbitragem surge com reflexos jurisdicionais, assim cumpre realizar uma releitura de sua lei de regência a partir dos novos paradigmas balizados por várias teses apresentadas e debatidas por arbitralistas e processualistas do país.

1 NOTAS PRELIMINARES SOBRE O CONTEXTO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

No início deste século, a sociedade vivencia grandes desafios. O fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos cada vez mais encurtam distâncias, aceleram o tempo e transformam dinamicamente a vida, de tal modo que os mecanismos institucionais de garantia de segurança jurídica demandam aperfeiçoamento.

Os problemas e conflitos que assolam a humanidade impulsionam cada vez mais à construção de um novo modelo de sociedade. Nesse prisma, o Poder Judiciário enfrenta fortes críticas, pois como tutor do poder judicante, não vem respondendo satisfatoriamente aos anseios de justiça. No Brasil, temos visto discursos de atores políticos acerca das ineficiências da jurisdição estatal (DONATO, 2006) que passa por uma crise. É notório o quadro da justiça brasileira em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação no campo da resolução de conflitos (WATANABE, 2012).

Aspira-se o pleno acesso à justiça e a solução de conflitos em tempo razoável (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012), mas, na realidade, a demora dos processos ainda assola o Poder Judiciário e abala a credibilidade no setor público (RIGUEIRA; MEDEIROS, 2003). A partir desse cenário buscase, cada vez mais, um instrumento político de pacificação social que seja hábil a prestar tutela efetiva aos jurisdicionados.

É nesse quadro social e político que emerge com intensidade as formas adequadas de solução dos conflitos, as quais se apresentam através dos institutos da arbitragem e dos meios consensuais de composição, como a transação, a conciliação e a mediação. O cenário contemporâneo demanda novas formas de resolução de conflitos a fim de garantir o efetivo acesso à justiça (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012. p. 88). Atores políticos e sociais, diante das notórias deficiências da jurisdição estatal e do crescimento da ideologia liberal, incitam esses recursos ao regime do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais e até mesmo dos conflitos.

Considerando essa realidade, observada a importância dos meios adequados e da arbitragem em outros países, o legislador pátrio editou a Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem). À época, esta lei ficou conhecida como a Lei Marco Maciel, por ter permitido a solução dos conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário, todos na área privada.

Seus pilares fundamentais podem ser assim resumidos: (i) eficácia da convenção de arbitragem, que enseja execução específica e permite a instauração da arbitragem desde logo, ainda que haja superveniente resistência de uma das partes; (ii) a autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato no qual é inserida, aliada à previsão de que o exame das questões sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem compete, em primeiro lugar, ao próprio árbitro (competência-competência); (iii) a dispensa de homologação judicial da sentença arbitral e sua previsão como título executivo judicial; (iv) a impossibilidade de revisão da sentença

arbitral quanto ao seu mérito, bem como a equiparação do árbitro ao juiz, enquanto desempenha a sua função.¹

Cumprido frisar que a ineficiência do Poder Judiciário se coloca ao lado de outros fatores que determinaram a implementação da arbitragem no país, dentre os quais as políticas do livre comércio apoiadas por instituições internacionais e nacionais, bem como o movimento liderado pelo advogado Petrônio Muniz denominado “Operação Arbiter”.

A referida operação ocorreu no final de 1991 (OPORTO; VASCONCELLOS, 2020), por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, com o objetivo de discutir a arbitragem, unindo a experiência prática a conhecimentos científicos, a fim de atender aos anseios daqueles que demandavam meios alternativos e eficazes para a solução de controvérsias. O movimento arregimentou juristas, advogados, professores e parlamentares em um esforço concertado para a elaboração de um anteprojeto de lei de arbitragem, com efetivas chances de ser encaminhado e tramitar no Congresso Nacional (MELO; BENEDUZI, 2016, p. 4-6).

