

DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, DANIEL MACHADO GOMES,
JOSANNE FAÇANHA E LEONARDO RABELO DE MATOS DA SILVA

DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

2ª EDIÇÃO



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Arthur Bezerra de Souza Junior, Daniel Machado Gomes, Josanne Façanha e Leonardo Rabelo de Matos da Silva (org)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito privado contemporâneo – 2ª ed. / Arthur Bezerra de Souza Junior, Daniel Machado Gomes, Josanne Façanha e Leonardo Rabelo de Matos da Silva (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

516 p.

ISBN 978-65-87489-41-4

1. Direito privado. I. Souza Junior, Arthur Bezerra de (org.). II. Gomes, Daniel Machado (org.). III. Façanha, Josanne. (org.). IV. Silva, Leonardo Rabelo de Matos (org.).

CDD 346

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS – DIREITO PRIVADO.....	15
OS AVANÇOS DA UNIÃO ESTÁVEL EM EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO.....	17
<i>Giovanna de Souza da Cruz</i>	
REGISTRO DE SOCIEDADES LIMITADAS E EIRELIS: UMA ANÁLISE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DO CNJ E DO DREI.....	29
<i>Márcio Chammas</i>	
A PROPRIEDADE PRIVADA: ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E A FUNÇÃO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....	50
<i>Rui Miguel Zeferino Ferreira</i>	
A SISTEMATIZAÇÃO DO DANO DE DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PELA ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	65
<i>Felipe Ferreira Farias</i>	
DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: DO AFETO AO RECONHECIMENTO JURÍDICO.....	83
<i>Jackelline Fraga Pessanha</i>	
ALIENAÇÃO PARENTAL: ANÁLISE SOBRE OS SUJEITOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS.....	99
<i>Sátina Priscila Marcondes Pimenta</i>	
A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CIVIL FRENTE O CONTRATO DE TRABALHO INDIVIDUAL NA PROPOSTA DA PLV 17/2019.....	111
<i>Arthur Bezerra de Souza Junior</i> <i>Ronaldo de Oliveira Jarnyk</i>	

A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS: A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA CULTURA INDÍGENA.....	123
<i>Juliana Felipe dos Santos Teixeira</i>	
<i>Claudia de Moraes Martins Pereira</i>	
LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO: O SILÊNCIO ENSURDECEDOR DAS AUTORIDADES MARÍTIMA E LEGISLATIVA.....	135
<i>Lucas Sarmento Pimenta</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO DANO MORAL COLETIVO.....	153
<i>Fabiano Diniz de Queiróz Pilate</i>	
<i>Isabelle Dias Carneiro Santos</i>	
<i>Mozart Victor Ramos Silveira</i>	
PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	169
<i>Danielle Marques Domingues Boyer</i>	
UM ESTUDO SOBRE A DECISÃO DO STF NO CASO “SÓCIOS DA DISCO X PÃO DE AÇÚCAR”: A CARACTERIZAÇÃO DE UM CONTRATO PRELIMINAR À LUZ DO PENSAMENTO TIPOLÓGICO DE KARL LARENZ.....	183
<i>Daniel Oitaven Pamponet Miguel</i>	
REPARABILIDADE E LUCROS CESSANTES NO CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DA MINA DO FEIJÃO	199
<i>Fabrcio Manoel Oliveira</i>	
<i>Jéssica Rodrigues Godinho</i>	
DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO REAL DE LAJE NA ORDEM CIVILISTA E URBANÍSTICA.....	216
<i>Deborah Marques Pereira</i>	
<i>Diego Guilherme Lopes Rodrigues</i>	
<i>Rita Franciele de Souza Alves</i>	
EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O SÉCULO XXI.....	234
<i>Rayssa Duarte Marques Cabral</i>	

ESTUDO DE CASO SOBRE A COLISÃO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DA PROTEÇÃO À IMAGEM	249
<i>Eduardo Alfonso Jacomeli Ramirez</i>	
<i>Filipy Calixto</i>	
<i>Raquel Páscoa da Veiga Frade Santana</i>	
DA DESCONSIDERAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO E O RISCO DA BANALIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	268
<i>Simone Alvarez Lima</i>	
A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	282
<i>Alessandra Guterres Deifeld</i>	
A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS COMO UM FENÔMENO HISTÓRICO E CULTURAL.....	301
<i>Dulce Maria da Costa Santos</i>	
<i>Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha</i>	
ARTIGOS – TECNOLOGIA E SOCIEDADE.....	315
REFLEXÕES SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E CT&I.....	317
<i>Walter Britto Gaspar</i>	
A AUTORIA DE OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS.....	334
<i>Pedro de Abreu Monteiro Campos</i>	
<i>Luís Antônio Monteiro Campos</i>	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO PROCEDIMENTO ARBITRAL BRASILEIRO.....	351
<i>Yasmin Xavier Vianna Galhardo</i>	
A NATUREZA JURÍDICA E SUCESSÃO HEREDITÁRIA DE BENS, CONTEÚDOS E SERVIÇOS DIGITAIS.....	369
<i>Alexandre Tsuyoshi Nakata</i>	
<i>Fujie Kawasaki</i>	

AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA COMUNICAÇÃO VIA INTERNET: A IMPORTÂNCIA DO LETRAMENTO DIGITAL NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS.....387

René Vial

A IMPORTÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE) NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM SERES HUMANOS.....405

Vanessa Moreira Coelho

Júlia de Paula Vieira

DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO CEARÁ..... 417

Emerson Carvalho

Luís Borges Gouveia

ECONOMIA COMPARTILHADA E SMART CITIES: A SUPERAÇÃO DA ATUAL CRISE DE MOBILIDADE URBANA NO BRASIL À LUZ DA TECNOLOGIA E DA ASCENÇÃO DO UBER.....433

Bruna Agra de Medeiros

Maira Arcoverde Barreto Pinto

CONTROLE E VIGILÂNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOVAS FORMAS DE PANOPTISMO450

Daniel Machado Gomes

Frederico Jacinto Cardoso Gazolla

Tiago da Silva Cicilio

Felipe César Santiago de Souza

UMA ANÁLISE SOBRE O DESVÍO PARA A CRIMINALIDADE A PARTIR DA TEORIA DA ANOMIA466

Marconi do Ó Catão

UMA REFLEXÃO SOBRE O USO DO APLICATIVO “WHATSAPP” COMO INSTRUMENTO DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL.....483

Leonardo Parizotto Gomes

Vanessa Velasco H. B. Reis

RESUMOS.....501

A CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS.....503

Gabriela Almeida Marcon Nora

TECNOLOGIA: SINÔNIMO DE TRANSPARÊNCIA E DESBUROCRATIZAÇÃO.....506

Maria Lucia De Barros Rodrigues

A GESTÃO HÍDRICA NAS CIDADES INTELIGENTES: O ACESSO À ÁGUA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL.....512

Vivian Rodrigues Madeira Da Costa

Diogo Luiz Chagas Santos

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glauca Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS DIREITO PRIVADO

OS AVANÇOS DA UNIÃO ESTÁVEL EM EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO

Giovanna de Souza da Cruz

1- INTRODUÇÃO

O casamento, como todas as demais instituições sociais e jurídicas, é a que mais se altera com o tempo e entre os povos. Apesar de tantas alterações, algo que permanece inalterada é a sua ligação aos conceitos de família. O casamento sempre remete à ideia de constituição de família e, assim inserido, está no âmago do Direito de Família. “O casamento é o centro do Direito de Família”, (VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, 2003, p. 40). É a união entre duas pessoas, que estabelecem comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres.

O instituto do casamento possui 3 tipos: casamento civil, casamento religioso e casamento religioso com efeito civil. O primeiro é realizado em Cartório de Registro Civil, o segundo de acordo com o rito de cada crença, perante autoridade religiosa, e o terceiro através da apresentação do termo de casamento emitido pela autoridade religiosa, perante o registro civil.

Até o ano de 1977, quando foi instituída a Lei do divórcio, a única família juridicamente protegida no Brasil era aquela constituída a partir do casamento indissolúvel, onde havia a possibilidade de desquite, mas vedava a possibilidade de novo matrimônio. Contudo, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, §3º reconheceu a União estável como entidade familiar, e com isso alguns direitos antes não afiançados aos companheiros passaram a ser previstos considerando que houve a equiparação entre os dois institutos.

A primeira vez que a união estável foi reconhecida pelo Direito brasileiro foi em 1964, com a súmula nº 380 do STF (Supremo Tribunal Federal), que diz: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Com isso a União estável passou a ser mais aceita, tanto pela sociedade quanto pelo legislador, contudo, ainda existem lacunas na legislação vigente, que em muitos casos tem-se a necessidade de intervenção do judiciário.

O casamento ainda continua sendo um instituto básico para a formação de família, contudo a Constituição Federal determina que a Lei deve facilitar a conversão da União Estável em casamento, desta forma podemos realizar o seguinte questionamento: “Os futuros casais ainda optarão pelo casamento formal com o objetivo de constituir família?”

A importância do tema se dá principalmente pelo fato de as pessoas confundirem os dois modelos de entidade familiar, equiparando-os em igual escala. No presente artigo visamos elucidar os assuntos, dando ênfase às suas semelhanças e diferenças, bem como apresentar esse modelo de família que vem ganhando status na sociedade brasileira e na nossa região do Amazonas, visto que contém menos burocracia e possui semelhanças com o casamento.

2 - TRAJETÓRIA DOS PRECEDENTES FAMILIARES BRASILEIRO

Inicialmente, a entidade familiar é constituída pela figura do marido e da mulher, ampliando-se com o surgimento da prole. A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade, onde os laços de sangue resultam da descendência e a afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento. Ao longo dos anos, sentiu-se a necessidade de criar leis para se organizar a sociedade familiar, surgindo então o Direito de Família.

O modelo brasileiro de família encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo gre-

go, sendo organizada preponderantemente, no poder e na posição do pai, chefe da comunidade. Este era uma pessoa *sui jûris*, ou seja, chefiava todo o resto da família que vivia sobre seu comando (PEREIRA, 2004).

De acordo com Arnaldo (2004) a família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Com a morte do “pater famílias” não era a matriarca que assumia a família como também as filhas não assumiam o pátrio poder que era vedado a mulher. O poder era transferido ao primogênito e/ou a outros homens pertencentes ao grupo familiar.

No casamento Romano existia duas possibilidades para a mulher: ou continuava se submetendo aos poderes da autoridade paterna, ou entrava na família marital e devia a partir deste momento obediência ao seu marido. No Direito Romano, havia duas espécies de parentesco: a agnação que consistia na reunião de pessoas que estavam sob o poder de um mesmo pater, englobava os filhos biológicos e os filhos adotivos e a cognação que era o parentesco advindo pelo sangue. Com a evolução da família romana a mulher passa a ter mais autonomia perante a sociedade e o parentesco agnatício vai sendo substituído pelo cognatício (VIANA, 2000).

A União estável sofreu evolução ao longo da história, marcada por avanços e por inovações que foram sendo agregadas passo a passo, tanto no campo constitucional quanto no campo das legislações infraconstitucionais.

No âmbito do Código Civil de 1916 e de acordo com o ideal social e moral da época, considerou-se como família apenas aquela resultante do casamento, sem dispensar o diploma qualquer atenção à união informal entre o homem e a mulher. Nesse contexto, cita Venosa (VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, 2003, p. 35) que: “O legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união de fato.”

Como consequência dos reclamos sociais e da própria posição que passou a ser adotada pelos tribunais em defesa dos direitos dos companheiros, além de um ou outro aspecto em que o legislador se ocupou do assunto, viu-se o constituinte obrigado a declarar o que

a realidade lhe apresentava, nisso inserida a existência de relações informais entre o homem e a mulher, ao que se reconheceu como entidade familiar.

Foi a Constituição Federal de 1988 que erigiu a união informal entre homem e mulher ao status de entidade familiar. Nesse sentido, leciona Rodrigues: “Assim, a família nascida fora do casamento, sempre que derive da união estável entre o homem e a mulher, ganha o novo status dentro do nosso direito” (RODRIGUES, 2002, P. 284). O Código Civil de 2002 trouxe consigo dispositivos que reproduzem a espírito do legislador constituinte, dispositivos estes que visam a regular a entidade familiar sem matrimônio.

A Constituição trouxe uma grande mudança na estrutura jurídica e social da família, trazendo um avanço significativo para os cidadãos há tempos aguardado. A Lei 8.971/94 normatizou o artigo constitucional, sendo a primeira a utilizar a expressão companheiros para indicar união entre homem e mulher, contudo, frente a necessidade de um conceito mais específico edificou-se Lei 9.278/96 que trouxe poucas alterações, mas considerou a convivência duradoura, pública e contínua entre os companheiros.

Vale aqui salientar, que a legislação anterior a Carta Magna de 1988, ignora por completo a existência de famílias constituídas fora do casamento. Assim, o Código Civil de 1916 fazia referência à concubina apenas para lhe proibir direitos:

Art. 248. A mulher casada pode livremente:

[...]

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Art. 1.177. A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 1.719. Não podem também se nomeados herdeiros, nem legatários:

[...]

III. A concubina do testador casado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos ares à família brasileira e, o legislador com o intuito de extinguir o estigma e o preconceito sobre a palavra concubinato, a substituiu na redação do artigo 226, pela expressão união estável, quando reconhece esta como entidade familiar.

3 - CASAMENTO X UNIÃO ESTÁVEL: CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES E DIFERENTES

Embora as duas instituições tenham em sua essência a finalidade de constituir família, o casamento e a União Estável são analisados, em alguns pontos, de formas distintas pelo Código Civil de 2002. Pode-se notar, como um dos temas a serem observados, que a formação de ambos é diferente. No casamento, a celebração é feita por juiz de paz, onde após a sua celebração é possível obter o registro deste, adquirindo-se a certidão de casamento.

A formação da União Estável se dá por duas pessoas livres que não possuem nenhum impedimento legal para casarem, que se unem com o objetivo de constituir família. Não há necessidade do pedido de habilitação junto ao cartório, ou de apresentação de documentos, como acontece no casamento. Apesar disso, aqueles que pretendem estipular a data do início da união podem comparecer em cartório para a realização de uma escritura pública, caso seja de seu interesse. Outro destaque é a não obrigatoriedade da convivência dos companheiros sob o mesmo teto, conforme Súmula 382 do STF (Supremo Tribunal Federal), que diz “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxoris*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Caso haja necessidade de comprovação da união, os documentos necessários estão estipulados na Lei 8.212/91.

Em relação ao regime de bens os dois institutos se assemelham. No casamento existe a possibilidade de se escolher o regime que se pretende adotar dentre as opções: comunhão universal de bens, separação total ou comunhão parcial de bens (artigo 1.639 Código Civil de 2002). Caso não seja especificado nenhum regime se aplica o regime Parcial de bens. Na União Estável “admite-se contrato escrito, ainda que por instrumento particular, regulando essas relações patrimoniais. Na falta de contrato escrito, aplica-se à União Estável o regime da comunhão parcial de bens”

(FIUZA, 2011, p.1061), já que os bens presumem-se fruto do esforço de ambos os cônjuges/companheiros.

De acordo com o Professor César Fiuza, “O casamento ainda possui algumas prerrogativas em relação a União Estável. Várias consequências só decorrem dele. Por exemplo, no casamento existe a possibilidade de os cônjuges adotarem o sobrenome um do outro de maneira imediata, já na União Estável, isso só poderá acontecer após 5 anos de convívio; os privilégios sucessórios; a amplitude da regulamentação dos regimes matrimoniais; o dever de fidelidade, cujo desrespeito ainda é punido como adultério; dentre outras.” (FIUZA, 2011, p. 1033). É importante ressaltar que na União Estável, o estado civil da pessoa não muda, já no casamento, a pessoa ganha o estado civil de casada.

Para fins de direitos sucessórios, conforme decisão do STF proferida em 10/05/2017, União estável e casamento passam a ter o mesmo valor, tendo o companheiro os mesmos direitos a heranças que o cônjuge, estando inclusos nessa mesma decisão as Uniões Estáveis de casais LGBTs. Ambas as decisões têm repercussão geral e servem para todas as disputas em herança nas diferentes instâncias da Justiça. Pela tese estabelecida, foi considerado inconstitucional o Artigo 1.790 do Código Civil, que determinava regras diferentes para a herança no caso de união estável.

A tese do Ministro Luis Roberto Barroso, relata que no “sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 (da Sucessão Legítima) do Código Civil de 2002”.

Sendo assim, mesmo que não haja o casamento tradicional, terá direito a metade da herança do falecido, o companheiro que provar a união estável, ficando a outra metade para divisão entre os filhos ou pais. Caso não haja descendentes ou ascendentes, a herança é integralmente do companheiro. Vale ressaltar, que esta decisão não alcança os julgamentos de sucessões que já tiveram sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública.

Quanto à mudanças no regime patrimonial, diferentemente do que ocorre com o regime de bens no casamento, quando é necessária a autorização judicial para mudança de regime de bens, na união estável

não se exige a autorização judicial, basta que se faça outro instrumento estipulando o novo regime patrimonial que regerá a relação daqueles conviventes, revogando o instrumento anterior.

4- AVANÇOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE:

Os Recursos Especiais 878.694 e 646.721 trouxeram significativas mudanças para a situação dos companheiros no atual Código Civil brasileiro. Anteriormente aos mesmos, o art. 1790 do Código Civil de 2002, abrangia que:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Com o julgamento dos recursos em questão, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional o art. 1790, finalizando portanto, o tratamento diferenciado quanto ao regime de sucessão de bens entre cônjuges e companheiros. O Recurso Especial (Resp) 878.694 trata de união de casal heteroaferivo e o Resp 646.721 aborda sucessão em uma relação homoafetiva. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual.

Cabe ressaltar aqui as decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre o mesmo tema, julgados nas ADI (Ação Direta de

Ins constitucionalidade) 4.277 e ADPC (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132. Após julgamento das mesmas, fora declarado que não há mais que se diferenciar união estável homo e heteroaferiva, devendo o tema simplesmente ser tratado como união estável.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF. Dessa forma, fica vedada a interpretação em sentido literal, do caput do art. 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Em relação ao tempo necessário para se provar a existência de uma união estável, antigamente, exigia-se o prazo de 5 (cinco) anos ou a existência de prole para se configurar uma união estável.

Atualmente, esse prazo não existe. O critério dessa avaliação é subjetivo, ou seja, dependendo da forma que você apresenta essa pessoa à sociedade e a vontade de se constituir família, atendendo os requisitos do art. 1723, do CC e que não haja nenhum impedimento constante do art. 1521 do Código Civil:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Vale lembrar que, apenas para fins previdenciários, a lei 13.135/15 exige o prazo de 2 (dois) anos para se obter os benefícios previdenciários. No entanto, em se tratando de questão previdenciária, a motivação desse prazo é puramente econômica.

5- CONCLUSÕES:

É notório que o instituto familiar constituído por meio da União Estável está cada vez mais comum em nossa sociedade, ocorrendo, sobretudo pelo desejo dos casais de conviverem intimamente em comunhão de afeto e patrimônio.

Frente ao estudo apresentado nesta pesquisa, se percebeu que o ordenamento jurídico não consegue acompanhar a evolução social da família, sendo impossível uma legislação conseguir prever e abarcar todas as relações sociais, uma vez que essas são muito amplas.

A Constituição de 1988 trouxe uma grande mudança na estrutura jurídica e social da família, trazendo um avanço significativo para os cidadãos há tempos aguardado. A Lei 8.971/94 normatizou o artigo constitucional, sendo a primeira a utilizar a expressão companheiros para indicar união entre homem e mulher, contudo, frente a necessidade de um conceito mais específico edificou-se Lei 9.278/96 que trouxe poucas alterações, mas considerou a convivência duradoura, pública e continua entre os companheiros.

A Constituição Federal buscou facilitar a conversão da União Estável, contudo, não deu diretrizes ao legislador para realizar a conversão. O Código Civil de 2002 trouxe consigo dispositivos que reproduzem a espírito do legislador constituinte, dispositivos estes que visam a regular a entidade familiar sem matrimônio. Mesmo com a regulamentação da matéria, a partir do Código Civil de 2002, o processo ocorreu de forma tortuosa, mais dificultando que facilitando a conversão, indo em desencontro ao imperativo Constitucional que visava a facilitação.

Com a recente decisão promulgada pelo STF em 10/05/2017, decidiu-se pela equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. Desse modo, União estável e casamento passam a ter o mesmo valor, tendo o companheiro os mesmos direitos a heranças que o cônjuge.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento da união estável como entidade familiar, assim como outras modalidades de família, veio trazer para a sociedade a liberdade de escolha e respeito ao direito individual de cada ser de poder escolher quando, como e com quem unir-se, viver e conviver.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 22ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Anne Joyce Angher. 16ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dez. De 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

BRASIL. Lei 9.278, de 10 de mai. De 1996. Regula o §3 do art. 226 da Constituição Federal.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de junho, 2017.

DECRETO, Nº3048/1999, artigo 22, §3.

DEMO, P. Educação e Qualidade. 6. ed. São Paulo: Papyrus, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 238 e 239p. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2007;000791029>. Acesso em: 14 de jun. de 2017.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15ed. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. 1216p.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. **A Família**. In: **PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.)**. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil-Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, 04/05/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal STF**. Página Inicial. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 20 de março de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Res. 646721, Rel. Min. Marco Aurelio; Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 10/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE. 878694, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 10/05/2017.

TUDO que você sempre quis saber sobre a união estável. **Migalhas**, Fernanda de Freitas Leitão, quinta-feira 09 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255268,-11049Tudo+que+voce+sempre+quis+saber+sobre+a+uniao+estavel>> Acesso em: 20 de março de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família**. In: **VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.)**. **Temas atuais de direito civil na constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.22.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da Prof. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – São Paulo: Saraiva, 2004.

REGISTRO DE SOCIEDADES LIMITADAS E EIRELIS: UMA ANÁLISE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DO CNJ E DO DREI

Márcio Chammas

O Provimento nº 42/2014 do Conselho Nacional de Justiça e a Instrução Normativa nº 28/2014 do Departamento de Registro Empresarial e Integração versam sobre a obrigatoriedade de encaminhamento e averbação nas Juntas Comerciais de procurações envolvendo empresas individuais de responsabilidade limitada, sociedades empresariais, sociedades simples ou de cooperativa.

Trata-se de normas complementares, que buscam trazer uma maior publicidade para atos que delegam os poderes de administração de entidades para terceiros que não foram nomeados em atos averbados junto aos registros das Juntas Comerciais dos estados.

A motivação por trás da elaboração de tais normas é inegavelmente nobre. A aplicação prática, todavia, gera questionamentos relevantes, como se pretende demonstrar no presente.

Para tanto, primeiro é feita uma breve análise sobre a figura do Administrador, seus direitos e deveres, a forma de nomeação e também a questão da delegação dos poderes.

Após, são traçadas algumas breves considerações sobre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). A formação, competência e âmbito de atuação desses órgãos.

Estabelecidos esses preceitos, faz-se uma leitura mais aprofundada do Provimento nº 42/2014 do Conselho Nacional de Justiça e a Instrução Normativa nº 28/2014 do Departamento de Registro Empresarial e Integração.