Não eram poucos aqueles que – avessos ao novo e ao moderno – opunham-se ao desenvolvimento do instituto da arbitragem no Brasil. Se fossem apenas misoneístas, a batalha não teria sido tão renhida. Mas o grupo de resistência era composto por opositores ferrenhos, que estavam dispostos a lutar no *front* do Congresso Nacional até o último homem (e mulher). Vencida a primeira batalha, que fez com que a lei fosse aprovada em Brasília, passou-se à segunda, mais árdua e mais difícil: fazer com que a lei se mantivesse em vigor e fosse adequadamente operacionalizada. Também neste último cenário destacou-se o vigor de Petrônio Muniz, que não mediu esforços para superar interesses (que não eram os da Nação), afastar sentimentos injustificáveis de rivalidade, superar reações emotivas e trazer os operadores para o campo saudável da racionalidade. Petrônio lançou-se ao trabalho de forma intensa e lutou o bom combate. Venceu. (CARMONA; LEMES; MARTINS, 2017, p. 11)

Lançada a Operação Arbiter em 1991, em cinco anos acarreta a sanção presidencial da Lei nº. 9.307/1996, marco regulatório da Arbitragem no Brasil.

¹ Art. 18, LAB: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. (BRASIL. Lei n. 9.307/1996).

A arbitragem tem como objetivo a solução do conflito por árbitros escolhidos pelas partes, portanto, de sua confiança. Destacam-se as principais vantagens desse sistema: a celeridade, a confidencialidade, a especialização (os árbitros geralmente são técnicos especializados) e a possibilidade de decisão por equidade, motivos que levam o litigante a utilizar o juízo arbitral ao invés de recorrer ao Poder Judiciário, segundo opinião de parcela considerável da doutrina (PAIXÃO; NEVES, 2002, p. 39-42). A arbitragem pode ser definida como um meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Scavone Jr (2019, p. 23) define como um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial. Já Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) conceituam a arbitragem como um método de heterocomposição de conflitos em que o árbitro, exercendo a cognição nos limites da convenção de arbitragem livremente estabelecida pelas partes, decide a controvérsia com autonomia e definitividade. Afirmam ainda que o conceito de arbitragem, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, deve fazer referência a quatro elementos fundamentais: (i) meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material.

Para Carmona (2009, p. 31), a arbitragem é conceituada como:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

A Lei de Arbitragem brasileira estabelece em seu artigo 1º, que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, a respeito dos quais as partes possam validamente e legalmente dispor. Essa característica

se faz presente em praticamente todas as legislações sobre arbitragem, tais como a alemã, a italiana, a francesa, a espanhola, a argentina etc., que, sem discrepâncias, limitam a arbitragem à categoria das questões sobre as quais a lei permita a transação, através do árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentença proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário (CARVALHO; LOPES, 2013). É, portanto, uma via jurisdicional, porém não judiciária, de solução pacífica de litígios nacionais e internacionais.

Houve e há um esforço doutrinário e jurisprudencial de larga escala para que o diploma legal da arbitragem produza efeitos concretos no Brasil, tendo em vista o seu objetivo principal, que é a solução dos conflitos patrimoniais por vias não judiciais. As denominadas Câmaras de Conciliação e Arbitragem, pela eficácia e efetividade demonstrada em suas atividades, considerando-se seus resultados, determinou a criação de um novo panorama para a solução dos litígios.

Em resumo, o que se entende nesse procedimento é que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/1988) significa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, nenhuma lei pode impor a aplicação compulsória da arbitragem, e não é essa a compreensão da Lei nº 9.307/1996, vez que não impõe a obrigatoriedade da arbitragem. No plano dos direitos patrimoniais e disponíveis, manifestando livremente sua vontade, pode-se preferir levar eventuais conflitos para a solução arbitral e não judicial. Ainda, no art. 114 § 1º, a própria Constituição Federal, ao tratar dos dissídios coletivos do trabalho, prevê que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”, ou seja, não ignora a existência do instituto.

Com a atualização da Lei da Arbitragem em 2015, nº 13.129 (BRASIL, 2015), presencia-se o ressurgimento do instituto como um dos meios adequados mais eficazes na solução de controvérsias, meio este buscado

com o intuito de minimizar a problemática resultante da grande quantidade de litígios e do congestionamento da atividade jurisdicional marcada pela morosidade e formalismo.

2 O STJ E A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Uma das tarefas mais urgentes empreendidas pela “comunidade arbitral” foi conquistar a confiança e o apoio do Poder Judiciário. Em muitas instâncias e jurisdições, a falta de conhecimento da matéria pelos magistrados juntou-se à indisfarçável animosidade causada, em grande parte e curiosamente, por aqueles que se empenharam em introduzir o instituto no Brasil.

O marco fundamental na atuação do Poder Judiciário em favor da arbitragem se deu no reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da Lei de Arbitragem em 2001 (Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7/ES).

Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça assumiu o papel de protagonista na criação e na consolidação de uma *jurisprudência pró-arbitragem*, o que permite hoje identificar o Brasil como um país receptivo ao instituto.

Felizmente, o Superior Tribunal de Justiça desempenhou a tarefa de pacificar todos os atores da arbitragem, desde os primeiros anos de sua atuação, dando início a uma verdadeira campanha de suporte do Poder Judiciário à arbitragem. Também advogados, árbitros e instituições arbitrais (nos procedimentos ditos institucionais ou administrativos) passaram por notáveis transformações. A jurisdição estatal foi reconhecendo a importância da arbitragem como método legítimo, eficaz e apropriado de resolver disputas, respeitando a vontade das partes que optaram por essa solução extrajudicial.

O Poder Judiciário também contribuiu – e permanece contribuindo – de maneira fundamental para o aprimoramento da arbitragem no País. E nem poderia mesmo ser diferente, já que Poder

Judiciário e arbitragem não são estruturas concorrentes, mas sim parceiras na difícil tarefa de atribuir corretamente bens e direitos às pessoas, físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras. A disputa de poder entre juízes e árbitros, algumas poucas vezes manifestada logo após a promulgação da Lei n.º 9.307/1996, praticamente desapareceu diante dos notórios benefícios que essa atuação conjunta trouxe para o País. Vivemos no Brasil o tempo da cooperação judicial-arbitral. Esse é o espírito reinante, para o bem dos usuários dos sistemas de distribuição de justiça. (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019)

É natural que tenha havido certos exageros no discurso de defesa da introdução da arbitragem. Não eram poucas, muito menos deslouvadas, as vozes que se insurgiam contra a autonomia da vontade das partes em afastar determinados conflitos da apreciação pelo Poder Judiciário. Eminentemente juristas e magistrados, além das forças políticas de tradicional viés estatal, defendiam seu ponto de vista contrário ao instituto.

A Emenda Constitucional n. 45, dentre as inúmeras inovações incorporadas junto ao ordenamento jurídico brasileiro, alterou a competência de reconhecimento e homologação das sentenças estrangeiras (inclusive as proferidas por árbitro) do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça. A razão da mudança deveu-se sobretudo ao objetivo de tornar o Supremo uma corte eminentemente constitucional, de modo a ser afastado dele o procedimento de matérias não diretamente relacionadas à Carta Maior. Desta forma, visando regulamentar tal procedimento, o STJ estabeleceu várias resoluções internas até chegar à Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005.

É possível constatar a concepção do STJ a época, considerando o teor da matéria veiculada em seu site institucional: “Especialista em arbitragem diz que Justiça brasileira se tornou exemplo para o mundo”, onde afirma que, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, foram emitidos 50 acórdãos referentes ao termo arbitragem, até o ano de 2013, quanto a validade das cláusulas compromissórias inseridas em contratos estrangeiros. (ESPECIALISTA, 2013)

As decisões se fundam na herança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), acrescida de evolutiva conscientização das especificidades que regem a arbitragem como método consensual, mais flexível e extrajudicial de solução de controvérsias. Some-se a isso a pertinente inteligência dos ilustres ministros e ministras do STJ, do papel que a arbitragem representa no âmbito dos negócios internacionais, no sentido de impor a segurança jurídica indispensável ao comércio internacional. As decisões imprimem lições pedagógicas e profiláticas, inclusive em sede de julgamento em Recurso Especial. (LEMES, 2013)

O ponto mais importante desta jurisprudência foi a confirmação do entendimento, já consolidado, dos limites do juízo de deliberação, em que, conforme mencionado, o mérito do decidido não pode ser analisado, mas há de se aferir a conformidade com os bons costumes e a não violação da ordem pública e da soberania nacional.

3 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE AS TESES DA ARBITRAGEM

A cartografia tradicional está associada ao campo geográfico, visando obter conhecimentos baseados na matemática e na estatística. Sua especialidade é desenhar mapas envolvendo territórios, regiões e seus limites, fronteiras, topografia e características geográficas, bem como lidar com a população, mostrando sua raça, economia, saúde, educação e fontes de alimentação, entre outros. Como uma representação das características territoriais e demográficas, os mapas são as ferramentas básicas da geografia física, geografia humana e demografia (PRADO FILHO; TETI, 2013).