Conforme acima já assinalado, essas legislações estão eivadas de ilegalidade, pois, conforme passará a se demonstrar, chancelam uma conduta absolutamente ilícita, usurpam a competência legislativa e estabelecem obrigações onerosas sem qualquer forma de contraprestação.

1 O ADMINISTRADOR DE EMPRESAS

1.1 A FIGURA DO ADMINISTRADOR

Administrar, do ponto de vista empresarial, pode ser definido como a gestão de negócios. A administração das sociedades limitadas e empresas individuais de responsabilidade limitada pode ser composta por uma ou mais pessoas, responsáveis pela condução dos seus negócios sociais.

Trata-se de figura importantíssima, pois é aquela que pratica os atos fundamentais para o desenvolvimento da empresa na busca da realização de seu objeto social.

A legislação estabelece uma série de responsabilidades específicas e pessoais para os administradores, nos termos dos arts. 1.011, 1.017, 1.020, 1.064, do Código Civil.

Os administradores são nomeados e destituídos por quórum qualificado e ainda devem cumprir requisitos legais para que possam ser empossados, conforme dispõem os arts. 1.011, 1.060, 1.061 e 1.063, do Código Civil. Eles podem ser nomeados no próprio ato constitutivo da entidade ou por ato em separado.

O campo de atuação do administrador pode ser limitado por cláusulas específicas presentes no instrumento utilizado para sua nomeação, ou pode ser delimitada apenas pela própria atividade da empresa.

1.2 A PUBLICIDADE DO ADMINISTRADOR

Na hipótese de nomeação no próprio ato constitutivo da entidade, o nome do(s) administrador(es) é devidamente publicitado no registro dos próprios atos.

Quando tal nomeação é feita em ato em separado, esse deve ser imediatamente apresentado para averbação na Junta Comercial competente, conforme determina o art. 1.012, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.

Conforme dispõe o mencionado ditame legal, se assim não se fizer, serão responsabilizados pelos atos praticados, antes de requerer a averbação, de forma pessoal e solidariamente com a entidade.

Esse registro tem por finalidade dar publicidade e autenticidade à nomeação, proporcionando segurança para a entidade e, principalmente, para aqueles que vão negociar com aquela.

A exigência da publicidade de tais atos é que possibilita a verificação, com segurança, da pessoa dos sócios, a dimensão de suas responsabilidades, a forma pela qual a sociedade é administrada, etc. Trata-se de verdadeiro pilar de sustentação das relações negociais.

Segundo preleciona NICOLAU BALBINO FILHO (1999, p. 9), “a publicidade é a alma dos registros públicos. É a oportunidade que o legislador quer dar ao povo de conhecer tudo que lhe interessa a respeito de determinados atos. Deixa a par de todo o movimento de pessoas e bens”.

Sem essas bases sólidas, os negócios realizados com as sociedades empresariais sujeitar-se-iam a uma enorme gama de fraudes e prejuízos.

1.3 O ADMINISTRADOR POR PROCURAÇÃO

Conforme se demonstrou, o registro dos administradores revela-se essencial para a garantia da segurança das relações jurídicas estabelecidas pela entidade. Ocorre que, na prática, essa obrigação era tergiversada de forma indevida.

Em muitos casos a entidade possuía um administrador em registro, mas quem efetivamente exercia a função não era essa pessoa. Pela outorga de procuração, pública ou particular, o administrador

em registro nomeava outra pessoa com amplos poderes para gerir a entidade. Trata-se de conduta, no mínimo, escusa, pois torna a real administração da entidade obscura. A despeito disso, esse expediente foi amplamente utilizado.

Ocorre que, com a edição do Código Civil de 2002, tal simulação passou a ser expressamente vedada. O art. 1.018, do Código Civil, veda, expressamente, a substituição do administrador no exercício de suas funções.

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

O referido dispositivo legal não proibiu completamente a constituição de mandatários, mas agora esses somente poderiam ter poderes específicos e limitados, não mais amplos poderes de administração geral.

Nesse sentido, a lição de Gisela Sampaio da Cruz e Cana Wainer Chalréo Lgow:

A indelegabilidade dos poderes de gestão não impede, porém, a constituição de mandatários. Trata-se, neste caso, de mandatários da sociedade, e não do órgão administrativo em si, como prevê a parte final do citado artigo 1.018: “(...) sendo-lhe facultado [ao administrador], nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar”. Os mandatários da pessoa jurídica serão simples procuradores, que atuarão em seu nome na realização de certos atos, mas não serão considerados órgãos sociais. (CRUZ; LGOW; 2014, p. 168)

Não obstante, mesmo diante de expressa vedação legal, os Tabelionatos de Notas continuaram a emitir procurações nesses moldes. Esse foi o quadro que levou Conselho Nacional de Justiça a editar o Provimento nº 42/2014 e o Departamento de Registro Empresarial e Integração a expedir a Instrução Normativa nº 28/2014.

2 O DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

2.1 UMA VISÃO SOBRE O DREI

O Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) é um órgão do Governo Federal que tem como sua principal finalidade normatizar e fiscalizar o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Leiloeiros, Tradutores Públicos e Intérpretes Comerciais, Trapicheiros e Administradores de Armazéns Gerais).

As atribuições do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) estão definidas no Art. 4º, da Lei 8.934/1994:

Art. 4º O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços tem por finalidade:

I - supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

II - estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

III - solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas mercantis, baixando instruções para esse fim;

IV - prestar orientação às Juntas Comerciais, com vistas à solução de consultas e à observância das normas legais e regulamentares do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

V - exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e infrações das respectivas normas, e requerendo tudo o que se afigurar necessário ao cumprimento dessas normas;

VI - estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e sociedades mercantis de qualquer natureza;

VII promover ou providenciar, supletivamente, as medidas tendentes a suprir ou corrigir as ausências, falhas ou deficiências dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

VIII - prestar colaboração técnica e financeira às juntas comerciais para a melhoria dos serviços pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

IX - organizar e manter atualizado o cadastro nacional das empresas mercantis em funcionamento no País, com a cooperação das juntas comerciais;

X - instruir, examinar e encaminhar os processos e recursos a serem decididos pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, inclusive os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais;

XI - promover e elaborar estudos e publicações e realizar reuniões sobre temas pertinentes ao registro público de empresas mercantis e atividades afins;

XII - especificar, desenvolver, implementar, manter e operar, em articulação e observadas as competências de outros órgãos, os sistemas de informação relativos à integração do registro e à legalização de empresas, incluída a Central Nacional de Registros.

2.2 UMA VISÃO SOBRE O CNJ

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A introdução do art. 103-B na Constituição Federal apresentou a constituição do Conselho Nacional de Justiça, sua composição e atribuições.

O caput do art. 103-B, da Constituição Federal, e seus três primeiros parágrafos versam especificamente sobre a composição do Conselho Nacional de Justiça.

Como se pode deprender da simples leitura do referido texto legal, o Conselho Nacional de Justiça possui uma composição mista, com membros do Poderes Judiciários Federal e dos Estados, Ministérios Públicos Federais e Estaduais, Advogados e dois membros indicados pelo Poder Legislativo.

Essa composição encontra alguma resistência dentro do meio jurídico, uma vez que poderia refletir uma ingerência do Poder Legislativo no Poder Judiciário. A questão, todavia, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/Distrito Federal¹.

A esse respeito, preleciona Caio Rocha Moreira:

Quanto à denominação dada ao controle exercido pelo CNJ, chamá-lo de controle externo é equivocado, vez que de externo nada possui, sendo ele parte integrante do Poder Judiciário. Recebeu essa inadequada denominação pelo fato de possuir uma formação híbrida. Porém sua maioria é de membros da magistratura, sua formação híbrida tem como intuito evitar o corporativismo (MOREIRA, 2012).

Além disso, permite-se na sua composição membros externos ao Poder Judiciário uma vez que Conselho Nacional de Justiça não detém competência para exercer a atividade jurisdicional, uma vez que possui caráter eminentemente administrativo.

A instituição do Conselho Nacional de Justiça, todavia, não tinha como objetivo apenas manter a independência já constitucionalmente prevista do Poder Judiciário. Nas palavras de Marcos Vinicius Martins Castro e Mariana Mello Santos, o referido órgão também visava:

1 De acordo com o julgamento da ADIN, o Conselho seria composto majoritariamente por membro oriundos do Poder Judiciário, nomeados sem interferência direta dos demais Poderes.

Garantir a unicidade do Poder Judiciário, através do controle das atividades administrativas e financeira, além da observância dos deveres funcionais por parte dos juízes, com o escopo de melhorar a atividade jurisdicional e sanar os vícios históricos que manchavam a sua imagem (CASTRO; SANTOS, 2011)

Para cumprir tais funções, o § 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal, traz as atribuições estabelecidas pelo constituinte derivado para o Conselho Nacional de Justiça:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

De acordo com o entendimento majoritário dentro da doutrina, o Conselho Nacional de Justiça possui natureza administrativa, com o papel de exercer controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como sobre a atividade funcional dos juízes.

2.3 O PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Visando assegurar que o Conselho Nacional de Justiça possa atingir os fins para os quais foi criado, o constituinte derivado permitiu que esse pudesse expedir atos regulamentares no âmbito da sua competência, bem como adotar providências necessárias para o cumprimento da lei. Nas palavras do i. Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1137), “competência de grande significado institucional, nesse contexto, é aquela referente à expedição de atos regulamentares. É uma das atribuições que, certamente, tem ensejado maiores contestações e polêmicas”.

Parte da doutrina entende o CNJ possa expedir apenas atos normativos que regulamentem leis já devidamente aprovadas pelo Congresso. Nesse sentido, a lição de Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck:

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos

direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito. (CLÈVE; SARLET; STRECK, 2006)

De outra ponta, há entendimento de que o constituinte derivado outorgou ao Conselho Nacional de Justiça a competência para a edição de atos normativos primários e abstratos, com efeitos semelhantes à lei.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/Distrito Federal, reconheceu que o Conselho Nacional de Justiça possui o poder de expedir atos de natureza normativa primária.

Trata-se de decisão controversa – houve divergência no próprio julgamento² – que necessitou de uma enorme elasticidade interpretativa e que provocou uma série de problemas como os discutidos no presente texto.

3 O PROVIMENTO Nº 42/2014 DO CNJ E A INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 28/2014

O Provimento nº 42/2014 do Conselho Nacional de Justiça e a Instrução Normativa nº 28/2014 do Departamento de Registro Empresarial e Integração são normas complementares. Ambas as legislações

2 O Ministro Marco Aurélio deixou consignado que o Conselho Nacional de Justiça não possui competência legiferante. Em outras palavras, não possui poder normativo a ponto de substituir o Congresso Nacional na expedição de atos dessa natureza, uma vez que o texto do § 4º, do art. 103-B, seria claro quanto a tal impossibilidade.

versam sobre a questão de procurações relacionadas à administração de determinadas entidades.

A primeira estabelece a obrigatoriedade dos Tabelionatos de Notas em encaminhar à respectiva Junta Comercial, para averbação junto aos atos constitutivos da empresa, cópia do instrumento de procuração outorgando poderes de administração, de gerência dos negócios, ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, sociedade empresária ou cooperativa.

PROVIMENTO Nº 42 DE 31 DE OUTUBRO DE 2014.

Dispõe sobre a obrigatoriedade do encaminhamento e da averbação na Junta Comercial, de cópia do instrumento de procuração outorgando poderes de administração, de gerência dos negócios, ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresarial, de sociedade simples, ou de cooperativa, expedida pelos Tabelionatos de Notas.

A CORREGEDORA NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, resolve:

Art. 1º Os Tabelionatos de Notas deverão, no prazo máximo de três dias contados da data da expedição do documento, encaminhar à respectiva Junta Comercial, para averbação junto aos atos constitutivos da empresa, cópia do instrumento de procuração outorgando poderes de administração, de gerência dos negócios, ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, sociedade empresária ou cooperativa.

Art. 2º Esse Provimento entra em vigor na data de sua aplicação.

Já a segunda determina que as Juntas Comerciais devem averbar procuração lavrada e encaminhada por Tabelionatos de Notas, que outorguem poderes de administração, de gerência dos negócios e/ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresária ou de cooperativa, utilizando ato e evento próprios para tal finalidade e sem qualquer cobrança pelo serviço.

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI N° 28, DE 6 DE OUTUBRO DE 2014

Dispõe sobre o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais, para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO - DREI, no uso das atribuições que lhe confere o art. 4º do Decreto n° 1.800, de 30 de janeiro de 1996, e o art. 8º, inciso VI, do Anexo I, do Decreto n° 8.001, de 10 de maio de 2013, e

Considerando as disposições contidas nos arts. 1.012 e 1.062 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

Considerando o requerimento anexo ao Ofício n° 232/2014-MP-DFT/PDOT, de 4 de julho de 2014, da Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Tributária, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Ministério Público da União, resolve:

Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina e uniformiza o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais, para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas.

Art. 2º As Juntas Comerciais devem arquivar procuração lavrada e encaminhada por Tabelionatos de Notas, que outorguem poderes de administração, de gerência dos negócios e/ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresária ou de cooperativa, utilizando ato e evento próprios para tal finalidade.

Parágrafo único. Não deverá haver cobrança de preço de serviço por se tratar de documento de interesse público.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Essas normas, a despeito de imbuídas de boas intenções, acabam por agravar ainda mais o quadro, legitimando condutas ilegais e criando novas dificuldades.

3.1 UMA CHANCELA LEGAL PARA UMA CONDUTA ILEGAL

Conforme já apontado acima, o art. 1.018, do Código Civil, proíbe a substituição integral do administrador no exercício de suas funções. Trata-se de conduta, portanto, absolutamente ilegal.

Não obstante, o Provimento nº 42/2014 do CNJ e a Instrução Normativa DREI nº 28/2014 estabelecem que tais documentos devem ser averbados pelas Juntas Comerciais dos Estados.

Saliente-se que a Lei nº 8.934/1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins, expressamente prevê que qualquer documento apresentado para arquivamento deverá ser objeto de análise quanto à legalidade do mesmo, nos termos do seu art. 40.

Art. 40. Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela junta comercial.

§ 1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência.

Ora, como a Junta Comercial pode averbar um documento manifestamente ilegal? Por óbvio não poderia, sob pena de dar um “ar de legalidade” para um documento evidentemente inapto.

Ao invés de coibir uma prática ilegal, o que as mencionadas legislações acabaram por fazer foi chancelar a prática. De forma indireta, revogam o disposto no art. 1.018, do Código Civil, em uma clara invasão de competência.

3.2 O PODER NORMATIVO DO CNJ E O PROVIMENTO Nº 42/2014

De acordo com a lição de Carvalho Filho (2014, p. 57), o poder regulamentar “é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”.

Por essa razão o conceituado jurista ressalta que tal prerrogativa é apenas e tão somente para complementar a lei. Conclui Carvalho Filho (2014, p. 59): “não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo”.

Nesse mesmo sentido José Adércio Leite Sampaio aduz que:

A natureza administrativa é dada pelo rol de atribuições previstas no artigo constitucional 103-B, § 4º, que escapam ao enquadramento, obviamente, legislativo, uma vez que não pode inovar a ordem jurídica como autor de ato normativo, geral e abstrato, e, por submeter-se ao controle judicial, ainda que pelo STF, escapa da feição jurisdicional (SAMPAIO; 2007, p. 263).

Combinando-se a análise dessas definições doutrinárias, bem como próprio texto do inciso I, do art. 103-B, da Constituição Federal, conclui-se que os atos regulatórios expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça deveriam apenas nortear aquilo que já se encontrava previsto em lei.

Essa, todavia, não foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao se debruçar sobre a matéria quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. No entendimento dos Ministros da Suprema Corte, os atos normativos exarados pelo Conselho Nacional de Justiça seriam imbuídos da mesma força normativa que as Leis e, portanto, de natureza primária.

A Constituição Federal elege a Lei como ato normativo primário, considerando como tal o ato normativo expedido por órgão ou órgãos do Poder Legislativo, uma vez que se trata da atividade típica do referido Poder.

Contudo, na visão majoritária dentro do Supremo Tribunal Federal, tal concepção admitiria temporização. Nessa linha, apontou-se que os incisos VII e IX, do art. 52, da Constituição Federal, conferiu ao Senado Federal, excluindo-se a Câmara dos Deputados, o poder para expedir atos normativos de igual hierarquia as leis. Mesmo raciocínio se aplicaria ao poder outorgado pelo art. 62, da Constituição Federal, ao chefe do Poder Executivo para adotar medidas provisórias com força de lei.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar das competências do Conselho Nacional de Justiça, em um enorme esforço de interpretação, entendeu haver ali, uma autorização legal implícita para que o Conselho Nacional de Justiça expedisse atos sem que houvesse, necessariamente, a expedição de lei.

A justificativa seria a importância das competências outorgadas ao Conselho Nacional de Justiça. Entenderam os Ministros da Suprema Corte que negar ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de aplicar a Constituição, seja de forma concreta ou abstrata, acabaria por impossibilitar uma atuação efetiva.

Ocorre que todos os exemplos utilizados para demonstrar a tese de contemporização do sistema legislativo possuem expressa previsão constitucional. Enquanto que o poder atribuído ao Conselho Nacional de Justiça seria apenas implícito.

Constitucionalmente, o poder para expedir atos normativos de natureza primária é atribuído ao Poder Legislativo. Em algumas hipóteses, expressamente previstas no texto constitucional, tal atribuição é estendida ao Poder Executivo. Não há, todavia, qualquer hipótese explícita de extensão para o Poder Judiciário.

Independentemente da leitura que se dê sobre a matéria, o fato é que o Provimento no 42/2014 do Conselho Nacional de Justiça revela-se manifestamente ilegal.

Para aqueles que entendem que o Conselho Nacional de Justiça apenas pode expedir atos normativos que regulamentem leis já devidamente aprovadas pelo Congresso, o Provimento nº 42/2014 é de plano ilegal. Isso porque não regula qualquer legislação já existente, mas sim inova, extrapolando por completo a sua competência.

De outra ponta, para aqueles que entendem que o constituinte derivado outorgou ao Conselho Nacional de Justiça a competência para a edição de atos normativos primários e abstratos, com efeitos semelhantes à lei, essa se limitaria à edição de atos ainda não disciplinados em lei. A competência do Conselho Nacional de Justiça, seja ela de qual natureza for, não permite a revogação de legislação aprovada pelo Congresso.

Ocorre que, ao baixar o Provimento nº 42/2014 e estabelecer a obrigatoriedade de averbação de um documento manifestamente ilegal, o Conselho Nacional de Justiça acabou editando ato que contraria

frontalmente o disposto 1.018, do Código Civil. O mesmo pode se dizer da Instrução Normativa DREI nº 28/2014, intrinsecamente ligada ao Provimento nº 42/2014.

3.3 AVERBAÇÃO GRATUITA SEM PREVISÃO LEGAL

Conforme já mencionado, o Provimento nº 42/2014 do CNJ e a Instrução Normativa DREI nº 28/2014 determinam a averbação de procurações que outorguem poderes de administração, de gerência dos negócios e/ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresária ou de cooperativa, sem qualquer forma de cobrança pelo serviço.

Os dispositivos legais apontados, portanto, impõem ônus às Juntas Comerciais sem que exista qualquer previsão para tanto em Lei no sentido estrito. Além disso, tal disposição contraria diretamente o disposto na Lei 8.934/94.

A Junta Comercial, no exercício de suas funções, garante a publicidade, autenticidade e segurança dos atos jurídicos, bem como proceder com a atualização do cadastramento, proteção do nome empresarial e avaliação formal da possibilidade de deferimento dos documentos levados a arquivamento.

Tais funções, todavia, não são gratuitas. Diversos dispositivos da Lei 8.934/94, tais como os arts. 29, 37 e 40, mencionam especificamente que os serviços são prestados mediante pagamento.

Art. 29. Qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido.

Art. 37. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

(...)

IV - os comprovantes de pagamento dos preços dos serviços correspondentes;

(...)

Art. 40. (...)

§ 3º O processo em exigência será entregue completo ao interessado; não devolvido no prazo previsto no parágrafo anterior, será considerado como novo pedido de arquivamento, sujeito ao pagamento dos preços dos serviços correspondentes.

No tocante à isenção de custos, o parágrafo único, do art. 55, da mesma Lei, estabelece de forma expressa que essa somente pode ser estabelecida por Lei.

Art. 55 (...)

Parágrafo único. As isenções de preços de serviços restringem-se aos casos previstos em lei.

Trata-se aqui, obviamente, de Lei em sentido estrito e não qualquer forma regulamentação legal.

Ao prever a realização de um serviço por parte das Juntas Comerciais, sem que a isenção de preço estivesse devidamente prevista em uma Lei em sentido estrito, o Provimento nº 42/2014 do CNJ e a Instrução Normativa DREI nº 28/2014, mais uma vez, violariam o princípio da legalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto, resta evidenciado que o Provimento nº 42/2014 do CNJ e a Instrução Normativa DREI nº 28/2014, não obstante imbuídas de boas intenções, são dotadas de vícios insanáveis.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado com o objetivo principal de exercer um controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como sobre a atividade funcional dos juizes. Visando tal objetivo, foram atribuídos poderes normativos ao CNJ.

Tais poderes, conforme exposto ao longo do texto, deveriam ser apenas e tão somente de natureza secundária. A teoria da separação dos poderes estabelece seus limites na atuação típica de cada um dos Poderes da República. Para que se possa transpor tais delimitações é necessária a presença de expressa autorização constitucional. Se assim não fosse,

o conflito na atuação dos Poderes seria uma possibilidade constante, prejudicando a liberdade dos cidadãos.

No entanto, não foi essa a leitura dada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/Distrito Federal.

Em um esforço de interpretação hercúleo, baseado em uma suposta vontade implícita do constituinte derivado, foi atribuído ao Conselho Nacional de Justiça uma capacidade legislativa primária, possibilitando a expedição de atos com mesma força normativa das leis.

Não obstante, ainda que superada tal questão, o Provimento nº 42/2014 do CNJ e, conseqüentemente, a Instrução Normativa DREI nº 28/2014, não se sustentam.

Tais normas não podem ser utilizadas para legitimar uma conduta expressamente vedada por lei. A procuração com amplos poderes para gestão de sociedade limitada ou empresa individual de responsabilidade limitada é proibida pelo art. 1.018, do Código Civil. Regulamentações emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração não podem contrariar o que prevê o Código Civil.

A situação revela-se ainda mais catastrófica, porque sequer resolve efetivamente o problema que se propunha a enfrentar. Ambas as regulamentações foram emitidas para dar publicidade à gestão da empresa. No entanto, não mencionam questões como o substabelecimento de poderes e nem sobre a revogação desses. Ainda que aplicadas, as questões relacionadas à gestão continuariam obscuras.

Na realidade, tais normas jamais deveriam ter aventado a possibilidade de averbação de procuração de amplos poderes. Ao invés de chancelar tal conduta, deveriam ter justamente reforçado a sua ilegalidade.

Agravando ainda mais a situação está a determinação de que a averbação deve ser realizada sem qualquer contraprestação. Trata-se de obrigação manifestamente ilegal, eis que viola o disposto no parágrafo único, do art. 55, da Lei 8.934/94.