Por sua vez, a cartografia social está relacionada aos campos do conhecimento das ciências sociais e humanas, envolvendo não apenas um mapeamento físico, mas considerando o movimento, relacionamento, jogo de poder, confronto de forças, luta, jogo de verdade, interpretação, modo de objetivação, subjetividade, de transformação, auto embelezamento,

resistência e liberdade. Não se refere ao método como uma proposta de regras, procedimentos ou recomendações de protocolos de pesquisa, mas como estratégia de análise crítica e ação política, observando criticamente e descrevendo relações, trajetórias, formações e rupturas de resistência. (PRADO FILHO; TETI, 2013).

A cartografia social surge como uma possibilidade de pesquisa, por ser uma prática de indagação que não busca um resultado ou conclusão, mas acompanhar um processo. A cartografia vem sendo usada com mais frequência em projetos de pesquisa, monografias finais, dissertações e teses de doutorado. Em todos os casos, há uma abundância de informações sobre os procedimentos de mapeamento; pode ser utilizada para toda e qualquer realidade em que o pesquisador queira acompanhar um processo (COSTA, 2014).

Nesse sentido, utilizando-se da cartografia são analisadas as 14 (catorze) principais teses² sobre matéria arbitral, do Superior Tribunal de Justiça-STJ, com base na coleta de dados jurisprudencial extraída no site disponibilizado pelo egrégio tribunal superior.

Sobre a primeira tese, existem 52 (cinquenta e duas) decisões monocromáticas e 13 (treze) acórdãos, iniciado o debate acerca do tema ainda em 2009 e com decisões atuais de junho/2020. A construção jurisprudencial sobre a convenção de arbitragem atinge o âmago da matéria que é a autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, renunciam à jurisdição estatal, elegendo um terceiro (o árbitro) para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente.

[Primeira tese]. A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força

² Publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os julgados mais recentes do Tribunal sobre a questão, selecionados até a data especificada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2020a).

vinculante e de caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.

Esse tema já foi amplamente debatido também na Suprema Corte, (Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7), que deu substrato para alguns julgamentos no STJ, que submetida a sentença arbitral à homologação pelo Supremo Tribunal Federal, a parte vencida a contestou, acabando por sagrar-se vencedora, já que o Supremo negou o pedido de homologação. Entre os argumentos utilizados pelo Ministro Relator Maurício Corrêa, encontra-se o de que tal possibilidade (de submeter o conflito à arbitragem), aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante da sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 9.307/1996.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a cláusula arbitral, uma vez pactuada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, conferindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo em REsp 425931/MG, 2018).

Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória - princípio da Kompetenz-Kompetenz. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1694826/GO, 2017).

Sobre a segunda tese, percebe-se que não é um tema muito recorrente no Superior Tribunal de Justiça, contendo 4 (quatro) decisões monocromáticas

e 2 (dois Acórdãos sobre o tema), até por ser uma matéria que acaba se diluindo em outras teses. Sendo o assunto primeiramente decidido pelo STJ em 2011 através de uma Sentença Estrangeira Contestada e pela última vez julgado em 2019, pelo Ministro Moura Ribeiro em um Conflito de Competência.

[Segunda tese]. Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tenham o condão de afastar a convenção das partes.

A principal constatação sobre a tese é de que, uma vez constatada a vontade expressa das partes em submeter os litígios oriundos da relação societária à convenção de arbitragem, não se pode afastá-la por mera suposição de que a cláusula compromissória não é mais válida.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678667, 2018).

Ou seja, quando se é convencionado que o conflito será resolvido pela arbitragem, o seu efeito é a obrigação da via arbitral, salvo a renúncia, expressa ou tácita. No primeiro julgamento sobre o tema, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim decidiu:

À medida em que surge a controvérsia entre as partes, seria correto imaginar nova renúncia, pura e simples, mesmo que tácita, sem a explicitação concreta da perda de um direito específico e ainda sem a participação da parte contrária? Parece não ser cogitável a proposição pelo simples fato de perceber que a utilização da via judicial, no caso vertente, sobreveio com expressa menção de não renúncia e, também, porque, dentro do plano da existência da bilateralidade da convenção arbitral, a outra parte não questionou o sentido da exceção no momento oportuno. Isto quer dizer: os Requeridos não advertiram, quando do ajuizamento das ações judiciais pendentes, para a descaracterização da cláusula arbitral ou postularam eventual declaração de renúncia, fazendo apenas quando constituído o procedimento arbitral. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, SEC nº 1/EX, 2012)

A terceira tese conta com 59 (cinquenta e nove) acórdãos, sendo pela primeira vez tratado pelo Ministro Fernando Gonçalves:

[Terceira tese]. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (Kompetenz e Kompetenz), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.

Além disso, vige na jurisdição privada o princípio basilar do Kompetenz-Kompetenz, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que estabelece ser o próprio árbitro quem decide, com prioridade em relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória.

A quarta tese, com 6 (seis) acórdãos e 51 (cinquenta e um) decisões monocromáticas, foi abordada pela primeira vez pelo Ministro Aldir Passarinho Junior em 2010. Trata-se de tema ainda discutido no STJ.

[Quarta tese]. O Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, declarar a nulidade de cláusula compromissória arbitral, independentemente do estado em que se encontra o procedimento arbitral, quando aposta em compromisso claramente ilegal.

Com efeito, é imperioso consignar que a jurisprudência desta Corte reconhece excepcionalmente a possibilidade da jurisdição estatal declarar a nulidade de cláusula arbitral, independentemente do estado em que se encontra o procedimento arbitral, quando aposta em compromisso claramente ilegal, sobretudo em se tratando de contrato de adesão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.602.076/SP, 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.082.498/MT, 2012). O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral claramente

ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral (VIEIRA, 2005, p. 374).

A quinta tese, com 9 (nove) acórdãos, sendo debatido desde 2003 até o ano de 2019: “[Quinta tese]. A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.” (Súmula n. 485/STJ).

Insta ressaltar que a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional pelo Pretório Excelso, em cuja ocasião também foi consignado que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não enseja interferência alguma no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Maior.

A Corte consagrou o entendimento de que as disposições contidas na Lei nº 9.307/1996 têm incidência imediata nos contratos em que houver cláusula arbitral, inclusive naqueles celebrados anteriormente à sua vigência, tornando ultrapassada a jurisprudência que entendia pela não retroação.

Ocorre que, quando o assunto é convenção de arbitragem instituída em contratos de adesão, a jurisprudência do STJ vem sendo um pouco mais reticente, rechaçando a cláusula arbitral relacionada à relação de consumo.

No entanto, recentemente, a Terceira Turma, em julgamento de vanguarda, reconheceu não haver antinomia entre os dispositivos da LArb e o CDC, autorizando a instauração do procedimento arbitral, mesmo em se tratando de relação de consumo, quando relacionado a eventual litígio futuro e que haja consenso das partes.

Sobre a sexta tese, encontrou-se um expressivo número de decisões monocromáticas, 71 (setenta e uma) e 7 (sete) acórdãos: “[Sexta tese]. O prévio ajuizamento de medida de urgência perante o Poder Judiciário não afasta a eficácia da cláusula compromissória arbitral.”

Sobre o tema, grande parte é decidida com base nos arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, conforme as alterações feitas por meio da Lei nº 13.129/2015: Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. Ou seja, o Judiciário só atua em situações excepcionais que possam representar prejuízo às partes uma vez que as partes expressamente escolheram um Juízo Arbitral para dirimir suas pendências processuais.

A sétima tese é um dos temas com maior número de decisões, 196 sendo 183 monocromáticas e 13 acórdãos: “[Sétima tese]. O árbitro não possui poder coercitivo direto, sendo-lhe vedada a prática de atos executivos, cabendo ao Poder Judiciário a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral.”

Sabia-se até esse momento que a pactuação de convenção de arbitragem possui força vinculante, mas não afasta, em definitivo, a jurisdição estatal, pois é perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes.

É perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes. Com a celebração da convenção de arbitragem, os contratantes optam por submeter suas controvérsias a um juízo arbitral, mas essa opção não é absoluta e não tem o alcance de impedir ou de afastar, em definitivo, a participação da jurisdição estatal, sobretudo quando a pretensão de uma das partes está

aparelhada em título de natureza executiva, uma vez que só a jurisdição detém o monopólio da força.

A oitava tese conta com 3 acórdãos, sendo um desses acórdãos o tema repetitivo 893:

[Oitava tese]. No âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral). (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 893)

A Corte Superior firmou o entendimento de que, no âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação, devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial - em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1102460/RJ, 2015)

A nona tese conta com 16 acórdãos e 90 decisões monocromáticas:

[Nona tese]. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional, o que torna possível a existência de conflito de competência entre os juízos estatal e arbitral, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça - STJ o seu julgamento.

A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento.

O art. 105, I, “d”, da Constituição Federal afirma ser de competência do Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, alínea ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”.