Entende-se a necessidade de se tentar dar o máximo de publicidade a respeito dos efetivos responsáveis pela gestão das empresas, mas isso não pode ser feito ao arpejo da Lei.

A regulamentação deveria ter reforçado a proibição já prevista no Código Civil, determinando que os Tabelionatos de Notas não mais

emitissem procurações com amplos poderes referentes à gestão de empresas.

REFERÊNCIAS

BALBINO FILHO, Nicolau. Registro de Imóveis, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 42, de 31 de outubro de 2014. Dispõe sobre a obrigatoriedade do encaminhamento e da averbação na Junta Comercial, de cópia do instrumento de procuração outorgando poderes de administração, de gerência dos negócios, ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresarial, de sociedade simples, ou de cooperativa, expedida pelos Tabelionatos de Notas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/provimento/provimento_42_31102014_07112014171519.pdf>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n-67-03-03-2009-presidencia.pdf>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução Normativa DREI n. 28, de 6 de outubro de 2014. Dispõe sobre o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais,

para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas. Disponível em: < http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITARIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-28-2014.pdf>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.367-1 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ: 17 mar. 2006, D.REP: 22 set. 2006, Disponível em: <<Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=DF%283367%2ENU-ME%2E+OU+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADC 12-6 Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ: 28 ago. 2008, D.P: 18 dez. 2009, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em 05/02/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12-6 MC Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ: 12 fev. 2006, D.P: 01 set. 2006, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>>. Acesso em: 05/02/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20381,41046-Os+limites+Constitucionais+das+resolucoes+do+Conselho+Nacional+de>>. Acesso em: 05/02/2019.

CRUZ, Gisela Sampaio da; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Notas sobre a administração das sociedades limitadas. In: PERES, Tatiana Bonatti. Temas Relevantes de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- MARTINS CASTRO, Marcos Vinícius; SANTOS, Mariana Mello. O Poder Normativo do Conselho Nacional de justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/ DF. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1480/1161>>. Acesso em: 05/02/2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010.
- MOREIRA, Caio Rocha. O Conselho Nacional de Justiça e o controle externo do judiciário. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/22514/o-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-o-controle-externo-dojudiciario#ixzz2O79PM3dZ>>. Acesso em: 05/02/2019.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A PROPRIEDADE PRIVADA: ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E A FUNÇÃO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Introdução:

O direito fundamental à propriedade privada é reconhecido de forma unanime nos textos constitucionais, mas a partir da transmutação do Estado liberal para o Estado social muitas constituições inseriram no seu âmago a denominada *função social*. Neste sentido, este texto apresenta-se em sentido crítico a essa corrente doutrinal, pelo que estando cientes da controvérsia de tal afirmação, julgamos útil a discussão da colocação do problema da justificação da propriedade privada entre o fundamento da liberdade individual e da *função social*, em que adiantamos seguir a primeira perspetiva. Isto é, vemos como fundamento interno da propriedade privada a liberdade individual, e não a sua hipotética *função social*.

O conteúdo dos pontos seguintes tem por fundamento a observação e estudo da questão sob a perspetiva da Constituição da República Portuguesa, estando certos que não existe total unanimidade quanto à questão da *função social*. Para tanto, mostra-se necessário que comecemos pela concetualização da propriedade privada, para delimitação do seu conteúdo, compreendendo a ampliação da sua dimensão, enquanto elemento estruturante da constituição económica, inserida no seio da

constituição portuguesa. Por isso, se afirmar que a garantia constitucional no âmbito do direito privatístico passou a abranger os direitos reais menores, a posse, os direitos industriais, os direitos de autor e ainda os direitos de crédito.

Embora venhamos assumir que, em termos gerais, o direito à propriedade privada não está limitado na sua fundamentação interna pela *função social*, ao contrário do que resulta de outros textos constitucionais, ou seja, que não existe uma funcionalização social da propriedade, com pequenas exceções, visto que este direito fundamental não deixa de conhecer limitações. Essas limitações estão constitucionalmente consagradas, de modo a evidenciar aquilo que seja permitido, sem nunca consagrar uma funcionalização estrutural ou interna do direito de propriedade a fins de interesse geral. Portanto, o legislador constituinte português não constitucionalizou a denominada *função social*, que é possível vislumbrar nas constituições alemã, italiana e espanhola, embora nos casos limitativos, previstos no texto constitucional, – requisição e expropriação – se verifique a transformação da garantia individual da propriedade privada em garantia do valor do direito (ou parte dele) restringido.

1. A concetualização da propriedade privada

Na esteira do entendimento clássico a propriedade privada é vista como um elemento identificador e diferenciador da cultura ocidental, nomeadamente, como garante da liberdade individual dos indivíduos, tanto enquanto elementos de uma sociedade, na sua relação com os demais cidadãos, como face ao poder político. Porém, a visão acerca do conceito de propriedade individual não é estanque e evoluiu ao longo dos séculos, em particular no período do liberalismo ocidental, dos séculos XVII e XVIII, bem como, com o advento do Estado Social no século XX. Na atualidade, a pós-modernidade leva a que algumas linhas de pensamento pretendam justificar a existência da propriedade privada com fundamento na *função social* da mesma.

A propriedade privada apresenta-se como fundamental para o adequado funcionamento da sociedade, porque através dela se permite ao indivíduo realizar escolhas, assumindo uma posição de responsabilidade pessoal. Pelo que ao garantir-se essa possibilidade de escolha almeja-se

atingir a liberdade e a autonomia individual. Logo, sempre que existe uma limitação da liberdade individual acentua-se o risco de fenómenos como a escravidão, a ditadura ou a *paternalização* por parte do Estado, em prejuízo da liberdade.

As diferentes concepções modernas assentam, por um lado, na propriedade como uso e, por outro, como aquisição. No primeiro caso, a propriedade tem para o Estado um duplo efeito contraditório, tanto é por ele criada, como o mesmo fica na dependência dos proprietários, no sentido que não existe cidadão sem que o mesmo seja também proprietário. Como bem refere Miguel Nogueira de Brito (2010, p. 11), esta visão encerra uma “visão estática e na respetiva distribuição pelo poder político”. No segundo caso, a posição é distinta, aparecendo como protetor da aquisição da propriedade pelo indivíduo, o que resulta de uma aceção dinâmica do comportamento individual dos indivíduos. Ora, imanente a cada uma destas concepções estão distintos princípios, enquanto a propriedade pelo uso se concentra num princípio de justiça, a segunda é expressão do princípio da liberdade, enquanto autonomia da vontade do indivíduo.

É esta segunda concepção que encontramos vertida na Constituição da República Portuguesa, desde logo, no seu artigo 62.º. Pois, como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007) este direito compreende “uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens”. Pretendem os autores dizer que dessa relação produzem-se efeitos para os demais cidadãos, de onde resultará um dever desses cidadãos não colocarem em causa o direito de propriedade de outrem. Essa obrigação deve ser assegurada pelo Estado e, do ponto de vista infraconstitucional, pelo direito privado. Assim, apesar da recordação histórica a que o preâmbulo faz referência quando fala do caminho para uma sociedade socialista, que mais não é do que um mero elemento histórico, sem aplicação prática, da referenciada disposição constitucional, existe um conjunto de garantias constitucionais, no sentido que se garante o direito de aquisição de bens patrimoniais; o direito a não ser dela arbitrariamente privado; o direito de o transmitir³ e o correspondente direito de uso e fruição da propriedade.

3 Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/05, de 16 de março de 2005. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. Acórdãos. Acórdão n.º 148/05. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://>

Este entendimento é um corolário do princípio da liberdade, enquanto ligação entre a propriedade e a liberdade.

Por seu lado, este direito implica o aproveitamento dos respetivos bens, o que levou o legislador a autonomizar a requisição, que conforme resulta do n.º 2 do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa fica dependente do pagamento da justa indemnização. Esta circunstância é consequência de o direito de aproveitamento ter sido limitado, o que é visto como uma exceção, razão pela qual as limitações ao direito à propriedade privada não devem ser encaradas como consubstanciando a regra geral, devendo antes ser recusadas por princípio⁴. Por fim, cabe referir que esse direito de propriedade à luz do pensamento constitucional português encontra ainda fundamento na dignidade da pessoa humana, que lhe garante uma posição jurídica apenas em benefício, como último garante das pessoas individuais e, que, portanto, se eleva contra os poderes públicos e não apenas nas relações intersubjetivas, reguladas pelo direito privado, entre os distintos cidadãos⁵.

Na estruturação económica, o princípio da propriedade privada também se apresenta como fundamental, enquanto elemento essencial a garantir a liberdade económica, que tantas vezes é mitigada, face aos direitos sociais, mas que não deixa de constituir um direito fundamental, e assim reconhecido expressamente pela Constituição da República Portuguesa. Aliás, se a dita constituição consagra abertamente nas suas normas materiais, e não nos seus restos históricos, o modelo de economia de mercado e de livre circulação dos fatores de produção, numa evidente assunção do modelo capitalista, ainda que com elementos sociais, necessariamente a propriedade privada teria de encontrar uma forte defesa. Assim sendo, este modelo encerra a visão de que os privados têm uma primazia na aquisição,

www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050148.html>.

4 Neste sentido, veja-se: MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Coimbra: Almedina, 1992, p. 302.

5 Neste sentido, veja-se: Andrade, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 96 a 111; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1244 [Anotação ao art.º 62.º da Constituição da República Portuguesa]; BRITO, Miguel Nogueira de. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra: Almedina, 2007, p. 846.

uso e liberdade de fruição dos bens patrimoniais, mesmo que contra os interesses do Estado e de terceiros. Pelo que a propriedade pública deve ser vista com mera natureza subsidiária, cuja sua justificação implica a existência de uma exigência que convoque a aplicação do princípio do interesse público, o qual deverá ainda assim respeitar sempre o princípio da proporcionalidade, ínsito no caso português no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Tal como resulta da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, a proteção da propriedade privada tem em consideração o plano individual, garantindo a defesa do indivíduo face a intromissões ilegítimas do poder público. Igualmente, tem em consideração o plano coletivo, pela perspetiva que existe uma sociedade civil diferenciado do Estado, baseada na ideia de defesa da autonomia na aquisição privada de bens patrimoniais, de modo a permitir o estabelecimento de relações económicas fora do âmbito do poder público⁶.

Por outro lado, importa ainda ter presente que o referenciado artigo 62.º, da Constituição da República Portuguesa, é apto a abranger as posições jurídicas subjetivas de natureza patrimonial, e não de natureza pessoal. Contudo, o objeto do direito fundamental à propriedade privada como refere Gomes Canotilho (2007, p. 800) “não se limita ao universo das coisas”, pelo que o conceito constitucional não coincide em absoluto com o conceito civilístico clássico, um vez que o primeiro não estabelece o que seja a propriedade, deixando essa tarefa em particular para o direito privado civilista. Esta circunstância não leva a que a normatividade constitucional não absorva o conceito legal de propriedade, colocando-se, antes o problema, nas distintas perceções e conceções privatistas de propriedade. Como resulta do pensamento de Oliveira Ascensão (1983, p. 382), a propriedade pode ser vista sob várias perceções, como seja: tudo aquilo que um indivíduo tenha legitimamente adquirido, e esteja na sua livre disponibilidade; os direitos patrimoniais em geral; todos os direitos reais; um direito real específico; ou o de objeto de um direito real.

6 Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 421/09, de 13 de agosto de 2009. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. Acórdãos. Acórdão 421/09. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090421.html>>.

Seja qual for o entendimento que se tenha sobre o que seja o conceito de propriedade, tal não autoriza a modifica-lo de tal forma que a definição de propriedade, tão essencial ao direito fundamental à propriedade privada, seja feita ao arpejo do sentido constitucional deste último direito⁷.

2. O conceito de propriedade privada numa visão atualista

Na atualidade o conceito constitucional de propriedade privada assume uma natureza de grande amplitude, uma vez que na linha de pensamento de João Pacheco de Amorim (2014, pp. 230-231), o mesmo abrange o direito real de propriedade, mas ainda outros direitos de cariz patrimonial⁸. Como referido autor refere “tal alargamento acompanhou a transformação das relações económicas na sociedade contemporânea ditadas pela segunda revolução industrial (...)” (AMORIM, 2014, pp. 230-231), quando os indivíduos se passaram a ver constrangidos pelo aumento exponencial da intervenção do Estado (poder público), na transição do Estado liberal para o Estado Social. Para reequilibrar a defesa do direito à propriedade privada e, por inerência, da liberdade individual, a amplitude da garantia foi alargada no âmbito do direito privado a outros direitos patrimoniais, como os direitos de crédito⁹, os direitos reais menores, a posse, os direitos industriais e os direitos de autor.

3. A questão da função social da propriedade

A questão que se pode colocar no direito fundamental à propriedade privada é se este terá natureza absoluta ou, se pelo contrário comporta a existência de limites. Neste aspeto avulta a problemática de saber se

7 Neste sentido, veja-se: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. op. cit., 2010, p. 1246.

8 Neste sentido, segue também o pensamento de RUI MEDEIROS - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2001; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. op. cit., 2010.

9 Neste sentido, veja-se: WOLF, Martin. Reichsverfassung und Eigentum, in Festgabe für Wilhelm Kahl. Tübingen, 1923, pp. 2-29. Com o mesmo entendimento veja-se ainda: ASCEN-SÃO, Oliveira. A violação da garantia constitucional de propriedade por disposição retroativa, in Revista dos Tribunais, ano 91, nºs 1883, 1884 e 1885, Jul., Out. e Nov. 1971, p. 16.

a Constituição da República Portuguesa incorpora materialmente na constitucionalização deste direito um limite decorrente da hipotética *função social* da propriedade. Pois, autores como Miguel Nogueira de Brito (2010, p. 60) referem que enquanto a conceção de propriedade no direito civil – direito privado – seria individualista (conceção individualista), já no direito constitucional estaria presente a ideia de uma *função social* (conceção social). Ora, ambas as conceções não são absolutamente estanques, encontrando-se a solução dialética na tensão entre a liberdade do indivíduo, que será sempre o fundamento de partida, e a eventual obrigação para com a sociedade. Esta contraposição parece ser bastante ilusória, pela inexistência histórica de qualquer conceção minimamente estruturada de propriedade social. Assim, o que existe é apenas a invocação do princípio social, presente na conceção de Estado social¹⁰, que poderá limitar a propriedade, uma vez que a propriedade privada é por natureza inelutável sempre individualista.

A observação do artigo 62.º, da Constituição da República Portuguesa, ao contrário de outros textos constitucionais, permite retirar a conclusão que não está consagrada a dita *função social* da propriedade privada, nem se encontram consagrados quaisquer limitações que não aquelas que estão consagradas no n.º 2 do artigo 62.º, da Constituição da República Portuguesa. Isto é, a requisição e a expropriação por utilidade pública. Assim, ainda que não seja um direito absoluto, por força destes constrangimentos, o mesmo é de conteúdo forte, não sofrendo do constrangimento de uma hipotética *função social* da propriedade. Na realidade, ao contrário do que sucede com outros direitos da constituição, este, em particular, não ficou sujeito à possibilidade de o poder público atuar para a salvaguarda do bem geral. Este posicionamento, que se apresenta como o mais consentâneo com a defesa da liberdade individual, distingue-se das opções adotadas nas constituições alemã, italiana ou espanhola¹¹. Portanto, o legislador português teve uma vontade expressa de

10 O princípio social está presente na Constituição de República Portuguesa, como seja desde logo o artigo 1.º, quando se refere a uma sociedade justa e solidária; o artigo 2.º a propósito da realização de uma democracia social; o artigo 9.º a propósito da definição de fins sociais do Estado, mas igualmente as disposições mais específicas a propósito dos direitos sociais (artigo 58.º e seguintes).

11 Segundo a Constituição da República Italiana “a propriedade privada é reconhecida e

não prever na constituição a referida *função social*¹², o que julgamos o mais correto e adequado face à indeterminação de tal conceito. Isto leva a que seja vista nos Estados que a constitucionalizaram com um teor meramente programático, declaratório. Isto conduz a que alguma doutrina italiana e espanhola a se referir a ela como uma “fórmula mágica para corrigir todos os desequilíbrios da sociedade” (DE LOS MOZOS, 1993, p. 131)¹³.

garantida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, de gozo e os limites como o fim de assegurar a função social” [artigo 42.º] – SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Constituição da República Italiana. Roma. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Por seu lado, a Constituição do Reino de Espanha, depois de estabelecer que é reconhecido o direito à propriedade privada e à herança, dispõe que “A função social destes direitos delimitará o seu conteúdo, de acordo com as leis” [artigo 33.º] – SENADO DE ESPAÑA. Constituição Espanhola. Madrid. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>>.

12 A posição assumida pela Constituição da República Portuguesa segue o posicionamento do artigo 1.º, do Protocolo Adicional n.º 1, à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e do artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo a primeira disposição “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas na lei e pelos princípios gerais de direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de por em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou multas.” – CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos direitos do homem: convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Lisboa: Revista Intervenção Social, número especial: “Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/is/article/view/1219/1330>>. Segundo o segundo “Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstas por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada na medida do necessário ao interesse geral.” – UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

13 A visão mais crítica decorre da doutrina italiana de: MATTEI, Ugo. I diritti reali – la proprietà, in *Tratatto di Diritto Comparado*, dir. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, 1992.

Porém, sob a perspectiva constitucional o direito à propriedade privada é garantido de forma limitativa, pela utilização no artigo 62.º, da expressão “nos termos da constituição”. Isto significa que o direito é garantido, mas não de qualquer forma, pelo que não é possível de o ver com caráter absoluto, pela necessidade de o compatibilizar com outros direitos fundamentais e interesses previstos na Constituição da República Portuguesa. Em causa estão limites expressos, como aqueles que resultam da propriedade dos meios de produção, mas igualmente de regras e princípios sem previsão expressa, como sejam os decorrentes da constituição fiscal e de determinados direitos sociais, consagrados para defesa de matérias como o ambiente e o património cultural¹⁴.

Regressando à mencionada *função social* da propriedade a que alguns textos constitucionais fazem referência, a mesma não pode ser vista como um instrumento para a concretização do interesse geral, em que o próprio direito à propriedade privada teria igualmente quanto à sua estruturação como fundamento a utilidade social, em conjunto com o desenvolvimento da personalidade, baseada na ideia de liberdade individual. Esta perspectiva do nosso ponto de vista deve ter-se por afastada, porque nesse caso teríamos como afirma João Pacheco de Amorim (2014, p. 235) “a consagração de um direito «socialmente vinculado», de uma posição à partida funcionalizada ao interesse coletivo”. Este direito deve antes ser visto como uma proteção contra os poderes públicos, baseado na defesa da liberdade individual e na autonomia da vontade do indivíduo titular do direito.

O direito constitucional português assumiu nesta matéria não o propósito da utilidade social, enquanto instrumento equilibrador das desigualdades económicas e sociais, mas antes, se configura como garante da liberdade individual, pelo que se apresenta como um direito especial de personalidade, enquanto elemento essencial à formação, desenvolvimento e dignidade do indivíduo, ainda que sujeito como referimos a alguns limites externos, fruto das interconexões que se estabelecem com outros direitos e interesses com relevância

14 Neste sentido, veja-se: CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 802.

constitucional¹⁵. Pois, como resulta do texto constitucional, em especial do artigo 62.º, n.º 2, existe uma legitimação do poder público para restringir o direito fundamental à propriedade privada, quando fundado no interesse ou na utilidade pública, nomeadamente, por via de atos administrativos como a requisição ou a expropriação, que consistem em limitações temporárias ou definitivas da propriedade privada. Contudo, essa privação não está na absoluta disponibilidade dos poderes públicos, dependendo da atribuição da justa indemnização, pelo que não sendo garantido com carácter absoluto o direito à propriedade privada, garante-se ainda assim o direito ao valor do direito sacrificado.

Portanto, num esforço de ainda encontrar alguma utilidade para o conceito de *função social* no direito à propriedade privada, na esteira do pensamento de João Pacheco de Amorim (2014, p. 237), o único sentido resultaria:

“de exprimir uma maior amplitude e intensidade de restrições constitucionalmente admitidas, em termos análogos aos do direito à livre iniciativa económica – mas que traduzem limites sempre e ainda externos ao próprio direito, e não propriamente a sua funcionalização”¹⁶

Em sentido contrário, embora não mereça a nossa concordância, porque julgamos efetuada ao arpejo do texto e do espírito do legislador constitucional, posicionou-se Rui Medeiros (2010, p. 1225), que defende que a *função social* faz parte da própria essência da propriedade, no sentido que:

15 A este propósito MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIRA, entende tratar-se de “uma liberdade enfraquecida, diminuída, porque sujeita a um número de restrições bem superior ao que normalmente onera os demais comportamentos” - *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 543.

16 Este autor apenas admite a funcionalização do direito de propriedade no que respeita aos solos rurais, com aptidão agrícola, florestal ou geológica, em que resulta da Constituição da República Portuguesa um dever de exploração. Nesta situação muito particular está presente a ideia de fundamento interno do direito de propriedade para finalidades de interesse geral, tal como resulta da articulação do artigo 88.º com os artigos da política agrícola – artigos 93.º a 98.º da Constituição da República Portuguesa – fruto de os mesmos se verem como meios de produção.

“vincula o proprietário a uma utilização socialmente justa dos bens que são objeto do seu direito, introduzindo, pois, na esfera interna do próprio direito um interesse social que pode não coincidir com o interesse individual do proprietário”.

Ainda assim, a questão da *função social* não está totalmente encerrada, tendo em conta o posicionamento do Tribunal Constitucional, que aceita a restrição do direito à propriedade privada, quando fundado numa “justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional”¹⁷, bem como, que tais constrangimentos ao direito se mostrem, por um lado, necessários e adequados às finalidades em causa e, por outro, exista proporcionalidade entre a limitação e o outro direito a ser salvaguardado.

Conclusão

Do referido, ainda que se admita a autonomia do princípio social ou «questão social», não permite nem autoriza que se veja a propriedade privada fora do âmbito da liberdade individual, pelo que qualquer ideia de abolição é inadmissível, embora o mesmo esteja sujeito a limitações constitucionais. Isto é, quando tendemos a afastar a consagração da *função social* da Constituição da República Portuguesa, que não o fizemos em absoluto, não pretendemos defender a fruição da propriedade como bem aprouver ao indivíduo. Na realidade, questões ambientais de preservação da própria espécie humana, como garante das gerações futuras, bem como o interesse e utilidade pública, justificam que o direito à propriedade privada possa ser limitado.

Portanto, a conceção de propriedade privada que defendemos assenta na estreita ligação desta com a liberdade individual, sem deixar de responsabilizar os indivíduos pelos seus comportamentos na fruição da propriedade, o que inclusivamente já era um pressuposto da conceção liberal, em que a liberdade implica a existência de responsabilidade.

17 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 391/02, de 2 de outubro. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. Acórdãos. Acórdão 391/02. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020391.html>>.