O conflito positivo de competência ocorre não apenas quando dois ou mais Juízos se declaram competentes para o julgamento da mesma causa, mas também quando proferem decisões excludentes entre si acerca do mesmo objeto. Na hipótese dos autos, os Juízos suscitados proferiram decisões incompatíveis entre si, pois, enquanto o Juízo arbitral determinou a apresentação de garantia bancária pela empresa recuperanda, o Juízo da recuperação se manifestou no sentido de que qualquer ato construtivo ao patrimônio da recuperanda deverá ser a ele submetido. Segundo o princípio da Kompetenz-Kompetenz, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória (art. 485 do CPC, art. 8º, parágrafo único, e art. 20 da Lei nº. 9.307/9).

A décima tese, foi uma construção feita a partir de 12 acórdãos e 13 decisões monocromáticas. Exige o art. 216-F do RISTJ que a sentença estrangeira não ofenda a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana nem a ordem pública:

[Décima tese]. Não configura óbice à homologação de sentença estrangeira arbitral a citação por qualquer meio de comunicação cuja veracidade possa ser atestada, desde que haja prova inequívoca do recebimento da informação atinente à existência do processo arbitral.

Ainda sobre a matéria, a homologação da sentença alienígena ocorre quando do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam:

[...]

I - estar instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda, bem como de outros documentos indispensáveis, traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente;
II - haver sido proferida por autoridade competente;
III - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
IV - ter transitado em julgado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2020b)

A décima primeira conta com 16 (dezesesseis) acórdãos:

[Décima primeira tese]. A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral.

Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes. Consolida-se o entendimento de que o ajuizamento, por ele, de ação perante o Poder Judiciário caracteriza a sua discordância em submeter-se ao Juízo Arbitral, não podendo prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização.

A décima segunda conta com um acórdão e 28 decisões monocromáticas:

[Décima segunda tese]. Diante da força coercitiva de convenção condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes, de modo que eventuais conflitos condominiais deverão ser resolvidos por meio de arbitragem, excluindo-se a participação do Poder Judiciário.

A matéria discutida no âmbito da convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica

contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino.

Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal

A décima terceira com 10 (dez) acórdãos e 61 (sessenta e uma) decisões monocromáticas: “[Décima terceira tese]. Não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, para a resolução de conflitos relacionados a direitos disponíveis.”

A discussão que existia era, principalmente, se uma sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, podia pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei nº. 8.666/1993. É importante ressaltar que somente os direitos disponíveis, não contêm óbice legal no caso de direito público.

A décima quarta com 6 (seis) acórdãos e 52 (cinquenta e duas) decisões monocromáticas:

[Décima quarta tese]. A legitimidade para a impetração de mandado de segurança objetivando assegurar o direito ao cumprimento de sentença arbitral relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS é somente do titular de cada conta vinculada, e não da Câmara Arbitral ou do próprio árbitro.

Apenas em caso de lei expressa, admite-se que alguém demande sobre direito alheio, conforme preceituado no art. 6º do CPC. Com base nisso, a jurisprudência foi construída para que a legitimidade para a impetração de mandado de segurança objetivando assegurar o direito ao cumprimento de sentença arbitral relativa ao FGTS é somente do titular de cada conta vinculada, e não da Câmara Arbitral ou do próprio árbitro, uma vez que a Câmara Arbitral carece de legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança, sendo somente do titular da conta. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.059.988/SP, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa procurou apresentar uma cartografia descritiva da atuação do Superior Tribunal de Justiça, através dos movimentos e enfrentamentos que foram necessários para a evolução da arbitragem no Brasil. É crível a possibilidade de acompanhar as relações entre os diversos atores, a trajetória da arbitragem, os pontos de ruptura e de resistência, bem como os pontos de transformações do instituto, numa perspectiva de pesquisa investigativa, servindo de orientação e aplicação aos casos concretos em matéria arbitral.

Diante da análise dos julgados em segunda instância foi possível constatar que o Poder Judiciário, principalmente, na figura do Superior Tribunal de Justiça, pode intervir na arbitragem, não para ferir sua autonomia e independência, mas antes para assegurar o seu desenvolvimento, dando assistência a consolidação do instituto no Brasil.

Observa-se que o êxito da arbitragem brasileira dependerá da atuação de diversos atores, empresários, advogados, ministros, doutrinadores para firmar a jurisdição arbitral como meio extrajudicial de resolução dos conflitos e de ampliação do acesso à justiça.

A falta de conhecimento que havia no início da matéria pelos magistrados não impediu a instituição das Câmaras de Arbitragem. Como visto, o Poder Judiciário passou a ter maior entendimento da matéria consolidada pelas teses interpretadas pelo Superior Tribunal de Justiça. A cartografia possibilitou a análise da jurisprudência em teses, a qual culminou na inclusão de dispositivos sobre matéria arbitral no Código de Processo Civil de 2015, além da atualização da lei de regência da arbitragem, com a publicação da Lei nº. 13.129/2015.

Nesse sentido, os tribunais consolidaram a importância de dirimir e resolver os dilemas da arbitragem, principalmente nas questões envolvidas entre os limites da jurisdição estatal e o instituto arbitral, propiciando um ambiente promissor para o seu progresso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. A. de; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. (org.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15033, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Lei da arbitragem. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 27 maio 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18897, 24 set. 1996. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. STF. **O Supremo Tribunal Federal (STF)** decidiu, por maioria, não reconhecer qualquer inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem, em confronto com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. BRASIL. STF. SE 5.206-7-2001 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.059.988/SP**, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em: 15/9/2009, DJe de 24/9/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Corte Especial, SEC nº 1/EX**, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em: 19/10/2011, Dje 1/2/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses do STJ**. Brasília: STJ. 2020a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do STJ**. Brasília: STJ. 2020b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.082.498/MT**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 20/11/2012, DJe 4/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.602.076/SP**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 15/9/2016, DJe 30/9/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1102460/RJ**, Relator: Ministro Marco Buzzi, Corte Especial, julgado em: 17/06/2015, DJe 23/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1678667 RJ** 2015/0062145-7, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em: 6/11/2018, T4 - Quarta Turma, DJe 12/11/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1694826/GO**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em: 7/11/2017 Terceira Turma, DJe 13/11/2017.

CARMONA, C. A.; LEMES, S. F.; MARTINS, P. B. (org.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, E. L. F.; LOPES, M. L. P. A lei de arbitragem e a Convenção de Nova Iorque à luz do STJ: efeitos da Emenda Constitucional nº 45. **Revista CEJ**. Ano XVII, n. 60, p. 16-28. Brasília, maio/ago. 2013.

COSTA, Luciano Bedin da. Cartografia: uma outra forma de pesquisar. **Revista Digital do LAV**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 066-077, 2014. DOI: 10.5902/1983734815111. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revislav/article/view/15111>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DONATO, V. C. C. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle.** 2006. 107 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza – Unifor, Fortaleza, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ESPECIALISTA em arbitragem diz que Justiça brasileira se tornou exemplo para o mundo. **Superior Tribunal de Justiça**, 2013. Disponível em: http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105097. Acesso em: 25 jul. 2020.

FICHTNER, J. A.; MANNHEIMER, S. N.; MONTEIRO, A. L. **Teoria geral da arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEMES, S. F. STJ constrói de modo admirável o Direito da Arbitragem. **Conjur**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/retrospectiva-2013-stj-constroio-modo-admiravel-direito-arbitragem#author>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MELO, L. de C.; BENEDUZI, R. R. (org.). **A reforma da arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OPORTO, S. F.; VASCONCELLOS, F. **Arbitragem comercial internacional.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

PAIXÃO, M. T.; NEVES, G. de O. S. **Arbitragem: alternativa eficaz de solução dos conflitos.** 2002. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

PRADO FILHO, K.; TETI, M. M. A cartografia como método para as ciências humanas e sociais. **Barbaroi**, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 45-49, jun. 2013. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65782013000100004. Acesso em: 24 jul. 2021.

RIGUEIRA S., F.; MEDEIROS, M. de A. **Soberania em xeque? A arbitragem internacional privada como método alternativo de resolução de disputas comerciais: um estudo político do caso brasileiro.** 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TETI, M. M.; PRADO FILHO, K. A cartografia como método para as ciências humanas e sociais. **Revista do Departamento de Ciências Humanas da Universidade de Santa Cruz do Sul**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 38, p. 1-15, jun. 2013. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/2471/2743>. Acesso em: 23 set. 2020.

VIEIRA, Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In: WALD, Arnaldo (coord.). **Revista de arbitragem e mediação.** v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374.

WATANABE, K. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: **Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** (org.) CRESPO, Maria Hernandez. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