No que concerne à *função social*, na sua concretização à luz da Constituição portuguesa, resulta a existência de posições antagónicas, parecendo-nos mais adequada a linha que defende que será excessivo ver implícito no artigo 62.º, na referência que faz a “nos termos da Constituição”, a ideia de *função social* da propriedade privada. Ora, houve uma vontade totalmente distinta daquela que presidiu à constituição alemã, que no seu artigo 14.º, n.º 2, dispõe que: “a propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem-estar geral”¹⁸, uma vez que a sua redação não se lhe faz referência, e os limites que consagra referem-se ao interesse e utilidade pública na requisição e expropriação.

Daqui não resulta que o princípio social, previsto na Constituição da República Portuguesa, não possa atuar no sentido do legislador vir a concretizar tal *função social*, como o faz por via da tributação do património, mas tal é diferente de defender que a propriedade privada tem como fundamento interno o funcionalismo social para a legitimar. Não se torna possível sustentar a mencionada funcionalização por substituição da liberdade individual, que é o verdadeiro fundamento que a justifica. Portanto, até admitimos como válida a referência à *função social* numa perspetiva não jurídica, enquanto um imperativo ético-moral individual, mas que como bem se compreenderá não lhe será na maioria das situações vinculativo. A intervenção legislativa não se deixa de justificar, tendo uma especial importância no seio do direito privado, quanto às regras da aquisição e à capacidade para os indivíduos serem proprietários.

Consequentemente, se a *função social* é o resultado de uma tentativa de trazer para a comunidade os recursos decorrentes da propriedade privada, torna-se evidente que “o princípio da comunidade corresponde ao ponto de partida do qual a função social da propriedade deixa de incumbir ao legislador e passa a constituir apenas um imperativo ético individual” (Brito, 2010, p. 128). É, pois, este o fundamento que conduz a que defendamos a inexistência da *função social* no direito fundamental à propriedade privada no artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa. Na realidade, a sua não constitucionalização não impede que

18 DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

os indivíduos adotem voluntariamente condutas destinadas a eliminar as desigualdades sociais, tão só impede que o legislador imponha aos indivíduos a prática do princípio da comunidade.

Bibliografia

- AMORIM, João Pacheco de Amorim. Direito de propriedade privada e garantia constitucional da propriedade de meios de produção, in **Boletim de Ciências Económicas**, volume LVII, tomo I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ASCENSÃO, Oliveira. A violação da garantia constitucional de propriedade por disposição retroativa, in **Revista dos Tribunais**, ano 91, nºs 1883, 1884 e 1885, Jul., Out. e Nov. 1971.
- BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRITO, Miguel Nogueira de. **Propriedade Privada: Entre o Privilégio e a Liberdade**. Lisboa: Ensaio da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos direitos do homem: convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**. Lisboa: Revista Intervenção Social, número especial: “Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem”. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/is/article/view/1219/1330>>.
- CORREIA, Maria Lúcia Amaral Pinto. **Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DE LOS MOZOS, José Luis. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica**. Madrid: Edersa, 1993.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

MATTEI, Ugo. I diritti reali – la proprietà, in **Tratatto di Diritto Comparado**, dir. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, 1992.

MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SENADO DE ESPAÑA. **Constituição Espanhola**. Madrid. Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>>.

SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA. **Constituição da República Italiana**. Roma. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. **Acórdãos. Acórdão 391/02**. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20020391.html>>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. **Acórdãos. Acórdão n.º 148/05**. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20050148.html>>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. Secção de Jurisprudência. **Acórdãos. Acórdão 421/09**. Lisboa. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20090421.html>>.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias. [Consult. 13 Jul. 2019]. Disponível em WWW:<URL: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

WOLF, Martin. Reichsverfassung und Eigentum, in **Festgabe für Wilhelm Kahl**. Tübingen, 1923.

A SISTEMATIZAÇÃO DO DANO DE DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PELA ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Felipe Ferreira Farias

INTRODUÇÃO

Sobre o dano moral proveniente das relações de consumo o julgamento das demandas empregava comumente o fundamento jurisprudencial do “mero aborrecimento”. Contudo, com a perda do tempo existencial do consumidor, surge na doutrina a teoria do desvio produtivo do consumidor em resposta à “indústria do dano”. Dessa forma, para configurar o dano por desvio produtivo do consumidor é oportuno que este seja adequadamente sistematizado em consonância com a teoria, o que se depreende com a nova percepção jurisprudencial.

Assim sendo, o tema cuida de questão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à baila teoria importante no combate ao dano praticado pela reiterada prática abusiva do fornecedor que desvia tempo existencial do consumidor, tendo grande relevância nas relações de consumo, em conformidade com o CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Na esfera acadêmica, o desvio produtivo do consumidor traz relevante fundamento científico, tanto utilizado estrategicamente por advogados, quanto concretamente importante para a sociedade, afastando o “mero aborrecimento” e agindo preventivamente contra a “indústria do dano”.

Isto posto, o presente artigo propõe analisar os elementos caracterizadores do desvio produtivo do consumidor de modo a sistematizá-lo para a configuração do dano de acordo com a teoria, verificando se isto sustentaria uma jurisprudência contra a “indústria do dano”.

Oportunamente, para uma melhor compreensão, o artigo aqui exposto foi dividido em quatro seções, a saber: primeiramente buscou-se identificar a relação de consumo, assim formando um fundamento jurídico para compor o embasamento fático do dano da perda do tempo existencial; em seguida, procurou-se descrever o dano da perda do tempo do consumidor frente ao suposto “mero aborrecimento”; ato contínuo, pretendeu-se especificar na teoria do desvio produtivo do consumidor os conceitos para efetiva proteção do consumidor frente aos problemas do consumo que resultam na indenização justa e pedagógico-punitiva do dano pela perda do tempo; e, por fim, empreendeu-se examinar estudos jurisprudenciais, realizando a descrição de casos que se adequam ao desvio produtivo do consumidor.

Para tanto, neste trabalho científico, a metodologia aplicada é de caráter qualitativo bibliográfico, apoiando-se na contribuição de autores de livros, periódicos e artigos, além da pesquisa em legislações e jurisprudências atuais.

1 DA RELAÇÃO DE CONSUMO E DO DANO

Ao estabelecer a relação de consumo, com fundamento legal e principiológico do direito pretendido, forma-se a estrutura básica para exposição da lesão da perda do tempo existencial do consumidor.

1.1 DO CONSUMO

De início é preciso situar a relação de consumo estabelecendo o vínculo entre o consumidor e fornecedor, ligados por um produto ou prestação de serviço, amparados pela Lei nº 8.078/1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (PORTO, 2018).

O consumidor pode ser padrão, conforme artigo 2º, *caput*, do CDC, em que o sujeito ativo da relação de consumo é pessoa física ou jurídica que adquiriu produto ou serviço como destinatário final, sendo destinatário fático e econômico segundo a teoria finalista. O consumidor

pode também ser por equiparação, ampliado pelos artigos 17 e 29 do CDC, sendo vítima do evento pelo fato do produto e do serviço.

Por sua vez, o fornecedor é o sujeito passivo, com intenção de obter lucro dentro do mercado de consumo de forma habitual, assim conceituado pelo artigo 3º do CDC.

O artigo 3º, §1º, do CDC trará como objeto do consumo o produto, sendo este “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. E o §2º do mesmo artigo trará como objeto a prestação de serviço (obrigação de fazer) nesse mercado.

Por esse prisma, o Poder Público instrumentaliza a Política Nacional das Relações de Consumo no artigo 5º do CDC, com a presença dos Juizados Especiais Cíveis para a solução dos litígios de consumo com mais celeridade, e com o estímulo ao desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor¹⁹.

Enfatiza-se que o CDC tem atributo constitucional conforme artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e eficácia supralegal nos termos do artigo 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece que o direito do consumidor é um direito fundamental; e o CDC também cumpre o princípio da defesa do consumidor no artigo 170, V, da CRFB/1988, que dispõe sobre a ordem econômica no preceito da justiça social.

Nesse sentido, o artigo 1º do CDC firma a natureza de ordem pública desta norma com grande interesse social. Além disso, pela teoria do diálogo das fontes, o CDC interage com outras normas na defesa dos interesses do consumidor e do bem comum.

1.2 DOS PRINCÍPIOS

Por esse ângulo, devem-se aplicar os princípios do artigo 4º do CDC, a saber: boa-fé objetiva, vulnerabilidade e hipossuficiência.

19 Dentre as associações de defesa do consumidor, destaca-se o PROCON/SP – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo – fundado em 1975 na defesa do consumidor vulnerável, antes mesmo dos dois marcos legislativos sobre o direito do consumidor: a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.078/1990, conforme se depreende na linha do tempo do PROCON/SP, disponível em http://www.procon.sp.gov.br/linha_do_tempo/. Acesso em: 27 mar. 2019.

Pelo princípio da boa-fé objetiva espera-se do fornecedor eticidade, razoabilidade, prudência e respeito ao comportamento em sociedade, nos quais inegavelmente ocorrem reiteradas faltas. Por isso, o CDC consagra a responsabilidade objetiva do fornecedor, respondendo independentemente de culpa (com exceção do profissional liberal, cuja responsabilidade é subjetiva, apurada mediante culpa provada ou presumida, segundo o artigo 14, §4º, do CDC).

Outro princípio aplicado é o da vulnerabilidade do consumidor, vez que este é considerado a parte mais fraca dentro da relação de consumo, sendo uma relação desproporcional, com a vulnerabilidade fática diante da instituição muitas vezes gigante.

Além da vulnerabilidade, o consumidor é capaz de atingir também a hipossuficiência, haja vista que o fornecedor pode conservar a produção de provas técnicas, inalcançáveis para o consumidor em razão de fatores econômicos e sociais.

Nessa seara das provas, o consumidor pode requerer a inversão do ônus da prova, *ope judicis* (por força do direito), com fulcro no artigo 6º, VIII, do CDC, sendo a possibilidade do repasse para o fornecedor o encargo da demonstração de que não foi ele o causador do dano, isto considerando a alegação verossímil do consumidor e/ou sua hipossuficiência. Salienta-se a existência também do ônus da prova *ope legis* (por força da lei) presente nos artigos 12, §3º, 14, §3º e 38, todos do CDC, respectivamente em caso de defeito do produto (fato do produto), defeito do serviço (fato do serviço) e publicidade enganosa ou abusiva, condições em que o fornecedor terá o dever legal de provar que não é responsável pelo dano.

Conjuntamente, há outros princípios do CDC que podem ser invocados, tais como: o princípio da confiança, quando a marca pressupõe grande confiabilidade pelo legítimo anseio do consumidor; o princípio da segurança, quando ocorre o rompimento da expectativa de segurança da relação jurídica como um todo que causa defeito no produto ou serviço; e o princípio da harmonização dos interesses, onde visa-se a harmonia entre o direito do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Além desses princípios, pode-se evocar o princípio da prevenção, que através da indenização pedagógico-punitiva busca evitar a ocorrência de novos danos à sociedade de consumo; e o princípio da informação, intimamente ligada ao princípio da prevenção, buscando prevenir o

dano com a informação necessária, adequada e ostensiva, dependendo da periculosidade do produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 545-547).

Associado à condenação pedagógico-punitiva, tem-se também o princípio da reparação integral, basilar para fixação do valor indenizatório com fito de inibir as reiteraões do dano, especialmente contra os grandes fornecedores tão demandados.

1.3 DO DIREITO

Nesse momento, apresenta-se os direitos básicos violados do consumidor, tais como a prática abusiva e o conseqüente dano moral, com base no artigo 6º, IV e VI, do CDC.

Segundo a observação do professor Renato Porto (2018), os direitos básicos do consumidor, reunidos no artigo 6º do CDC, dependendo do direito violado do caso concreto, remetem para outros artigos do CDC da seguinte forma: inciso I, vida, saúde e segurança (artigos 8º, 9º e 10 do CDC); inciso II, educação (artigos 30-35 do CDC); inciso III, informação (artigos 30-35 do CDC); inciso IV, publicidade (artigos 36, 37 e 38 do CDC), práticas comerciais abusivas (artigo 39 do CDC) e cláusulas abusivas (artigo 51 do CDC); inciso V, contratos (artigos 46-54 do CDC); inciso VI, danos materiais e morais (artigos 12-17 do CDC); inciso VII, acesso ao judiciário (artigo 4º e 5º do CDC); inciso VIII, inversão do ônus da prova (artigos 38, 12, §3º e 14, §3º, do CDC); e inciso X, serviços públicos (artigo 22 do CDC).

Em relação a prática abusiva do fornecedor, esta fica caracterizada pela exposição do consumidor ao dano de sua integridade pessoal, ocasião em que o primeiro se valeu da fraqueza do segundo para angariar vantagem excessiva, conforme disposição do artigo 39, V, do CDC.

Dessa forma, é comum perceber o desrespeito do fornecedor, considerando a burocracia desnecessária e sem fundamento, fazendo incorrer dano moral tanto pelos defeitos do produto (fato do produto), agasalhado no artigo 12, *caput*, do CDC, combinado com o artigo 931 do Código Civil de 2002, como também no defeito do serviço (fato do serviço), com guarida no artigo 14, *caput*, do CDC e a teoria do risco do empreendimento (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

Outrossim, os artigos 18 a 20 do CDC tratam da responsabilidade por vício do produto e serviço, de qualidade ou de quantidade, aparente ou oculto, que podem ensejar a reparação do dano decorrente quando o fornecedor não apresenta a solução e atenção devidas na reparação do vício.

Pode-se ainda, considerando o caso, argumentar a expectativa e frustração pela quebra de confiança na estabilidade e na coerência do fornecedor, que por vezes abusa de sua posição depositando o problema sobre o consumidor, caracterizando o *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório).

Da mesma forma, deve-se apresentar os fundamentos jurídicos pertinentes à especificidade do caso e, em seguida, o dano causado pelo fornecedor, seja pelo atendimento frágil e decepcionante, seja pelo evidente erro, fruto, na melhor das hipóteses, de flagrante desatenção, desrespeito, abuso e indesculpável comodismo.

Desse modo, pela análise dos fatos, prova-se o dano e o nexo causal entre a atividade desempenhada pelo fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, muitas vezes pela existência incontroversa de reiterada falha no produto ou na prestação do serviço, sem qualquer excludente de responsabilidade do fornecedor, inexistindo culpa do consumidor, caso fortuito externo ou força maior.

Assim, o consumidor encantar-se-á o julgador estabelecendo a relação de consumo, indicando o consumidor, o fornecedor, o objeto de consumo, a Política Nacional das Relações de Consumo, trazendo a Constituição Federal, aplicando os princípios do CDC, requerendo a inversão do ônus das provas (se assim couber), apresentando os direitos básicos violados que se remetem ao direito específico, e o nexo de causalidade entre a violação do direito e o dano resultante, tudo formando um texto consistente e embasado para melhor configurar o dano, junto com os fatos essenciais das causas de pedir, manejando os pedidos e as provas pré-constituídas e protestadas.

Para tanto, o consumidor deve concatenar o fundamento jurídico com a percepção científica da melhor doutrina, trazendo argumentos jurídicos na pauta de direito, de modo a mudar a percepção fático-social da estrutura do “mero aborrecimento”, especificando essa espécie de dano sofrido, sistematizando-o, perseguindo sua reparação através da indenização/compensação justa.

1.4 DO DANO

Quanto ao dano, este é consequência de um ato ilícito que reduz o patrimônio moral ou material de alguém, configurando a responsabilidade civil através do nexo de causalidade (provas correlacionadas) entre o dever violado e o dano. Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 93) conceitua “[...] o dano como sendo a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”.

No campo da responsabilidade civil, há danos patrimoniais, extrapatrimoniais, emergentes, lucros cessantes, morais, à imagem, estético, pela perda de uma chance, materiais, reflexos, coletivos, dentre outras classificações.

Referente ao dano moral, na seara consumerista, este é fruto da violação do direito de personalidade, ao arrepio do artigo 5º, V e X, da CRFB/1988, direito fundamental envolto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada como princípio constitucional fundamental no artigo 1º, III, da CRFB/1988.

Interessante se faz notar que neste dano moral, patente no artigo 6º, VI e VII, do CDC, o fornecedor aproveita do tempo de vida do consumidor, o que se entende por dano temporal, desviando tempo de vida do consumidor para solucionar questões que lhe foram impostas pela má qualidade do produto ou pela má prestação do serviço.

Apesar disso, esses danos morais causados em práticas abusivas dos fornecedores na relação consumerista eram geralmente encarados como “mero aborrecimento”, afastando o dano extrapatrimonial sofrido pelo consumidor em seu tempo existencial.

Todavia, a “indústria do mero aborrecimento” deve ser combatida em função da evidente “indústria do dano”, tão banalizada nas relações de consumo.

Em razão disso, da segurança jurídica surgiu como fonte a teoria do desvio produtivo do consumidor, desenvolvido por Marcos Dessaune, autor do homônimo publicado inicialmente em 2011 e que vem rendendo força nos julgados nos últimos anos, em que se relaciona a lesão sofrida pelo consumidor que dedica tempo produtivo para resolver os problemas gerados pelo fornecedor.

2 O TEMPO PERDIDO OPOSTO AO “MERO ABORRECIMENTO”

O tempo é a extensão contínua dos fatos que criam no ser humano a perspectiva de presente, passado e futuro, em que se desfruta o convívio familiar, o aprendizado, o trabalho, o lazer, viagem e cultura, o esporte, o amor e amizade, o ócio criativo, além de tantas outras necessidades pessoais que, por via de consequência, torna o tempo tão escasso por tanta demanda. E é essa escassez que torna o tempo mensurável a fim de compensação.

Segundo Tarcisio Teixeira e Leonardo Silva Augusto (2015, p. 184) “[...] A intangibilidade, a ininterruptibilidade e a irreversibilidade são características do tempo que lhe tornam inacumulável e irrecuperável [...] durante a vida.”

Em vista disso, o tempo “passa” e, exatamente por isso, ele se perde. Uma vez vivido, não volta. É o tempo do relógio. No mercado de consumo, ao invés de perdido, pode-se dizer que o tempo é “roubado pelo fornecedor”, por exemplo, nas filas reais de bancos e hospitais, ou nas filas virtuais do Serviço de Atendimento ao Cliente etc. (NUNES, 2013, p. 1).

Enquanto deveria dispor seu escasso tempo como lhe convém, o consumidor tem seu tempo destinado injustamente para tratar dos problemas que não deu causa, contratempos ocasionados pelo fornecedor abusivo, devendo esse bem primordial ter valor jurídico em sua perda intolerável.

Assim, o tempo tem grande valor jurídico, tendo natureza jurídica em dupla perspectiva: dinâmica, sendo um fato jurídico em sentido ordinário, isto é, o acontecimento apto a causar efeitos jurídicos; e estático, tendo valor relevante com proteção jurídica (GAGLIANO, 2013, p. 42-43).

Nesse sentido, o tempo estático merece a tutela jurisdicional, como enfrentamento das situações em que o consumidor perde um tempo precioso tentando solucionar os problemas gerados pelo fornecedor, que convenientemente usa desse tempo de forma abusiva e reiterada em favor de seu interesse econômico.

Oposto a esse tempo perdido está a ideia de “mero aborrecimento”. Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 111) entende que o “mero aborrecimento”

apresentado como dano moral corre o risco de incentivar a banalização deste dano, sendo necessário julgar pela lógica do razoável, reputando como dano moral o fato que causa dor, vexame, sofrimento ou humilhação que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Já o “mero aborrecimento” seria o dissabor, mágoa, tristeza, irritação e sensibilidade exacerbada que está fora da órbita do dano moral por fazer parte da normalidade do dia a dia do indivíduo, incapaz de romper o comportamento psicológico deste.

Nessa lógica, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a jurisprudência comumente utilizada para o “mero aborrecimento” era o enunciado nº 75 da Súmula da Jurisprudência Predominante, publicada em 1º de março de 2005, que aduzia dano moral como aquele que causava dor, humilhação e abalo a personalidade. Contudo, essa jurisprudência é equivocada em afirmar que, em regra, os danos criados pelos fornecedores são apenas “meros aborrecimentos” e não um dano moral ressarcível.

Assim, com fundamento na teoria do desvio produtivo do consumidor e precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a OAB/RJ – Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro – provocou em 05 de junho de 2018 o procedimento de cancelamento de verbete sumular atacando o enunciado desta súmula com fito de afastar a ideia do “mero aborrecimento”.

Entende a OAB/RJ que não é o caso de indenizar qualquer inadimplemento contratual, mas deve-se corrigir a visão de que a regra é o “mero aborrecimento” e a exceção é a indenização, sob pena de impedir a evolução da eficiência da indústria e comércio, sendo certo que o correto seria a indenização como regra e o “mero aborrecimento” como exceção.

Por esse ângulo, grandes empresas utilizam o “mero aborrecimento” como defesa em repetidas ações com a mesma matéria fática, desviando-se nas práticas abusivas na relação de consumo, contrária a finalidade do CDC. Em verdade, a mediocrização do “mero aborrecimento” e o baixo valor das indenizações não desempenham o papel de coibir a abusividade do fornecedor.

Caracterizar “mero aborrecimento” pela prática abusiva em milhares de demandas consumeristas repetitivas dos mesmos grupos de fornecedores, tem por efeito estimular que estes fornecedores continuem

apresentando um serviço inadequado, sem qualquer punição, percebendo um “salvo conduto” para praticar dano sobre o tempo do consumidor.

Com efeito, as reiteradas situações de abuso sobre o tempo vital do consumidor formam o que se pode denominar de “indústria do dano”, sendo um “financiamento” do progresso do fornecedor às custas do consumidor, decorrendo em estímulo a impunidade e irresponsabilidade do fornecedor, envolvendo numerosos casos de danos aos consumidores.

Desse modo, em 17 de dezembro de 2018, acertadamente, foi julgado procedente o pedido da OAB/RJ no processo administrativo 0056716-18.2018.8.19.0000, por unanimidade dos votos, acolhendo a proposta de cancelamento do enunciado nº 75 da súmula da jurisprudência predominante, em que o Desembargador Relator Mauro Pereira Martins sustentou a evolução da moderna doutrina do desvio produtivo do consumidor, o acompanhamento do entendimento adotado pelo TJRJ e o avanço da jurisprudência no STJ em amparo aos direitos dos consumidores, em especial o tempo perdido para solucionar os problemas de consumo.

3 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Na sociedade contemporânea especializada e interdependente, pode-se dizer que o fornecedor de produto ou serviço libera o consumidor dos recursos produtivos que seriam necessários para produzi-lo em uso próprio, ou seja, ao invés de produzir o produto ou serviço, o consumidor pode aplicar seu tempo em atividades existenciais (DESSAUNE, 2017b, p. 68).

Nessa esteira, quando um fornecedor garante um produto ou serviço adequado em qualidade e segurança, com informação clara, com boa-fé, sem práticas abusivas, sem gerar fato ou vícios, com resposta espontânea, rápida e efetiva para um reparo, certamente não há dano ao consumidor.

Do contrário, desprezadas todas essas garantias por despreparo, desatenção, descaso ou má-fé do fornecedor, incontáveis fornecedores geram dano aos consumidores, violando os direitos do consumidor por ato culposo ou doloso.

Por ato doloso, significa a intenção do fornecedor de auferir lucro extra e injustificado, transferindo ao consumidor vulnerável os deveres e

custos profissionais do problema, utilizando-se de artifícios para omitir, dificultar ou recusar a responsabilidade do problema, configurando prática abusiva no CDC (DESSAUNE, 2017b, p. 66-67).

Essa prática abusiva com o fornecedor se esquivando do problema implica que o consumidor, no momento, assume o prejuízo ao tentar solucionar a situação lesiva despendendo seu tempo existencial. Essa esquiva abusiva do fornecedor causa o desvio produtivo do consumidor, infringindo os princípios da boa-fé objetiva e da vulnerabilidade, evidenciando a relação de causalidade entre a prática abusiva e o dano resultante.

É desse modo que Dessaune (2017b, p. 65) caracteriza o desvio produtivo do consumidor, quando o consumidor prejudicado gasta seu tempo vital – que é recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas existenciais, sendo aquelas que se mostram fundamentais, ligadas ao desenvolvimento da personalidade e promoção da dignidade do ser humano, tais como estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente e cuidar de si. Assim, o consumidor incorre na perda de seu tempo de vida, prejudicando seu cotidiano, o que configura lesão ao tempo existencial.

Cumprе ressaltar que essas atividades essenciais são direitos fundamentais de caráter social, com supedâneo no artigo 6º da CRFB/1988, passíveis de tutela jurisdicional.

Somente a partir da teoria do desvio produtivo do consumidor de Dessaune, que o tempo vital do consumidor para suas atividades existenciais passou a ser importante variável na caracterização do dano moral nas relações de consumo. Dessaune (2017a, p. 356-357) assim define:

Dano existencial é a lesão a qualquer atividade humana, que precisa ser modificada ou suprimida em decorrência de uma interferência externa injustificada na liberdade de ação da pessoa, resultando em uma alteração danosa do seu modo de ser, do seu cotidiano e/ou do seu projeto de vida.

Dessaune (2017b, p. 70) entende que o dano moral que lesiona o tempo existencial do consumidor ocorre como consequência de dois fenômenos, a saber: o tempo (vital/existencial/produtivo) é um recurso limitado que não pode ser recuperado; e ninguém pode realizar simultaneamente duas

ou mais atividades incompatíveis, portanto, uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo outra atividade.

Com relação ao arbitramento da indenização/compensação do dano moral, valoriza-se o interesse jurídico atingido pelo dano, notadamente o tempo e as atividades existenciais do consumidor, considerando também as circunstâncias de culpabilidade e condição econômica do ofensor, devendo-se majorar a indenização em caso de dano intencional e reiterado, para alcançar o efeito preventivo pedagógico-punitivo.

Caso o fornecedor não seja responsabilizado pelo dano do desvio produtivo do consumidor, a “indústria do dano” continuará estimulada, ocasião em que os fornecedores causam danos livremente sabendo que não serão responsabilizados, transferindo ao consumidor os recursos produtivos para a solução dos problemas do consumo, gerando, além da perda do tempo existencial do consumidor, aumento na insatisfação do consumidor que rotineiramente se vê desprotegido, ainda que sob o abrigo do CDC.

Felizmente, a jurisprudência vem adotando gradativamente a teoria do desvio produtivo, não mais considerando “mero aborrecimento” a perda do tempo existencial do consumidor.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Além do consumidor incorrer em algum dano patrimonial assumindo os deveres operacionais do fornecedor, podendo sofrer também algum lucro cessante, atualmente a jurisprudência vem avançando em entender que a exploração abusiva do tempo do consumidor configura dano moral decorrente do desvio produtivo do consumidor.

Essa atenção da jurisprudência se dá, neste momento, com juízes de primeiro grau de jurisdição, nas turmas recursais dos juizados e tribunais de segunda instância, progressivamente citando trechos da teoria de Dessaune ao decidir favoravelmente a demanda do consumidor.

Além disso, há precedentes do STJ reconhecendo a teoria do desvio produtivo do consumidor, como a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do Agravo em Recurso Especial – AREsp

– nº 1.260.458/SP, que conheceu do Agravo e rejeitou o Recurso Especial do Banco Santander, reconhecendo a ocorrência de danos morais com fundamento na teoria do desvio produtivo do consumidor.

Em reforço, a decisão monocrática do Ministro Antônio Carlos Ferreira, relator do AREsp nº 1.241.259/SP, conheceu e negou provimento da agravante Renault do Brasil S.A., também reconhecendo o dano moral com base na teoria do desvio produtivo do consumidor, aplicada sobre a frustração do consumidor na aquisição de veículo com vício.

Do mesmo modo, o julgamento da AREsp nº 1.132.385/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em decisão monocrática, reconheceu a ocorrência dos danos morais apoiado na teoria de Dessaune, caracterizado pela falta de pronta solução ao vício do serviço.

No mesmo sentido, a questão do tempo existencial do consumidor foi enfrentada no julgamento colegiado do Recurso Especial – REsp – nº 1.634.851/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, que negou provimento ao Recurso Especial interposto pela Via Varejo, baseando-se na teoria do desvio produtivo do consumidor pela frustração do consumidor em adquirir um bem com vício, acrescentado ao desgaste para tentar resolver o problema ao qual não deu causa.

Nesse diapasão firma-se a jurisprudência no STJ, para reprimir os fornecedores que reiteradamente desrespeitam os consumidores em violação ao princípio da boa-fé objetiva, em especial os grandes fornecedores tão conhecidos nas demandas judiciais.

Por derradeiro, é importante destacar que a teoria do desvio produtivo do consumidor vem contribuindo numa reação contra o dano moral reduzido ao “mero aborrecimento”, reconhecendo a importância do tempo existencial, como se pode notar na Apelação Cível nº 0370540-12.2011.8.19.0001, em face de Itaú Seguros S.A., com acórdão publicado em 26 de outubro de 2018, de relatoria do Desembargador Antônio Carlos dos Santos Bitencourt, da 27ª Câmara Cível do TJRJ, com destaque na ementa:

[...] DANO MORAL PRESENTE PORQUE ALÉM DO MERO ABORRECIMENTO, EXPRESSÃO CONFUSA QUE JÁ DEVERIA TER SIDO BANIDA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, PELA ABERTURA INTER-

PRETATIVA PERNICIOSA AO CONSUMIDOR MAIS VULNERÁVEL. [...]. DANO MORAL FIXADO EM R\$ 10.000,00, AÍ CONSIDERADO TAMBÉM O DESVIO DO TEMPO PRODUTIVO OU DO TEMPO LIVRE E ÚTIL PELA NECESSIDADE DA DEMANDA, IMPOSTA PELA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, COMO MEIO COMPOSITIVO DE INTERESSE. APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDA E PROVIDA.

Igualmente, aplicou-se a teoria do desvio produtivo do consumidor na Apelação Cível nº 0000130-58.2017.8.19.0076 em face do Banco do Brasil S.A., com acórdão publicado em 31 de julho de 2018, de relatoria do Desembargador Alcides da Fonseca Neto, da 20ª Câmara Cível do TJRJ, com a seguinte ementa destacada:

[...] DANO TEMPORAL OU DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PERFEITAMENTE DELINEADO, QUE SE CARACTERIZA QUANDO O CONSUMIDOR GASTA O SEU TEMPO VITAL, ATRIBUTO DA PERSONALIDADE, EM RAZÃO DA PRÁTICA ABUSIVA DO FORNECEDOR E DO EVENTO DANOSO DELA RESULTANTE. DE FATO, O TEMPO NA VIDA DE UMA PESSOA CONSTITUI UM BEM EXTREMAMENTE VALIOSO, CUJO DESPERDÍCIO SE AFIGURA IRRECUPERÁVEL, DE MODO QUE SE TORNA COMPLETAMENTE DESCABIDO FALAR-SE EM “MERO ABORRECIMENTO”, INDICATIVO DE ALGO SIMPLES, DESIMPORTANTE, SUPORTÁVEL. [...]. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). PRECEDENTES. PROVIMENTO DO RECURSO.

Acentua-se que a conformação do dano do desvio produtivo do consumidor se dá na descrição pormenorizada das atividades desejadas e rotineiras que são desviadas no tempo exaustivo despendido para tentativa de solução dos problemas no produto ou serviço, muitas vezes com abuso, descaso e desconsideração do fornecedor.

De outro giro, existe o risco da teoria de Dessaune se perca no dano moral e sofra o mesmo destino dos casos rotulados como “mero

aborrecimento”. Por isso, é preciso descrever com precisão as atividades que o consumidor precisou realizar para buscar a solução do problema e o tempo assim despendido, diferenciando das situações que não se tornaram um fardo para o consumidor (WERNER, 2018, p. 260).

Desse modo, é preciso sistematizar com cuidado e diligência o desvio produtivo do consumidor, sob pena de se tornar um “mero desvio produtivo do consumidor”, análogo ao “mero aborrecimento”.

Salienta-se que não é possível estabelecer todas as hipóteses que se ajustam ao dano do desvio produtivo do consumidor, mas a sistematização do dano apresentando o tempo existencial perdido de forma injusta no caso concreto deve estabelecer o caminho para compensação do referido dano.

Nessa ótica, além de ratificar os fatos que impuseram o consumidor à perda do seu tempo para desempenhar suas atividades existenciais, é prudente registrar a condição econômica do fornecedor e sua posição como litigante, para melhor valoração da condenação e sanção para inibir e desestimular a repetição do problema na frequente prática abusiva do fornecedor que eleva sua capacidade econômica às custas do desvio produtivo do consumidor.

Diante disso, conjuga-se a doutrina contemporânea do desvio produtivo do consumidor em sintonia com o reconhecimento dos entendimentos jurisprudenciais, especialmente do STJ, de forma que a sistematização do dano através dos fatos pormenorizados na perda tortuosa do tempo existencial do consumidor resulte na justa indenização/compensação, de sorte que esta esteja associada ao caráter pedagógico-punitivo da condenação.

CONCLUSÃO

A sociedade de consumo, indispensável na atualidade, harmoniza-se no princípio da defesa do consumidor pela ordem econômica, visando a garantia de produtos e serviços de qualidade, bem como o equilíbrio entre consumidores e fornecedores com base na boa-fé na relação de consumo sob o ponto de vista social.

Nesse cenário, os problemas advindos do defeito ou vício do produto ou serviço comprometem tempo demasiado do consumidor frente a prática abusiva do fornecedor que, por despreparo, desatenção, descaso e

má-fé, consome tempo precioso do consumidor que tenta solucionar o conflito que não deu causa, tendo por consequência a luta judicial.

Desse modo, o fornecedor “rouba” o tempo existencial do consumidor, sendo aquele que seria utilizado nas relações pessoais, no lazer, no trabalho, no estudo e no descanso, tempo este irrecuperável e injustamente perdido.

Assim, refutando a alegação de “mero aborrecimento” do consumidor nas lesões consumeristas, surge acertadamente a teoria do desvio produtivo do consumidor, sendo uma evolução doutrinária capaz de acompanhar com razoabilidade a perda do tempo existencial do consumidor por força da abusividade reiterada do fornecedor.

Nesse caminho, a jurisprudência nacional bem acompanhou essa relevante doutrina ao longo dos últimos anos, numa mudança de paradigma ao tutelar indiretamente o tempo, um bem tão precioso e escasso.

Sem esgotar o tema da pesquisa, abordou-se a teoria do desvio produtivo do consumidor demonstrando o impacto no entendimento jurisprudencial sendo conduzido pela relevante doutrina, considerando indenizável o dano da perda do tempo existencial do consumidor, desestimulando a “indústria do dano”.

À luz dos elementos caracterizadores do desvio produtivo do consumidor, é preciso considerar a necessidade de o consumidor apresentar os fundamentos jurídicos da relação de consumo e os fatos pormenorizados que ensejaram a perda tortuosa do tempo em detrimento de suas atividades existenciais, afastando o “mero aborrecimento”.

Em vista disso, a lesão reiterada que os grandes fornecedores causam aos consumidores vulneráveis só será reduzida quando houver um desestímulo à impunidade e irresponsabilidade do fornecedor, isto através de uma condenação que realmente seja educativa e punitiva, capaz de inibir a prática da “indústria do dano”, freando os excessos de abusividade do fornecedor, pela prevenção e harmonização do interesse social e coletivo da defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 fev. 2019.

- _____. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2019.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.
- _____. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/documentos/10136/18187/sumulas.pdf?=&=10>. Acesso em: 05 fev. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Agravo em Recurso Especial – AREsp nº 1.241.259/SP*. Brasília: DF. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe. 27 mar. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Agravo em Recurso Especial – AREsp nº 1.132.385/SP*. Brasília: DF. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe. 03 out. 2017.
- _____. *Agravo em Recurso Especial – AREsp nº 1.260.458/SP*. Brasília: DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe. 25 abr. 2018.
- _____. *Recurso Especial – REsp nº 1.634.851/RJ*. Brasília: DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJe. 15 fev. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (20ª Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0000130-58.2017.8.19.0076*. Rio de Janeiro: RJ. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto, DJe. 31 jul. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (27ª Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0370540-12.2011.8.19.0001*. Rio de Janeiro: RJ. Designado para acórdão: Desembargador Antônio Carlos dos Santos Bitencourt, DJe. 26 out. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000*. Rio de Janeiro: RJ. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins, Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça – Cedes, DJe. 19 dez. 2018.

- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 91-178/540-589.
- DESSAUNE, Marcos V. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017a. p. 356-357.
- _____. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumidor. Curitiba: Bonijuris, v. VII, n. 28, p. 65-78. dez. 2017b.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*. Revista Jurisvox. Patos de Minas: Unipam, v. 1, n. 14, p. 42-47, jul. 2013.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida*. Informativo Migalhas, v. 1, p. 1, 2013.
- PORTO, R. C. A. *Direito do Consumidor*. 2016. Aulas teletransmitidas ministradas no Ensino à Distância (EaD), do curso de graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 1º sem. 2018.
- TEIXEIRA, Tarcisio; AUGUSTO, Leonardo Silva. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110, p. 177-209, 2015.
- WERNER, J. G. V. *Para cuidar do tempo produtivo do consumidor*. Direito em movimento: um outro direito é possível. Rio de Janeiro: Emerj, v. 16, n. 2, p. 255-263, 2º sem. 2018.

DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: DO AFETO AO RECONHECIMENTO JURÍDICO

Jackelline Fraga Pessanha

INTRODUÇÃO

A todo momento ocorrem mudanças na sociedade que fazem com que os conceitos e os modos de ver determinada realidade social. Hoje, a família é baseada em laços de afeto, como a família homoafetiva, que é aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar uma entidade familiar, que vise a comunhão plena de vida e de interesses, de forma pública, contínua e duradoura, e merecedora de abrigo e proteção estatal.

É preciso acatar as diferenças e a liberdade de orientação sexual de cada pessoa, uma vez que cada ser humano merece respeito, como é o caso da família homoafetiva que, com o passar do tempo, tem recorrido a uma estrutura familiar completa, sendo os seus próprios filhos merecedores de proteção e respeito.

A pesquisa versa sobre um tema atual e relevante para a sociedade, pois o tema é proveniente da busca pelos direitos fundamentais que a Constituição Federal propõe a todos os cidadãos, como o direito à igualdade, respeito às diferenças, liberdade de orientação sexual.

A presente pesquisa tem a intenção de: analisar os princípios fundamentais da igualdade, do respeito às diferenças e da liberdade de orientação sexual; e estudar a família homoafetiva.

Por isso, o método a ser utilizado no presente trabalho é o dialético, pois busca analisar os fenômenos através de ações recíprocas, ancoradas na contradição, nas mudanças dialéticas que ocorrem na sociedade e que afetam todo o contexto do currículo multicultural. A dialética é considerada como a forma de demonstrar visões contrapostas, na pretensão de desconstruir ideais e argumentos, que já foram evidenciados por mudanças sociais.

A partir do método seguido, é preciso articular os procedimentos técnicos para a execução da pesquisa almejada e, para isso, serão utilizados vários recursos, tais como: legislação, jurisprudências e, principalmente, material bibliográfico.

DA FAMÍLIA HOMOAfetiva

A família é um meio social de se criar vínculos de afeto, organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento, e que mudam constantemente com a sociedade. As regras culturais têm o papel de garantir a existência de grupos, que, primeiramente, serão marginalizados pela sociedade para depois serem aceitos e passarem a ser protegidos pelo Estado, pois

Sendo a cultura um conjunto de criações do próprio homem, certamente esta atua intervindo constantemente no estado de natureza. Desta forma, se a natureza abandona a união sexual ao acaso e ao arbítrio, é impossível à cultura não introduzir uma ordem, de qualquer espécie que seja, onde não existe nenhuma. A proibição do incesto constitui, por exemplo, uma forma de intervenção (SILVA, 1996, p. 25).

A família, nos dias de hoje, não tem mais o seu alicerce na dependência econômica do homem. Desta forma, o afeto assume uma posição prioritária de elemento embrionário na estruturação familiar, juntamente com a cumplicidade, solidariedade, assistência mútua, fatores emblemáticos e fortalecedores da constituição da família.

O ambiente familiar tornou-se interligado por esses laços afetivos, de forma pública, contínua, duradoura e com a mútua assistência entre

seus sujeitos, com o objetivo de realização pessoal e familiar, tendo essa nova concepção de família, modificando os antigos papéis que ocupavam como: econômico, político, religioso ou mesmo para a procriação da espécie humana.

Por isso, a família é a base da sociedade brasileira, ancorada na Constituição Federal, sabendo-se que o amor é o elo de comunhão da vida plena entre pessoas, de forma pública, contínua e duradoura, firmado em laços de afetividade. Sendo assim, a família uma construção da sociedade formada através de regras culturais, jurídicas e sociais.

Afinal, é por meio da família que o ser humano torna as suas relações mais profundas, duradouras e significativas, pois é o suporte espiritual e afetivo mais importante para a construção do seu projeto de vida, com apoio moral, ético e material em momentos de alegrias e tristezas.

Dessa maneira, o vínculo do afeto tornou-se condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana, visto que é por meio do afeto que as famílias se aproximam e garantem o direito à felicidade e a uma vida digna, sendo pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil.

O princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e da busca pela felicidade plena, seja pelo princípio da liberdade de orientação sexual, da igualdade e do respeito às diferenças ou, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do “status” às famílias ancoradas em laços afetivos, como as famílias homoafetivas. Assim, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 223) descreve que

O amor familiar é o elemento essencial das relações interpessoais que dão origem às famílias oriundas da união amorosa. Sem ele, não há como falar em ‘casal’, pois duas pessoas que não sintam amor profundo uma pela outra não terão a livre vontade de se relacionar em uma comunhão de vida e interesses. Por mais que o Direito não regule os sentimentos puros, isoladamente considerados, a partir do momento em que estes são associados a outros fatores (comunhão de vida plena e interesses, de forma contínua e duradoura), passam a produzir efeitos no mundo jurídico e, portanto, a merecer a proteção jurídica do Estado.

Neste intuito, a família encontrou na afetividade o fundamento para a sua construção, ou seja, é por meio da comunhão de afeto que a família, a Constituição, os psicólogos, os educadores e, principalmente, os juristas, buscam explicar as famílias da contemporaneidade, uma vez que não é fruto da biologia, e sim da solidariedade e da comunhão de vida plena. Para demonstrar que o afeto é um elemento essencial para a estruturação da família, leia-se jurisprudência sobre o tema:

[...] A falta absoluta de estabilidade afetiva, social, material e espiritual, que paira sobre os genitores dessa criança, constitui forte indicativo para que seja ela, ainda que provisoriamente, colocada em família substituta na qual inicialmente inserida e lamentavelmente retirada, sem a necessidade de que, por decisão judicial, passassem, sobre o resto de sua vida, as marcas indelévels de ter sido impedida de usufruir, no primeiro ano de vida, do amor, afeto e proteção daqueles que a acolheram e manifestaram o firme propósito de dispensar-lhe todos os cuidados necessários para um pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Sob a egrégora da proteção integral da criança, na defesa da integridade de um bebê, no sentido de impedir que seja criado em ambiente hostil, com um só futuro possível – o caminho das drogas, do tráfico, da violência e da marginalidade – um casal se interpõe e busca, por meio de um gesto de amor, permitir ao infante uma segunda chance, com um venturoso e promissor delineamento. Em sequência, o Poder Judiciário, em um ato surpreendente, determina a busca e apreensão de um ser humano com menos de cem dias de vida, arrancando-o do convívio de amor, carinho e afeição, para jogá-lo em um abrigo de menores, onde, sabemos todos, a esperança nos olhos de tantas crianças, de ter uma família, já nasce morta. [...] Por isso, com base no melhor interesse da criança, considerando que os autores são os detentores da guarda provisória do menor, bem como, atenta às peculiaridades da lide, em que os genitores não demonstram ostentar condições para cuidar do infante, e, sobretudo, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da busca da felicidade, deve ser fixada a competência do Juízo suscitante, para o julgamento das ações que envolvem os interesses

do menor, o qual deve ser imediatamente entregue ao casal detentor da guarda. [...] (Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 108.442/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado no Diário da Justiça da União do dia 15/03/2010).

Assim, entende-se o amor ligado a comunhão de vida plena entre duas pessoas, não importando o sexo delas, que seja de forma pública, contínua e duradoura como elemento protegido pelo Estado, por sua Constituição e pelas Leis Infraconstitucionais.

Por isso, para a constituição familiar, onde todas as famílias têm proteção do Estado, encontra-se o afeto como elemento essencial e caracterizador, que pode ser alcançado através do amor e a convivência familiar com a intenção nítida de comunhão de vida plena, seja ela entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos.

É por isso que a família homoafetiva está sendo timidamente abraçada pela sociedade, haja vista a constante mudança dos seus pontos de vista, apesar de, ainda, existir muito preconceito em relação ao homossexual, percebe-se um começo de evolução cultural. Assim, a família é formada por indivíduos ligados entre si ancorados em fatos de ordem biológica ou de ordem afetiva, tendo uma de suas finalidades a busca de alegria e felicidade.

Importante ressaltar que, sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos têm o direito de constituir e de serem reconhecidos como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual. Apoiando o entendimento acima, Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 155) destaca que

A situação deve ser enfrentada, portanto, sobre dois ângulos: o reconhecimento aos casais homossexuais do direito de constituir família – em que está em questão do direito fundamental da igualdade e o da liberdade de orientação sexual – e o reconhecimento das obrigações recíprocas entre os companheiros integrantes de entidade familiar homoafetiva, tendo em vista o papel dos membros da família em face dos direitos fundamentais, em decorrência

dos quais não podem se eximir do dever de promover e garantir as condições necessárias para a sobrevivência e o desenvolvimento digno das pessoas que integra o grupo familiar.

A inclusão social de todas as entidades familiares, alicerçadas em laços de afeto, independentemente, de matrimônio ou união estável, como a família homoafetiva, que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar uma entidade familiar, que vise à comunhão plena de vida e de interesses, de forma pública, contínua e duradoura, refletem o perfil da Constituição em proteger a família de maneira ampla.

Dessa maneira, por livre exercício da homoafetividade entenda-se o direito de casais homoafetivos de se apresentarem à sociedade como casal, da mesma forma que os casais heteroafetivos o fazem, sem discriminações de qualquer natureza.

Outro ponto de grande relevância para as famílias homoafetivas é o reconhecimento de seus “status” familiar, pois assim, vão deixar de serem tratadas no âmbito obrigacional, e serão inseridas no Direito de Família, já que efetivamente formam um vínculo familiar, conforme frisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277:

[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente

constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entida-

de familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, Relator Ministro Ayres Britto, publicado em Diário Oficial do dia 14/10/2011).

Ou seja, não há que se ter diferenças entre as famílias homoafetivas e heteroafetivas, uma vez que é terminantemente proibida a discriminação de qualquer pessoa em razão do sexo ou orientação sexual, pois cada pessoa pode dispor da sua sexualidade livremente, haja vista a autonomia da vontade e da vida privada. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 224) demonstra que

[...] as uniões homoafetivas possuem o mesmo elemento valorativamente protegido nas uniões heteroafetivas, que é o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família juridicamente protegida (*affectio maritalis*), razão pela qual merece ser enquadrada no âmbito de proteção do Direito de Família. Afinal, o direito de Família visa garantir especial proteção às famílias que não sejam expressamente proibidas por lei.

Dessa forma, se é uma faculdade do ser humano a opção da sua sexualidade, então, o exercício da homoafetividade é decorrência de direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa

humana, ao livre exercício da afetividade, liberdade de orientação sexual, igualdade e respeito às diferenças.

A proteção constitucional às entidades familiares deve ser interpretada de maneira ampla, uma vez que todas as entidades familiares, independente de casamento civil ou de declaração de união estável ou de orientação sexual, estão amparadas pelos princípios da afetividade, da igualdade e da liberdade de orientação sexual, para a plena busca por felicidade. Neste sentido, Maria Berenice Dias (2009, p. 116-117) dispõe que

Outorgando a Constituição proteção à família, independentemente da celebração do casamento, houve a inserção de um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Tanto a união estável entre homem e mulher como as relações de um dos ascendentes com sua prole passaram a configurar uma família. Nessa nova paisagem, não mais se distingue a família pela existência do matrimônio, solenidade que deixou de ser o único traço diferenciador para sua conceituação. Igualmente, tal dispositivo [artigo 226, § 3º, Constituição] não diz que, para que a convivência seja digna da proteção do Estado, impõe-se a diferenciação de sexos do casal. A previsão não exclui as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Simplesmente, com relação a essas, não recomenda sua transformação em casamento.

Excluir qualquer entidade familiar, ancorada no afeto da proteção estatal, como a família homoafetiva, funda uma injustiça de exclusão e expropriação da cidadania de todos os membros da entidade familiar.

Ademais, diante da proteção integral à família, garantida constitucionalmente, não pode haver qualquer regra de exclusão de entidades familiares, a não ser que seja expressamente regulamentada, o que não é o caso da família homoafetiva, uma vez que se tem primordialmente que respeitar os princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, não sendo o rol do artigo 226 considerado taxativo. Confirmando o entendimento acima, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 197) descreve que

Não incluir as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo no elenco das várias formas e possibilidades de cons-

tituição de famílias seria negar não apenas direitos, mas principalmente negar que o afeto e afetividade constituem elo formador e sustentador de todas as relações familiares. Seria negar toda a evolução do direito de família.

As famílias homoafetivas merecem respeito e resguardo de todos os direitos que lhes são inerentes, eis que não se pode entender o rol da Constituição ao descrever, união estável entre homem e mulher, casamento e família monoparental, como as únicas entidades familiares existentes, uma vez que os princípios constitucionais são norteadores a confirmar a família homoafetiva como merecedora de proteção estatal.

Hoje, as famílias homoafetivas são cercadas de preconceitos, pois a sociedade está timidamente abraçando a família de duas pessoas do mesmo sexo, baseado na afetividade, pois

a sociedade humana em geral considera a vida a dois como a única forma de atingir a felicidade plena. Tanto isso é verdade que a cultura humana foi construída ao longo dos milênios no sentido de estimular a vida amorosa a dois que tenha, ainda, descendentes criados pelo par, formando-se daí o modelo familiar culturalmente estimulado (VECCHIATTI, 2008, p. 531).

Desta maneira, com o passar dos séculos, foi aumentando a consciência coletiva de que se deve ter um modelo familiar equilibrado, com o objetivo de alcançar a felicidade, tendo, ainda, o pensamento preconceituoso de que a família homoafetiva não é merecedora de ostentar tal felicidade, não tendo razão em formar uma família digna de proteção como qualquer outra.

Este pensamento se mostra equivocado, pois, independentemente de haver ou não legislação autorizativa às famílias homoafetivas, elas também encontram respaldo no direito para consolidar seus laços familiares, haja vista serem baseado no amor familiar, que é o elemento fundamental para a configuração da família contemporânea. Maria Berenice Dias (2008, p.16) defende que

O fato de não haver previsão legal específica pra determinada situação não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Au-

sência de lei não quer dizer ausência de direito, nem pode impedir que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão própria nos regramentos legislativos não mais justifica negar a prestação jurisdicional e nem serve de motivo par deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Clara a determinação da Lei de Introdução ao Código Civil. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Não obstante a inexistência de regulamentação expressa das relações homoafetivas, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é claro ao afirmar que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2011).

Desta maneira, como princípio geral do Direito, se constata que aquilo que não é expressamente proibido, entende-se por permitido. É o que estabelece a Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Como a lei não proíbe expressamente as uniões homoafetivas, tem-se que o não-reconhecimento dos efeitos jurídicos a estas, na exata medida em que são reconhecidos às uniões heteroafetivas, caracteriza afronta aos princípios constitucionais da isonomia, do respeito às diferenças, da liberdade, da liberdade de orientação sexual e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

O preconceito da sociedade acaba marginalizando a família homoafetiva, causando uma resistência do legislador em fazer novas leis, que visem proteger as famílias homoafetivas.

Neste contexto, tem-se a proposta de emenda constitucional que propõe inserir entre os objetivos fundamentais do Estado o de promover o bem-estar de todos, independentemente da sexualidade da pessoa. Ademais, importante mencionar ainda, que existe um projeto de lei, com o intuito de legislar sobre as parcerias civis, mas que essas legislações de amparo à família homoafetiva encontram-se sem movimentação no Congresso Nacional a mais de dez anos.

Como é o caso, dos Projetos de Emendas Constitucionais nº 66/2003 e nº 70/2003, bem como o Projeto de Lei nº 1.151/1995, que disciplinava sobre a possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

O que mais chama a atenção nos projetos de emenda constitucional e de lei, diz respeito ao preconceito arraigado nos deputados e senadores do Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição Federal, que preferem deixar “engavetado” essas mudanças legislativas, sem que, com isso, acompanhem o pensamento e a evolução da sociedade atual.

Além disso, ensina Luiz Carlos de Barros Figueiredo (2002, p. 68), que “[...] o direito varia conforme a realidade sociocultural no qual se insere. O Direito só é universal no sentido de que em toda a sociedade existem normas, regras, com pretensão de controle social”.

Por isso, com a mudança da sociedade e do direito, se torna necessário que os princípios norteadores da Constituição Federal da República de 1988 também sigam essa toada, pois somente ancorado no princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de orientação sexual e da afetividade, será possível modificar a forma com que a sociedade vem aceitando as famílias homoafetivas, pois não estão, em momento algum, infringindo qualquer normativo mandamento legal.

A sociedade não é estática e está em constantes modificações, razão pela qual o direito tem que deve ter sua interpretação modificada conforme a mudança da sociedade. O direito deve acompanhar o movimento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei. Assim, durante um tempo a justiça acaba decidindo, ocasionando a mutação da lei informalmente, pois o texto normativo permanece intacto.

Deste modo, cabe ao legislador acompanhar as modificações que ocorrem na sociedade, pois o não tem como prever quais são as mudanças que irão ocorrer, por isso cabe ao magistrado, no caso de omissão do texto legislativo, utilizar a Lei de Introdução ao Código Civil, em especial os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, para o exame e a resolução dos casos concretos.

Importante frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma proteção ao ser humano, contra quaisquer preconceitos da sociedade, que garante a todos também o direito à felicidade, não podendo o Estado deixar de conceder às famílias homoafetivas o direito de cons-

tituir família e terem total proteção estatal, utilizando-se da analogia e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da igualdade.

O caráter jurídico da família homoafetiva está previsto, implicitamente, na Constituição Federal da República de 1988, devendo ser respeitada, merecendo, inclusive, a proteção do Estado a fim de ser considerada como entidade familiar.

Portanto, nessa nova concepção de família, em que se encontra inserida a família homoafetiva, garantida pelos princípios da igualdade, respeito às diferenças e da liberdade de orientação sexual, é possível perceber e refletir que existem outros formas vínculos ligados à filiação (maternidade e paternidade), onde o que deve e sempre deverá prevalecer é o melhor interesse da criança e/ou do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal consagra a família como a base da sociedade, tendo a proteção estatal, pois se deve analisar a realidade familiar sob a ótica interdisciplinar, para que o operador do direito observe as mudanças sociais e aplique as mudanças também às relações familiares.

No contexto constitucional, existem algumas formas de entidades familiares, ou seja, a família advinda do casamento, da união estável ou monoparental. Mas, o presente rol não é taxativo, podendo haver outros entes familiares em que deve ser garantida a proteção estatal da mesma forma, como é o caso das famílias homoafetivas.

Por isso, não há que se ter qualquer tipo de preconceito e/ou discriminação, uma vez que a Constituição Federal é enfática ao vetar qualquer discriminação em nosso ordenamento jurídico. Além disso, a compreensão de família elevou o afeto, com a intenção de constituir família, a elemento essencial para a concretização familiar, eis que dispensa declaração formal, como o instituto do casamento.

A família atualmente, não tem mais o seu alicerce na dependência econômica do homem. A mulher tem uma função dentro do lar cada vez menos doméstica e mais econômica, ajudando no sustento e manutenção da família. Desta forma, o afeto passou a assumir uma posição prioritária

de elemento embrionário a estruturação familiar, juntamente com a cumplicidade, solidariedade, assistência mútua, fatores emblemáticos e fortalecedores da constituição da família.

A afetividade, considerada como princípio constitucional implícito, se aproxima das pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, formando o “status” familiar, que contribui para a felicidade individual e/ou coletiva.

Além do princípio implícito da afetividade, os direitos fundamentais da família homoafetiva são baseados no princípio da igualdade, ao descrever que as partes são livres e iguais em direitos e obrigações. Por isso, as práticas sociais devem a todo tempo evitar a discriminação, preconceito, exclusão ou desigualdade entre qualquer membro da sociedade, independentemente de sua orientação sexual, normalizando as diferenças e entendendo cada um em seu individual.

Logo, a existência de um princípio constitucional da igualdade, que veda qualquer discriminação, bem como pleiteia o respeito à diferença, proclama uma ampla visão da homossexualidade enquanto orientação sexual específica, do qual não há qualquer fundamento para a sua discriminação ou exclusão da sociedade.

Outro princípio constitucional fundamental é o da liberdade de orientação sexual, que diz respeito à autodeterminação de cada cidadão ter autonomia para escolher a pessoa com quem deseja conviver afetivamente, pois cada ser humano é detém a condição de análise da sua orientação sexual, não tendo justificativa plausível a aplicação de tratamentos diferenciados entre as pessoas.

Importante ressaltar que sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos têm o direito de constituir e serem reconhecidos como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual.

Dessa forma, se é uma faculdade do ser humano a orientação da sua sexualidade, então, o exercício da homoafetividade é decorrência de direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa humana, do livre exercício da afetividade, da liberdade de orientação sexual, da igualdade e do respeito às diferenças.

Nestes termos, a homossexualidade deve ser entendida como a livre manifestação da sexualidade humana, sendo tão normal quanto a heterossexualidade, percebendo que a orientação sexual daqueles que criaram as crianças e os adolescente em nada podem influenciar na opção sexual futura das crianças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional nº 66/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117100>>. Acesso em: 12/05/2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional nº 70/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117431>>. Acesso em: 12/05/2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151/1995**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 12/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 108.442/SC**, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado no Diário da Justiça da União do dia 15/03/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8695418&num_registro=200901942064&data=20100315&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/05/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**, Relator Ministro Ayres Britto, publicado em Diário Oficial do dia 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 12/05/2019.

DIAS, Maria Berenice. **A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da Justiça**. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). Escritos de Direito de Família: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre, Magister, 2008.

_____. **União homoafetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da Afetividade**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: Possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

ALIENAÇÃO PARENTAL: ANÁLISE SOBRE OS SUJEITOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

Sátina Priscila Marcondes Pimenta

I INTRODUÇÃO

O tema alienação parental ultrapassa o espaço privado das famílias e adentra o Judiciário na busca da resolução de conflitos que afetam principalmente as crianças. A confusão realizada quanto aos papéis de conjugabilidade e parentalidade gera na criança alienada diversos problemas de cunho psicológico, como afirma a própria lei nº. 12.318/2010, ocasionando o que chamamos de Síndrome da Alienação Parental. No ano de 2017 foi promulgada a lei nº 13.431 que determina que a alienação parental trata-se de violência psicológica e passa a engendrar possibilidade de aplicação de medidas protetivas penalizando aqueles que realizam as ações, meramente exemplificativas, elencadas na lei de 2010.

O objetivo da presente pesquisa é o de levantar dados sobre a participação e percepção dos sujeitos envolvidos no processo sobre as Ações de alienação parental.

Para isso foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório e de base quantitativa por meio de questionário estruturado de perguntas fechadas e abertas. Há a limitação do sujeito de pesquisa sendo o questionário direcionado apenas aos advogados, defensores públicos, funcionários do Ministério Público e funcionários do Poder Judiciário.

O questionário foi formulado no aplicativo Google Forms, onde a partir do link criado foi disparado em redes sociais, aplicativos de mensagens eletrônicas como Whatsapp e ainda por e-mail. Onde o acesso ao questionário se dá através do link <https://goo.gl/forms/GTbJPW36ps3y91Sy1>.

Participaram da pesquisa 81 respondentes, sendo que 58 deles são de advogados ocasionando um viés na referida pesquisa e uma problemática de análise inicial.

Os dados obtidos serão analisados com base na análise estatística neste trabalho sendo que posteriormente busca-se compreendê-los a partir de uma análise transversal com cruzamento de dados.

Os dados analisados apresentam que após o advento do Novo Código e Processo Civil houve uma maior observação da demanda judicial pela alienação parental, todavia, a maioria das demandas são incidentais e não autônomas. Percebido também que os magistrados tem utilizado na maioria da vezes da advertência e de uma possível resolução amigável sem a presença de uma equipe multidisciplinar para melhor avaliação da situação. Conclui-se que há a necessidade de um alinhamento dos procedimentos já previstos nos dispositivos legais para a melhor efetividade da proteção das crianças e adolescentes vítimas de alienação parental.

II DESENVOLVIMENTO

A primeira definição de Alienação Parental foi dada em 1985 pelo médico e Professor de psiquiatria, Richard Gardner, (apud GUAZZELLI, 2011) que a denominou como a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor. Silva explica que a alienação parental:

(...) consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores (o genitor não guardião) sem justificativa, por influência do outro genitor (o genitor guardião), com quem a criança mantém um vínculo de dependência afetiva e estabelece um pacto de lealdade inconsciente (2012, p. 145).

Com o advento da Lei 12.318/2010, o legislador se preocupou em definir a alienação parental da seguinte forma:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Neste sentido, depreende-se que, o ex-cônjuge, ex-companheiro ou até mesmo os avós, que tenham a criança ou o adolescente sob a sua custódia, que intentar afastar o filho do relacionamento com o outro genitor através da manipulação, alienação e ou mentiras promoverá a alienação parental.

Em 2017 a lei 13431 declarou a alienação parental como violência e dispôs sobre a possibilidade de aplicação de medidas de proteção a criança ou adolescente vítimas da mesma.

2.1 CONCEITOS DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome da Alienação Parental – SAP, segundo Fonseca (2010, p. 6) “é a consequência da prática da alienação parental, que insurge do apego excessivo e exclusivo do menor com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro”.

Segundo Trindade (2010, p. 25) a Síndrome tem sido identificada como uma forma de negligência contra os filhos, constituindo uma forma de maltrato e abuso infantil. Denise M. Perissini da Silva (2012, p.146), destacou que a SAP age sobre duas frentes, em que agindo de forma psicopatológica um genitor usa todos os tipos de meios para atingir a imagem do outro e a outra frente faz com que a criança modifique efetivamente seus pensamentos e sentimentos sobre o outro pai, vítima da alienação.

A meta do alienante é desmoralizar o não guardião, implicando comportamentos abusivos contra a criança ou adolescente, criando imagens

distorcidas das figuras paternas e maternas, de forma a promover o afastamento do menor e o genitor alienado, destruindo o vínculo parental.

Deve-se aqui deixar claro que a Síndrome de alienação parental não é reconhecida pelo meio médico psiquiátrico em seus manuais, trata-se de uma denominação que ganhou força mais pelo sua existência fática do que por sua construção clínica.

2.2.1 Implantação de Falsas Memórias

O que se denomina de Implantação de Falsas Memórias, para Cabral e Dias (2019) vem da conduta doentia do genitor alienador. Ele com o objetivo de denegrir a imagem faz uma espécie de lavagem cerebral utilizando a narrativa do infante acrescentando maliciosamente ou mesmo fatos que não aconteceram e o aliciado vai aos poucos se “convencendo” da versão que lhe foi “implantada”. Pinho completa ainda eventualmente “a criança vai internalizar tudo e perderá a admiração e o respeito pelo pai, desenvolvendo temor e mesmo raiva do genitor. Mas, com o tempo, a criança não conseguirá discernir realidade e fantasia e manipulação e acabará acreditando em tudo” (2010) a realidade vai aos pouco dando lugar à falsas memórias

2.2.2 Níveis da Síndrome de Alienação Parental

Gardner (2003) destaca três níveis de alienação parental que podem ser experimentados pela criança, e a partir disso vir a se instalar a síndrome, sendo eles, leve, moderada e grave. Nos casos em que a SAP se apresenta de modo leve, Gardner (2002, p. 13) diz que um dos genitores fala esporadicamente mal do outro, logo, não afeta seriamente a relação da criança com outro, pois a mesma consegue manter um bom relacionamento com ambos os pais. Nos casos considerados moderados, a programação contra o outro genitor resulta em lutas em torno da visitação, dificultando o contato da criança com o outro cônjuge, no entanto, ainda assim, a criança consegue manter uma relação razoavelmente saudável com ambos. Já nos casos considerados graves, Gardner (2002) relata que a criança se encontra totalmente programada para rejeitar o outro pai/mãe, se recusando na manutenção de qualquer tipo de contato.

2.4 DO AMPARO JURISDICIONAL

Diante do tema discorrido, ainda resta a questão referente ao modo que o Poder Judiciário está tratando a Síndrome de Alienação Parental, quando lhe são constatados esses casos nos litígios familiares. No dia 26 de Agosto do ano de 2010, foi sancionada a Lei nº. 12.318, onde reconhece a conduta alienadora, e tem o condão de proteger a criança e todo aquele que está sujeito em ser vítima de tal conduta. Passaremos a analisar os artigos da referida lei, mas antes é mister, que tratemos os direitos da criança e adolescentes elencados na Lei nº. 8.060 de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECRIDAD foi sancionado no dia 13 de julho de 1990. A partir do Estatuto, crianças e adolescentes brasileiros, sem distinção de raça, cor ou classe social, passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, considerados como pessoas em desenvolvimento a quem se deve prioridade absoluta do Estado (RABELO, VIEGAS, 2013).

O ECRIDAD estabelece direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária para meninos e meninas, como também foram assegurados no art. 227 da Constituição Federal, veja:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O Estatuto por sua vez, confirmou os direitos assegurados na Carta Magna no seu artigo 5º, colocando a salvo as crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer tipo de atentado.

No Brasil, foi aprovada em 26/08/2010 a Lei nº. 12.318, que dispõe acerca da Alienação Parental e cujas disposições já eram anunciadas pela

doutrina e jurisprudência. Para Perez (2010) a aprovação da Lei faz com que a expressão “alienação parental”, que contém elementos da Psicologia, se incorpore ao ordenamento jurídico com uma disciplina própria, para reconhecer e inibir de forma mais ágil e segura ao Estado tal modalidade de abuso psicológico que, em determinados casos, corresponde ao próprio núcleo de litígio entre o casal.

Ainda segundo o autor, a aprovação da referida lei, ocorre em contexto de demanda social por maior equilíbrio na participação de pais e mães na formação de seus filhos. A família deixa de ser considerada como mera unidade de produção e procriação para se tornar lugar de plena realização de seus integrantes, distinguindo-se claramente os papéis de conjugalidade e parentalidade.

Segundo Perez (2010) a lei pretendeu definir juridicamente a alienação parental, não apenas para afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe, mas também para induzir exame aprofundado em hipóteses desta natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno. Nesse sentido, conforme vimos anteriormente no capítulo de “Alienação Parental”, a lei no seu artigo 2º, definiu a AP, sob o aspecto jurídico, a interferência abusiva na formação psíquica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este. E a lei posterior (13.431/ 2017) já versa de forma clara sobre a relação da psicologia com o direito compreendendo do a alienação parental como uma violência psicológica.

Ademais Perez (2010) destaca que foi observada a cautela de não restringir autoria de atos de alienação parental a genitores, sob o condão de impedir que a intermediação de terceiros afaste, ou seja, adotada para mascarar a constatação de atos de alienação parental. No parágrafo único do artigo 2º, da referida lei, o legislador trouxe um rol de hipóteses que caracterizam a alienação parental, esclarecendo que tal rol é meramente exemplificativo.

Perez (2010) diz que o sentido do rol exemplificativo, que traz a tona condutas práticas que, em regra geral, tendem a frustrar a convivência saudável da criança ou adolescente, também imprime caráter educativo à norma, na medida em que devolve claramente à sociedade legítima sinalização de limites éticos para o litígio entre os ex-cônjuges.

2.5 AVALIAÇÃO MULTIDISCIPLINAR

Compreendendo que a o legislador vem engendrar a psicologia com o direito para a melhor compreensão da relação afetiva que se judicializa presa-se pela necessidade de profissionais da área psi e social estejam sempre presentes na análise da existência ou não da alienação parental.

Contudo como se verá no resultado desta pesquisa a presença destes profissionais não é comum e muitos acreditam que uma “conversa” com a magistrado pode solucionar o problema em questão.

A análise de tais profissionais é prevista em diversos dispositivos do ordenamento legal/jurídico. A lei 12.318/10 trás em seu artigo 5º que haverá profissional ou a equipe profissional encarregada pelo Juízo para realizar a perícia de avaliação de ocorrência, ou não, da alienação. Deve inclusive tal profissional possuir comprovada experiência técnica ou acadêmica no assunto:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

O Código de Processo Civil (Lei 13105/2015) no título que trata de ações sobre o Direito das Famílias descreve novamente a importância da presença de tais profissionais no art. 699: Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado abuso ou a alienação parental, o juiz, o tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Já a lei 13431/2017 trás ainda a necessidade de que, como trata-se de uma violência psicológica, as crianças e adolescentes devem ser atendidos por profissionais através de uma escuta especializada e com depoimentos ausentes de danos (artigo 12, inciso I).

III METODOLOGIA

O objetivo da presente pesquisa é o de levantar dados sobre a participação e percepção dos sujeitos envolvidos no processo sobre as Ações de alienação parental.

Para isto foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório e de base quantitativa onde através de questionário estruturado de perguntas fechadas e abertas. Há a limitação do sujeito de pesquisa sendo o questionário direcionado apenas aos advogados, defensores públicos, funcionários do Ministério Público e funcionários do Poder Judiciário.

O questionário foi formulado no aplicativo Google Forms, disparando-se o link em redes sociais, aplicativos de mensagens eletrônicas como WhatsApp e ainda por e-mail. Onde o acesso ao questionário se dá através do link <https://goo.gl/forms/GTbJPW36ps3y91Sy1>.

Participaram da pesquisa 81 respondentes, sendo que 58 deles são de advogados ocasionando um viés na referida pesquisa e uma problemática de análise inicial.

Os dados obtidos serão analisados com base na análise estatística neste trabalho sendo que posteriormente busca-se compreendê-los a partir de uma análise transversal com cruzamento de dados.

IV RESULTADOS

Na análise acima apresentada averiguou-se que dos respondentes 68,8% informaram ter participado de uma ação onde fora debatida a alienação parental. Destas 55,8% foram ações incidentais, ou seja, ações que iniciaram-se

no decorrer de outras ações de competência das varas de família. Tal indicação demonstra que há sim ações em que a alienação parental é ato principal, haja vista que 44,2% delas foram indicadas como autônoma.

É demonstrado também que a maioria das ações foram realizadas após a vigência do Novo Código de Processo Civil (depois de 2015) demonstrando que com o advento do dispositivo processual houve uma procura relevante de solução de conflitos relacionados ao tema no judiciário capixaba.

Os dados coletados apontam que os três principais tipos de alienação apresentados pelos entrevistados foram: a) I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; b) III - dificultar contato da criança ou adolescente com genitor; c) IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar. É necessário frisar que tais opções são referentes à Lei 12.318/2010 que, de maneira exemplificativa, apresenta formas de alienação.

Destacamos também que 72,1% dos entrevistados alegaram já ter presenciado a ocorrência de alegação de Alienação Parental em alguma ação e esta não foi indicada nos autos. O que gera uma grande preocupação aos pesquisadores haja vista que a lei apresentada anteriormente, o código de processo civil e a lei 13.431/2017 trazem a mesma como uma violência psicológica da qual a criança ou adolescente deverá ser protegido, assim sendo inferisse que há ações que poderiam compor o quadro de informações acima porem como não são apresentadas categorizadas nos processos não geram dados.

Já quanto quanto ao desfecho das ações vivenciadas, as alternativas que mais foram indicadas foram: declarar a ocorrência de alienação; III - estipular multa ao alienador; V - determinar a alteração da guarda.

Utilizando uma escala linear, solicitou-se que os respondentes apresentassem sua opinião sobre a importância da participação da equipe multidisciplinar. Contudo, foi percebido um erro na produção do questionário, haja vista que se o entrevistado só viu uma audiência que versasse sobre alienação, somente esta poderia ser sua resposta. Identificamos a problemática e modificamos a questão. Os dados encontrados demonstram que a maioria dos respondentes concorda integralmente que a mesma é essencial nos casos de alienação parental. Entretanto, ao se questionar, utilizando a mesma técnica, se “Uma ‘conversa’ do juiz ou do mediador com as partes é melhor do que a constituição de uma ação específica de alienação parental.”, per-

cebemos que há uma distribuição de opiniões, sendo que os maiores níveis de concordância, em uma escala de 1 a 5, foram 2 e 3, onde 1 trata-se de discordar totalmente e 5 concordar totalmente.

Percebe-se que há uma contradição na construção da ideia dos respondentes, haja visto que se estes, sujeitos conhecedores da lei que versa sobre o tema em questão, entendem que a equipe multidisciplinar é importante, como esta conseguiria atuar se com uma mera “conversa” informal a situação deixaria de existir?

IV CONCLUSÃO

A alienação parental deixou de ser algo “normal” nas relações familiares e passou a fazer parte do mundo legislativo. Porém fazer parte deste mundo e efetivamente se tornar uma forma de proteção a criança e ao adolescente que sofre esta violência psicológica.

Os dados da pesquisa demonstram que com o passar dos anos há sim o aumento do número de ações referentes a alienação parental, de maneira autônoma ou incidental, mas que ainda poucas são as punições nesta seara, restringindo-se na maioria dos casos em reconhecimento da mesma, a estipulação de multa ao alienador e a alteração da guarda.

O debate sobre a participação da equipe multidisciplinar ainda é necessário haja visto que muitos acreditam na importância destes profissionais na análise do caso em concreto porém de maneira controversa acreditam que o Juiz através de sua oratória pode resolver a questão amigavelmente.

Fato é que os sujeitos que atuam em ações de alienação parental ainda não percebem uma evolução na efetividade da aplicação dos dispositivos legais que a engendram, havendo um olhar ainda superficial que necessita de mais cuidado.

V REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Vigência a partir de 17.3.2016). “Código de Processo Civil.” Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.Htm>. Acessado em 20 de outubro de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2015

BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis L, v. 8069, 1995.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L_8069_1995)

BRASIL, Lei 12318 de 26 de agosto 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 10 nov. 2015.

BRASIL, Lei 13431 de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 29 de jul. 2017.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat, DIAS, Maria Pricila Magro. **Alienação parental: quando a implantação de falsas memórias decorre do exercício abusivo da guarda.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13352. Acesso em 28/06/2019.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. Síndrome de Alienação Parental.. Disponível em: <<http://http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>>. Acesso em: 13 Jun 2015.

GARDNER, R. A. The Parental Alienation Syndrome (= A Síndrome de Alienação Parental), Segunda Edição, Cresskill, NJ: Creative Therapeutics. **Inc.1988.** Disponível em: <http://www.rgardner.com>). Acesso em: 10 out. 2015

- GUAZZELLI, Mônica. “A Falsa Denúncia de Abuso Sexual”. In: DIAS, M. B. (Coord.) *Incesto e alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. Ed. Campinas: Autores Associados, 2011.
- PEREZ, Elizio Luiz. *Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010)*. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental. Realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. Ed. São Paulo: RT
- RABELO, Cesar Leandro; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida R. **Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10593&revista_caderno=12>. Acesso em: 18 Jun. 2013.
- SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. A interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância. Rio de Janeiro: Forense, 2012,

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CIVIL FRENTE O CONTRATO DE TRABALHO INDIVIDUAL NA PROPOSTA DA PLV 17/2019

Arthur Bezerra de Souza Junior

Ronaldo de Oliveira Jarnyk

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo promover a discussão e reflexão de um pequeno ponto que foi inserido pela Comissão Permanente do Congresso Nacional no texto original da Medida Provisória 881/2019 (MP 881/19), convertida em Projeto de Lei de Conversão 17/2019 (PLV 17/2019), tramitando, atualmente, no Poder Legislativo Federal.

O objetivo principal do Poder Executivo ao editar a referida MP, era o de melhorar os procedimentos administrativos vinculados ao empreendedorismo e, desta forma, fomentar ainda mais a livre iniciativa. Nos dias atuais, é excessiva a quantidade de procedimentos específicos para liberação de um estabelecimento empresarial para o pleno funcionamento, mesmo tendo uma atividade empresária de baixo risco.

No entanto, dentro do trâmite do Processo Legislativo, o texto original da MP ganhou novos elementos através de aditivos e apensamentos. Segundo estimativas da própria Comissão Permanente, houve mais de trezentas modificações. Entre estas modificações está o incremento da redação do Art. 444 da CLT, com a inclusão do parágrafo 2º, prevendo o regimento do Código Civil para contratos

avencados entre empregado e empregador, com remuneração acima de 30 salários mínimos, fomentando uma discussão jurídica quanto a classificação do contrato de trabalho individual frente aos contratos civis de prestação de serviços.

1. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CIVIL E DO TRABALHO - PÚBLICO E PRIVADO

A divisão da natureza jurídica dos ramos do Direito remonta a Roma antiga, quando era explicitado que o ramo do direito público era tocante aos assuntos jurídicos do Estado Romano. Por sua vez, o Direito Privado estava vinculado às relações privadas.

Embora esta divisão tenha avançado ao longo dos tempos como a mais aceita, há correntes de pensadores e juristas que discordam de tal classificação como única ou absoluta, como salienta Maria Helena Diniz:

Esse critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular. Há uma correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também o Estado e vice-versa. (DINIZ, 2017, p.267)

A falta de consenso, discorre ainda, sobre possíveis maneiras de estabelecer esta divisão. Para alguns autores, esta estaria fundamentada sobre o interesse preponderante, de forma que, as normas do direito público buscavam garantir o interesse coletivo, mais precisamente da sociedade, de forma direta e, indiretamente, os interesses particulares. Mas, resta claro, que esta divisão se mostra insatisfatória também, uma vez que é impossível dissociar os interesses ou especificar de maneira precisa quando um se sobrepõe ou prescinde o outro.

Este esclarecimento inicial se faz necessário, uma vez que o objeto do presente estudo é a análise sobre a reclassificação do contrato individual do trabalho, proposta em nova redação dada ao Art. 444, com a inclusão do §2º, na tramitação da PLV 17/2019 no Congresso Nacional, *in verbis*:

“Art. 444

§1º (renumerado parágrafo primeiro)

§2º Os contratos de trabalho de remuneração mensal acima de 30 (trinta) salários mínimos, cujas partes contratantes tenham sido assistidas por advogados de sua escolha no momento do pacto, será regido pelo direito civil, ressalvadas exclusivamente as garantias do art. 7º da Constituição Federal.” (NR) - (PLV 17/2019, p.39)

De um lado, ao ser analisado o Direito Civil como é conhecido atualmente, é imperiosa a denominação de “direito comum”. Esta nomenclatura é dada, pois este ramo estabelece as normas para as relações quotidianas, que vão desde aquisições, doações, contratos de transporte, empreitada, corretagem, entre outros. Seus balizadores são: “os da personalidade, autonomia de vontade, liberdade de estipulação negocial, propriedade individual, intangibilidade familiar, legitimidade de herança e do direito de testar; e solidariedade de herança” (DINIZ, 2017, p. 284). No entanto, quando observado o texto da proposta acima exposto, identificamos uma mescla de competências, aparentemente em choque, pois o texto prevê que as garantias trabalhistas do Art. 7º da Constituição Federal, não estarão sob a competência do Direito Civil.

A força de interesses ligadas aos negócios jurídicos decorrentes de algumas relações, exerce influência para especialização do Direito, exigindo uma análise filosófica mais aprofundada dos princípios e postulados a este inerentes, de maneira a permitir uma assertividade jurídica na produção das decisões expressas nos julgados. Com esta influência, nascem outros segmentos dentro do direito privado, tais como: Direito empresarial, o Direito do Trabalho e Direito do Consumidor. De tal sorte, como se submeterá parte de um contrato, cuja a natureza seja empregatícia e de relação de trabalho almejando um resultado, à competência jurisdicional sem especialidade para tal, afrontando o texto da própria Constituição?

Em todos os ramos do direito privado é possível identificar a presença do contrato como instrumento para pautar a relação de interesse entre particulares que, por algum motivo específico, desejam estabelecer, entre si, vínculos obrigacionais e de direito. Mas, em dois destes segmentos se identifica a hipossuficiência como uma característica a ser controlada, com o intuito de minimizar o desequilíbrio presente na lide, resultante do

poderio econômico dos conglomerados empresariais. Esta característica reside nos Direito do Trabalho e do Consumidor, ambos de natureza jurídica privada.

O Direito do Trabalho é classificado como uma relação de natureza jurídica privada, por permitir o vínculo jurídico entre dois particulares, sendo: de um lado o empregado e, do outro, o empregador. A relação nasce de um interesse econômico mútuo através do qual, um vende sua mão de obra para obter recursos financeiros, o empregado; já o empregador paga por este trabalho, no intuito de garantir o funcionamento do seu negócio. Neste sentido, observa Sérgio Pinto Martins:

(...) o Direito do Trabalho é um ramo do direito privado. Houve um desenvolvimento do contrato de trabalho em relação à locação de serviços do Direito Civil, de onde se originou. Os sujeitos do contrato de trabalho são dois particulares: o empregado e o empregador. (MARTINS, 2016, p.45)

Embora a relação de trabalho seja entre particulares, o poder econômico presente ao longo do desenvolvimento de toda a atividade empresária, expõe o trabalhador a um patamar desigual, gerando uma relação de hipossuficiência, como já explanado acima. Este quesito é a justificativa mais que necessária, para que o Estado, em sua obrigação constitucional de garantir guarida às minorias, surja como implementador de políticas públicas e corregedor da atividade trabalhista e empresária, expondo, também, um papel social do Direito do Trabalho.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO BALIZADORA DOS DIREITOS COLETIVOS E O VIÉS SOCIAL DO TRABALHO

Como preâmbulo elucidador ao objeto do presente artigo, é de vital importância uma breve consideração sobre a relação da Constituição, as normas infraconstitucionais e os efeitos por estas produzidos, seja de influência seja de resultado, em especial no que tange os direitos sociais.

Em sua obra da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen aborda a norma constitucional como fundamental e estruturante para suportar o perfeito funcionamento do Estado e de garantia de direitos e liberdades

fundamentais. Os efeitos por esta produzidos, são extensivos em todo compêndio jurídico, inclusive nas naturezas jurídicas, quer seja do direito privado ou público, no direito individual ou coletivo, no direito comum ou especial.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento, quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento. (KELSEN, 2013, p.121)

Assim, cumpre destacar a unidade jurídica composta pelo entrelaçamento fundamental, formando uma trama perfeita de conceitos e princípios, de maneira que não há como alterar um texto normativo, sem vinculá-lo a um fundamento basilar originário do Estado ou propiciar uma ruptura com tal.

Feita esta explanação, que será imprescindível a considerações mais adiante, cabe debruçar sobre a estrutura da Constituição da República Federativa do Brasil e, com especial relevância, ao bloco de direitos e garantias fundamentais.

É no Título II do texto da Carta Magna brasileira que estão assentados os direitos e garantias fundamentais, divididos em cinco capítulos entre do Arts. 5º ao 17, que são assegurados pelo sistema jurídico nacional. No capítulo I estão os direitos individuais e coletivos; no capítulo II estão os direitos sociais; no capítulo III os direitos de nacionalidade; no capítulo IV os direitos políticos individuais; no capítulo V os direitos políticos coletivos, mais precisamente, a origem, organização e funcionamento dos partidos políticos.

No capítulo II, abordando os direitos sociais, estão os direitos individuais e coletivos do trabalhador, expostos do Art. 6º até o Art. 11 da CF/88. Ao longo destes artigos é possível localizar conquistas advindas de lutas pela defesa da dignidade do trabalhador, e, também, de sua livre associação, organização sindical, para reduzir a condição de hipossuficiência, em situações que envolvam negociações coletivas ou de classe.

Nesta tônica é necessário citar o protagonismo constitucional dado à defesa de direitos fundamentais, tais como: a dignidade da pessoa humana, os direitos individuais e coletivos, advindos do pensamento neo-constitucionalista. Basta analisar que, dentro da Constituição da República Federativa do Brasil, a defesa destes direitos está positivada no Art. 1º, III, entre os fundamentos da República. Desta forma, a redação deste artigo demonstra a preocupação do constituinte com a questão humanitária promovida pelo Estado brasileiro, de maneira a dar ao ser humano o protagonismo da organização e atuação na estrutura do Estado nacional (PAULO, 2015, p. 94).

Ainda no diapasão de vinculação das normas jurídicas ao bastião constitucional, mais precisamente aos direitos fundamentais, é entendimento régio da doutrina, a subsunção da vontade privada aos direitos fundamentais constitucionais, mesmo diante de um contrato entre particulares, como elucidada Vicente Paulo, independente se este contrato seja de cunho trabalhista ou civil:

Assim, na celebração de um contrato de trabalho entre empresa privada e empregado, os sujeitos atuam sob o princípio da autonomia da vontade, no ajuste das respectivas cláusulas. Entretanto, não poderão afastar os direitos fundamentais incidentes sobre o negócio, por exemplo, estabelecendo cláusula em que o obreiro renuncie ao exercício de seu direito fundamental à liberdade de greve. (PAULO, 2015, p.107)

O texto constitucional brasileiro foi redigido sob a égide da concepção do Estado Democrático de Direito e social, do qual emana o princípio da proibição de retrocesso social, mesmo que não esteja expresso, mas trata-se de um postulado inequívoco. A expressão francesa *effect cliquet* usada para mencionar o princípio de proibição ao retrocesso social, cujo objetivo é impedir que o legislador atue com iniciativas legislativas que venha a desconstruir aquilo que ele mesmo estabeleceu nas normas do texto constitucional (PAULO, 2015, p. 267).

O impedimento ao retrocesso de conteúdo social pelo texto fundamental, é para evitar perdas dos benefícios prestacionais do Estado, de forma que os níveis alcançados não sejam reduzidos ou suprimidos,

ao menos que haja a implantação de políticas públicas compensatórias pelas instâncias governamentais. Aqui fica demonstrado também o entrelaçamento das naturezas jurídicas, público e privadas, atuando de forma sobrepostas, para garantir direitos sociais atrelados aos negócios jurídicos gerados entre particulares.

Torna-se imperativo analisar com atenção demasiada a citação de J.J. Gomes Canotilho feita por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, quanto a proibição do retrocesso social:

O renomado constitucionalista J.J. Gomes Canotilho refere-se ao princípio da proibição de retrocesso social nos seguintes termos: “O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”. (PAULO, 2015, p.265)

É possível complementar o pensamento de Canotilho sob a luz do entendimento de Hans Kelsen, para quem “na norma fundamental, achase, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico” (KELSEN, 2013, p.125). Desta forma, o texto constitucional é, em último crivo, o ponto de início e fim de toda decisão jurídica, abarcando-se os contratos entre particulares. Considerando que as leis infraconstitucionais estão imbuídas de constitucionalidade verificadas ao longo do processo legislativo, na Carta Magna também se encerra, quando não exaurida sua aplicabilidade jurídica, sua produção de direitos ou o acórdão proferido por um Tribunal. A competência para analisar as relações de trabalho está expressa no Art. 114, II e IX da CF/88, submetendo-a a jurisdição especial.

Por isso, a submissão de contratos de trabalho à esfera civil e não a trabalhista, mesmo que por quesitos específicos, macula direitos sociais da segurança do direito do trabalho embasados em seu texto positivo e nos direitos fundamentais e sociais, cabendo ao Estado balizar seu controle, no intuito de prover a manutenção da análise de contratos destas características sob especificidade do segmento jurisdicional, neste caso, a

justiça do trabalho, conforme o Art. 114 da própria Constituição Federal determina.

3. O CONTRATO COMO LEI ENTRE AS PARTES

Os contratos, de maneira geral, surgiram como forma de evidenciar uma espécie de negócio jurídico, podendo ser bilateral ou plurilateral. Um dos aspectos basilares é a vontade entre as partes, já que visa regulamentar interesses particulares.

Basicamente, os contratos, quando formulados e concretizados, visam proteger cada parte envolvida, pois combinam interesses de parte a parte, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. É possível ver estes quesitos na conceituação dada por Maria Helena Diniz:

Ante o exposto, poder-se-á dizer que o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2013, p.32)

Importa ressaltar que, por se tratar de um negócio jurídico, o contrato é bilateral ou plurilateral, e não a reunião de vários negócios jurídicos unilaterais. Desta forma, o equilíbrio da relação se estabelece pela subordinação de cada envolvido ao que foi avençado, promovendo um consenso, ocasionalmente, reduzido a termo. Assim, não há que se falar em alterações contratuais unilaterais, pois, as partes estão submetidas à vontade que contraíram, reduzidas ou não a termo, fruto da idoneidade e sintonia com o que acordaram. Daí o brocárdio jurídico de que: “o contrato faz lei entre as partes”.

3.1. A relação do contrato civil e do contrato de trabalho

Em sintonia com as referências anteriores, o Direito do Trabalho se originou no Direito Civil, evoluindo ao longo do tempo, até alcançar sua autonomia em matéria jurídica. Embora o Código Civil trate da prestação

de serviços nos Arts. 593 a 609 e de empreitada nos Arts. 610 a 626, o contrato de trabalho evoluiu ao longo do tempo, distanciando-se do modelo jurídico da prestação de serviços, pura e simples, ao tutelar outros bens jurídicos.

A influência do Direito Civil sobre os procedimentos contratuais trabalhistas ainda permanece, conservando princípios como: a consensualidade – vontade das partes; a celebração entre particulares; a ausência de solenidade; sinalagmático – estabelecimentos de obrigações de parte a parte; trato sucessivo, com renovação ao longo do tempo; onerosidade – a pressuposição de pagamentos em pecúnia, pelos serviços recebidos. Ressalvando a necessidade de atendimento aos fundamentos dos negócios jurídicos: a vontade entre as partes deve ser livre e desimpedida, executada por agentes capazes, contendo um objeto lícito e sem exigência de forma específica.

Como demonstra Sérgio Pinto Martins (2016, p. 77), há “duas teorias para justificar a natureza jurídica do contrato de trabalho: a teoria contratualista e a teoria anticontratualista”. Esta divisão objetiva segregar o nível de autonomia do empregado para discutir as cláusulas contratuais laborativas. Embora a teoria contratualista considera que basta a vontade das partes (empregado e empregador) para estabelecer a relação contratual, na prática, o empregado é submetido a um contrato de adesão. Por sua vez, a linha anticontratualista, entende que o empregado é absorvido pela empresa ao ser contratado, de forma a ser aniquilada sua autonomia para discutir as cláusulas contratuais, já que a empresa impõe suas condições e regras.

As discussões das teorias contratualistas e anticontratualistas são o fomento adequado para que, o Estado, fazendo uso de políticas específicas, regulamente de maneira rígida e assertiva, formas de estabelecimento de contratos, principalmente os de trabalho, endossando seu compromisso constitucional com direitos e garantias fundamentais, em especial, os direitos sociais, os quais não podem apresentar regressão ou supressão, como já abordado anteriormente, podendo classificar as alterações na legislação como inconstitucionais.

Observe-se que os contratos abarcados no Código Civil são diferentes dos contratos de trabalho, já que em um se tem o contrato da atividade e, no outro, o contrato é amparado nos resultados, como esclarece Sérgio Pinto Martins:

Na prestação de serviços contrata-se uma atividade e não um resultado, inexistindo subordinação entre o locador dos serviços e o locatário. Contrata-se uma atividade profissional ou um serviço, mas nunca um resultado. Normalmente a prestação de serviços tem por preponderância uma atividade intelectual, enquanto a empreitada envolve atividade braçal. (MARTINS, 2016, p.78)

Assim, resta claro que, enquanto no contrato de trabalho o objeto é um resultado, o prestador de serviços é contratado por uma atividade específica. Nesta tônica também é a análise promovida por Maria Helena Diniz dos contratos de prestação de serviço, pela ótica do Direito Civil, afirmando que “o objeto desse contrato locatício é uma obrigação de fazer, ou seja, a prestação da atividade lícita, não vedada por lei e pelos bons costumes, oriunda da energia humana aproveitada por outrem, e que pode ser material ou imaterial (CC, Art. 594)” (DINIZ, 2013, p. 314). Com isso, fica evidenciada a diferença clara, já que contrato de trabalho sustenta a busca por resultado, submetendo o trabalhador a chefia ou o patronado e, por consequência às suas ordens. Enquanto o contrato de empreita ou prestação de serviços, não possuem tal vertente, já que o objeto do contrato prescinde a subordinação.

É importante destacar que, não pode a meta de desburocratizar ou simplificar as relações contratuais de trabalho, amparadas na justificativa de que estas relações ocorram entre particulares, seja utilizada como maquiagem para desviar a vinculação do contrato de trabalho individual a direitos sociais constitucionais, com o prevê Vicente Paulo:

Ademais, mesmo naquelas situações em que não há uma expressa imposição constitucional, o entendimento doutrinário dominante, no constitucionalismo pátrio, é de que os direitos fundamentais se aplicam, também, às relações privadas. Segundo essa orientação, não podem os particulares, com amparo no princípio da autonomia da vontade, afastar livremente os direitos fundamentais. (PAULO, 2015, p.107)

Sendo assim, a proposta de flexibilização dos contratos individuais de trabalho dada pela nova redação com a inclusão do §2º do Art. 444 da

CLT, mostra-se inconstitucional de matéria, em real conflito com direitos fundamentais sociais. O texto Constitucional no caput do Art. 7º positiva o compromisso com a garantia de melhoria de sua condição social do trabalhador, o que não ocorre com flexibilização ou perda de direitos, entre eles, aqueles estabelecidos através do afastamento da apreciação da justiça especializada, no caso em tela, a justiça do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise a situação-problema levantada, amparado pela doutrina dos diversos autores citados, da legislação vigente e da propositura em tramitação legislativa, é possível concluir que há uma tentativa, discreta, de desvinculação dos contratos trabalhistas da esfera judicial especial.

Como já observado, a proposta pode ser considerada inconstitucional de matéria, já atenta, mesmo que parcialmente, a direitos principiológicos da Carta Magna. Além disso, preceitua a discussão de contratos na esfera cível, mesmo havendo subordinação do contratado ao contratante, uma vez que, o texto proposto cita verbalmente o termo: “os contratos de trabalho”, promovendo um choque de competências.

O compromisso e a volição entre particulares, no máximo exercício de sua liberalidade, não sobrepõem o papel do Estado de garantidor dos direitos constitucionais, tanto na via de direitos sociais do trabalho, como na via de proteção da competência estabelecida na Carta Magna da apreciação de qualquer lide.

Portanto, estudar e compreender os corolários e postulados que fundamentaram a propositura citada, elucida a necessidade de constante atenção e participação das entidades de classe, dos sindicatos e da sociedade civil organizada, seja das audiências públicas, dos debates, se valendo dos remédios constitucionais disponíveis, se necessário for, no intuito de preservar os preceitos constitucionais, atendendo de forma justa às demandas fundamentais, sem comprometer as bases do Estado Democrático de Direito e nem tão pouco produzir ilegalidades com “verniz” de legalidade sob o mote de exercício da liberdade.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26^a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – volume 3**. 29^a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito; tradução de J. Cretella e Agnes Cretella**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 9^a edição, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de Direito do Trabalho**. 9^a edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 14^a edição. Ed. Método, 2015.

A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INDÍGENAS: A GARANTIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA CULTURA INDÍGENA

Juliana Felipe dos Santos Teixeira

Claudia de Moraes Martins Pereira

Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, ao ser criado em 1990, inovou com o rompimento da doutrina irregular do até então Código de Menores, de 1979, que tratava crianças e adolescentes como objetos. Com o ECA, a doutrina que passou a ser utilizada foi a chamada “doutrina da proteção integral”.

O § 6º do artigo 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente, refere-se à adoção de crianças e adolescentes indígenas ou provenientes de comunidades quilombolas. O artigo prevê que a identidade social e cultural deve ser mantida, assim como seus costumes e tradições originais. O referido artigo prioriza, ainda, a adoção desse grupo para famílias do seio de suas comunidades.

Entretanto, para que a finalidade de priorizar tais famílias se concretize, os indígenas gozam de proteção do Estado no aspecto constitucional e por lei especial, e o Estatuto do Índio para proteger a cultura dos infantes.

Um dos princípios-norte para guiar as relações de parentesco é o da dignidade da pessoa humana. O ECA, em seu artigo 101, § 1º, dispõe que a instituição de acolhimento é uma medida excepcional e que, se

mantida a criança por muito tempo em suas acomodações, sua dignidade passa a ser ferida, prejudicando também, conseqüentemente, o princípio em questão.

Entretanto, para a criança/adolescente indígena, as regras de adoção são mais específicas, pois, além de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser garantido que as origens culturais da pessoa adotada não serão prejudicadas. Para isso, os infantes indígenas têm como famílias prioritárias para adoção aquelas que provêm de seu seio familiar original, ou seja, da comunidade indígena a qual, um dia, fizeram parte.

Com tal prioridade estabelecida, observa-se a demanda de extrema cautela, por conta das especificidades da adoção indígena, pois, além de garantir os direitos fundamentais especiais contidos no ECA, deve-se observar as peculiaridades de organização social, dos costumes, crenças e tradições indígenas.

A evolução da legislação brasileira em relação à adoção

Ao analisar o histórico da adoção, percebe-se que esta se encontra presente em todos os povos e foi disciplinada ainda antes de Cristo, com o Código de Hamurabi, que determinava sanções gravíssimas a quem desobedecesse a ordens dos pais adotivos, como cortar a língua ou, ainda, furar os olhos, muitas vezes arrancando-os. (HISTÓRIA...; 2013).

Já na Bíblia, no livro de Êxodo, pode-se ver a história de Moisés, que foi deixado em um pequeno cesto por sua mãe à margem do rio e encontrado pela filha do Faraó, que o adotou e criou como seu próprio filho. (BÍBLIA; Êxodo, 2: 1-10)

Observando o direito romano, é possível enxergar uma maior organização. Ao ingressar em uma nova família, o vínculo com a família anterior é quebrado, passando o adotado a ser incluído na natureza política, econômica e social da nova família, deixando, por exemplo, o *status* de plebeu para se tornar patrício. (AMIN *et al.*; 2018, p. 352).

Entretanto, no período da Idade Média, os interesses passaram a conflitar com as regras sobre adoção. Vale ressaltar que os entendimentos predominantes eram da Igreja Católica e esta acreditava que, por serem bênçãos divinas, os filhos deveriam ser concebidos pelo casal. Diante disso,

caso um dos companheiros fosse estéril, os cônjuges não eram abençoados por Deus para serem pais, não podendo, portanto, adotar. (AMIN *et al.*; 2018, p. 353).

O retorno da adoção ocorreu no Código Civil Francês de 1804, o Código de Napoleão e, por ser de grande influência no ocidente, seu mecanismo espalhou-se por todo o hemisfério como sendo de caráter assistencialista, e não potestativo. (AMIN *et al.*; 2018, p. 353).

No Brasil, a adoção foi prevista no Código Civil de 1916 e teve sua primeira alteração no ano de 1957, ao reduzir a idade mínimo do adotante para 30 anos.

A Constituição Federal de 1988 inovou a matéria da adoção e, por consequência, surgiu, dois anos depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo consigo nova sistemática no que diz respeito à adoção de crianças e adolescentes. O Estatuto passou a exigir sentença judicial para tal ato jurídico e vedar qualquer discriminação em relação a origem da filiação. (AMIN *et al.*; 2018, p. 355).

Diante disso, ao tratar-se de adoção de menor de idade, as diretrizes eram regidas pelo ECA, sendo esta de caráter judicial. Já quanto aos maiores de 18 (dezoito) anos, a regulamentação ocorria pelo Código Civil de 1916, sendo realizada por meio de escritura pública.

Porém, com o Código de Civil de 2002, toda adoção passou a ser realizada pela via judicial, independentemente da idade do adotando, conforme seu artigo 1.623, posteriormente revogado pela Lei nº 12.010/2009.

Desde então, entende-se que adoção descrita pelo ECA é um sistema de escolha de uma criança ou adolescente por um casal, levando-a para casa e criando uma nova família. Entretanto, a adoção, ao renovar-se no decorrer dos anos, passou a apresentar uma visão assistencialista, com o fim de não só buscar uma família para a criança ou adolescente, direito assegurado no ECA, mas, assim, garantir seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A relação que surge a partir da convivência entre os membros da família, criada por meio da adoção, é a de filiação socioafetiva, considerada a verdadeira, por ser construída através do desejo e vontade das pessoas envolvidas, sem abranger aspectos sanguíneos.

Procedimento de adoção e as peculiaridades da adoção de crianças e adolescentes indígenas

O termo adoção tem origem latina, vem da palavra *adaptio*, que significa *tornar alguém como filho*. É um “ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente” (WALD; 1991, p. 183).

O artigo 28 do ECA prevê as circunstâncias em que crianças e adolescentes devem ser inseridas em famílias substitutas, devendo ocorrer por meio da guarda, da tutela ou da adoção, independentemente da situação jurídica do infante.

O procedimento para adoção de um infante é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 39 a 52-D, e cumpre destacar que deve ser realizado excepcionalmente, devendo dar prioridade à manutenção na família natural. Entretanto, a forma de filiação decorrente da adoção não pode ser discriminada, não havendo qualquer distinção entre filhos adotivos e biológicos.

Quanto à legitimidade, podem adotar, como disposto no artigo 42 do ECA, os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil e se forem, no mínimo, 16 anos mais velhos que o adotando.

Entretanto, se tratar-se de adoção conjunta, ou seja, duas pessoas que sejam casadas ou vivam em união estável, basta que essa diferença de 16 anos entre o adotante e o adotando exista apenas em relação a um deles.

Se separados ou divorciados, devem tratar sobre o regime de guarda e convivência, e os alimentos. Por fim, registre-se o disposto no §1º do mesmo artigo, o qual apresenta os ascendentes e os irmãos do adotando como ilegítimos a adotar.

Para manifestar o desejo de adotar, é necessário apresentar petição em Vara da Infância e Juventude acompanhada de uma série de documentos listados no artigo 197-A do ECA e, após estudo psicossociopedagógico, que consiste em uma ou mais entrevistas com assistentes sociais e psicólogos, se comprovada a possibilidade de oferecer um ambiente familiar adequado e reais vantagens ao adotando, o pedido será deferido.

A partir de então, deverá o adotante inscrever-se no Cadastro Nacional de Adoção e especificar o perfil da(s) criança(s) ou adolescente(s) que

deseja adotar, tal como idade, cor da pele, se aceita pessoa com deficiência, entre outros.

Ao verificar que o infante que se enquadra dentro das opções informadas pelo adotante, o juiz determinará que seja realizado o chamado estágio de convivência que, conforme artigo 46 do ECA, terá duração máxima de 90 dias, observando a idade da criança ou adolescente, assim como as peculiaridades do caso.

Durante o estágio, os adotantes visitam frequentemente os escolhidos no abrigo e com eles passam algumas horas diárias. O período de estágio pode ser dispensado, caso já haja a guarda ou tutela do infante por tempo suficiente a verificação da compatibilidade da medida.

Após o término do estágio, a adoção é finalmente deferida por sentença, sendo esta irrevogável, podendo ser rompida apenas por decisão judicial, destituindo o poder familiar.

Os processos de adoção no Brasil eram extremamente morosos e, por conta disso, crianças passavam muitos anos nos abrigos públicos. Diante disso, para solucionar essa problemática, surgiu o Projeto de Lei nº 314, da então Senadora Patrícia Saboya que, após aprovado, culminou na Lei nº 12.010/2009, a qual dispõe sobre o “aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes” (artigo 1º da Lei nº 12.010/2009).

Todas as normas legais voltadas às crianças e adolescentes abrangem aqueles que se enquadram como tal, sejam indígenas, quilombolas, refugiados etc. Entretanto, por tratar-se de grupos específicos de pessoas, com etnias distintas e culturas únicas, a Lei nº 12.010/2009 incluiu o §6º no artigo 28 do ECA, apresentando características peculiares ao procedimento de adoção de crianças e adolescentes indígenas ou refugiados provenientes de quilombos:

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. (BRASIL, 2009, art.28, §6º).

Constata-se, portanto, que permanecem certas regras relativas ao processo da adoção, não importando a origem de filiação, como a vedação da adoção por procuração, a proibição de adoção entre ascendentes e irmãos, a importância do estágio de convivência, a modificação do registro do adotado que passará a conter o nome dos pais adotivos; a irrevogabilidade da adoção, os requisitos para a adoção internacional, a prévia consulta aos órgãos técnicos competentes e a manutenção de cadastro de adoção junto ao Juízo da Infância e da Juventude (GONÇALVES; 2017, p. 500)

Como seria possível, portanto, assegurar o direito a convivência familiar a toda criança e adolescente, independentemente de sua etnia ou raça, nos casos de menor indígena adotado por família não indígena, já que há a possibilidade de romper dos laços culturais e violar o direito à preservação de identidade cultural?

Os procedimentos de colocação em família substitutiva dos povos indígenas e tribais estão dispostos no artigo 12, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Nele consta que é imprescindível colher o consentimento dos interessados indígenas em audiência, inclusive disponibilizando intérprete, se necessário.

Além disso, a Funai possui normas internas relacionadas às crianças e jovens indígenas. A Instrução Normativa 01, de 2014, da Funai, visa a proteger os direitos das crianças e jovens indígenas em situação de risco.

Baseando-se nos artigos contidos nesta Instrução Normativa, Coordenações Regionais da Funai devem sempre acompanhar os casos existentes de adoção sob orientação da Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável – DPDS - e da Procuradoria Federal Especializada.

Princípio da proteção integral e princípios norteadores do Direito de Família

Constata-se que a legislação brasileira preza pela manutenção da criança e do adolescente em sua cultura nos casos de adoção por famílias não indígenas. O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 é o marco para a implementação do princípio da proteção integral da criança e do adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998, artigo 227, *caput*).

Cury afirma que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY; 2002, p. 21).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, é importante analisar alguns princípios norteadores do Direito de Família, os quais estão baseados em valores fundamentais do sistema jurídico e que estão interligados ao princípio da proteção integral.

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Um país que busca a efetivação de direitos fundamentais como o Brasil não pode considerar direitos dissociados da ideia de dignidade.

Decorrente deste primeiro, o princípio da paternidade responsável está disposto no artigo 226, §7º, da Carta Magna, podendo também ser encontrado em normas infraconstitucionais, como no artigo 1.565, do Código Civil de 2002, e nos artigos 2º, 3º e 33 do ECA. Tal princípio apresenta a abrangência da assistência familiar, devendo não ser apenas material, mas também incluindo a moral.

Conforme explanado por Bittencourt, a criança é “credora do cuidado de sua família e de uma paternidade responsável, credora do cuidado do Ministério Público, através da sua atuação personalizada, rápida e eficaz, credora do cuidado do Judiciário” (BITTENCOURT; 2008, p. 55), e a existência de uma relação entre pais e filhos é essencial para o desenvolvimento psicológico dessas pessoas.

E, por último, para explicitar a finalidade de institutos como o da família, criou-se a chamada solidariedade social que traz como objetivo da sociedade civil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º, inciso I, da CRFB/88. Esse princípio é utilizado como norte no Direito de Família para orientar as relações entre os membros das entidades familiares e entre parentes sobre o dever de cooperação mútua.

Com o surgimento da Lei nº 12.010/2009, segundo o art. 28, §6º, do ECA, citado anteriormente, quando se tratar de criança ou adolescente indígena ou remanescente de quilombo, devem ser respeitadas suas tradições, instituições e seus costumes, desde que não incompatíveis com os direitos fundamentais assegurados na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto posto, apesar de ser prioridade a colocação do menor em família substitutiva que vive no seio de sua comunidade natal, deve-se dar atenção especial aos princípios fundamentais do adotando, pois, caso estes fiquem em dissonância com os costumes da etnia original, a criança ou o adolescente será inserido em família não indígena, preservando, assim, o direito fundamental à convivência familiar.

Dois dos casos emblemáticos foram os das indígenas Hanaki e Muwaji Suruwahá:

O caso da índiazinha Hakani, da tribo suruwahá na parte oeste a Região Amazônica, que foi salva da morte aos cinco anos quando

desenterrada por seu irmão de nove anos e acolhida por um casal missionário hoje é símbolo da luta contra o infanticídio indígena.

A coragem da indígena Muwaji Suruwahá que lutou contra a tradição de seu povo que a ordenava matar sua filha Iganani portadora de deficiência cerebral hoje dá nome ao mencionado Projeto de Lei nº 1057/2007 que dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, em tramitação no Congresso Nacional. (SIMÕES; 2012, p. 70).

Conforme esclarecido por Ribeiro, Santos e Souza, “a diversidade cultural não pode justificar a violação de direitos humanos e o descumprimento das normas da CRFB/88, que visam, em última análise, à proteção da dignidade humana” (RIBEIRO, SANTOS E SOUZA; 2012, p. 122).

Segundo Santos Filho (2012, p. 70), A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 também dispõe acerca dos direitos não só de infantes indígenas, como daqueles pertencentes a comunidades comunitárias. A Convenção, em seu artigo 3º, prevê parâmetros preventivos contra desamparo e abusos, e o direito à educação de qualidade e um padrão de vida adequado para seu desenvolvimento.

A principal finalidade da adoção é proporcionar um ambiente familiar adequado e saudável ao desenvolvimento do adotando, qualquer que seja sua etnia. Para tal, deve-se oferecer-lhe carinho, afeto, sustento, amor, educação, apoio, orientação, bem como a integração no ambiente da família substituta que o acolheu e no meio social que o rodeia, para que os princípios que conduzem o direito da criança e do adolescente, indígena ou não, sejam garantidos.

É importante, por conseguinte, que a família substituta não indígena possa, não somente garantir os princípios que giram entorno da proteção integral, mas também apresentar ao adotando a cultura, a crença, o estilo de vida e as histórias da etnia de onde desce.

Para que isso ocorra, caso não tenham especificado as características do perfil da criança ou do adolescente que planeja adotar para pessoa não indígena, os adotantes devem participar de estudos psicossociais, incluindo entrevistas com assistentes sociais e, até mesmo, psicólogos, assim como serem acompanhados por estes durante o período de estágio de convivência.

Dessa forma, além de assegurar que os futuros pais compreendam a importância da proteção integral do filho e de apresentá-lo à diversidade cultural que carrega de seus antepassados indígenas, o procedimento de adoção desse menor será realizado com a cautela necessária, devendo os adotantes, já durante o estágio de convivência, colocarem em prática tal sopesamento. Assim, será garantida à criança ou o adolescente indígena um ambiente familiar adequado para vivência.

De tal maneira, a proteção integral é mantida, já que não há tratamento diferenciado em razão de etnia restringindo direitos e interesses no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim para tutelá-los.

Considerações finais

Ao serem consagrados, os princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, não se limitaram à concepção de família que antecedeu o advento da CRFB/88, época em que família era originada pelo casamento, discriminando filhos não nascidos na constância do matrimônio.

Com o surgimento da Carta Magna, o fator determinante para a existência de uma família não é mais o casamento, e sim o afeto que passou a ser valor jurídico, construindo um novo conceito de família baseado nos princípios fundamentais. A filiação deixa de ser relacionada a vínculos consanguíneos, sendo vedado tratamento discriminatório aos filhos advindos de fora da relação conjugal, assim como dos filhos adotados.

No que diz respeito às crianças e adolescentes indígenas, seu afastamento da comunidade ou etnia da qual descende deve ser realizado em situação excepcional. Entretanto, quando a exceção ocorre, é necessário alertar os futuros pais adotivos da importância de, além de manter o adotando em ambiente familiar propício e saudável, apresentá-lo à cultura, história e estilo de vida de seus antepassados.

Ante o exposto, conclui-se que, nos casos de adoção de crianças ou adolescentes indígenas por famílias não indígenas, é necessário um acompanhamento específico durante as entrevistas e estudos acerca da importância do sopesamento ideal entre a manutenção da proteção integral do adotando, baseando-se nos princípios fundamentais norteadores do Direito de Família, e a proteção da cultura proveniente da comunidade que um dia fez parte.

Bibliografia

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/08/2019.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 05/08/2019.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 05/08/2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05/08/2019.

AMIN, Andrea Rodrigues; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; CONDAK, Cláudia Canto; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helene Vieira; RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers; SANTOS, Ângela Maria Silveira dos; TAVARES, Patrícia Silveira. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coordenadora). 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BÍBLIA. Antigo Testamento. Êxodo. In: BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

BITTENCOURT, Sávio Renato. **O cuidado e a paternidade responsável**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6: direito de família, 2017.
- HISTÓRIA da adoção no mundo. **In: Em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal**. v. 4, n. 15, maio 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 09/08/2019.
- RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. 1. ed (ano 2005), 5^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2012
- SIMÕES, Jonathas da Silva. **Infanticídio indígena em tribos brasileiras**. Disponível em: <<http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/rec/article/view/1453>> Acesso em: 05/08/2019.
- WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. 8. ed. rev., ampl. e atual com a colaboração de Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 1991.

LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO: O SILÊNCIO ENSURDECEDOR DAS AUTORIDADES MARÍTIMA E LEGISLATIVA

Lucas Sarmiento Pimenta

INTRODUÇÃO

O prático é o profissional que assessora o comandante do navio, quando da navegação em águas restritas - na entrada e na saída de portos, por exemplo -, por ser conhecedor das particularidades locais, tais como: marés, ventos, profundidades e perigos submersos. Assim, apesar da maior parte da viagem marítima ser conduzida sem o auxílio do prático, uma vez que o navio se aproxima do porto, o comandante necessita dos conhecimentos técnicos e específicos daquele *expert*.

Este artigo tem como pretensão trazer à baila tema pouco explorado pela comunidade jurídica e não delineado no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o da responsabilidade civil do prático. Ainda, tem como objetivo alertar as Autoridades Legislativa e Marítima - isto é, os parlamentares e o Comandante da Marinha, respectivamente -, para que, acordando de sono profundo, se pronunciem acerca da necessária limitação da responsabilidade desse profissional.

A discussão se faz relevante por duas razões: a uma, porque, conquanto o Brasil seja um país eminentemente marítimo - vide sua extensa costa - nota-se escassez exacerbada na produção doutrinária acerca da responsabilidade civil do prático; e a duas, porque esses profissionais

têm sofrido ações civis indenizatórias por danos causados quando no exercício de seus ofícios (TJSP, 2016) e, portanto, a matéria não pode mais permanecer na obscuridade.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dialético, com abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa descritiva e exploratória, com procedimento bibliográfico, com enfoque maior na doutrina do Professor Matusalém Pimenta.

Nos próximos itens, pretende-se, a princípio, especificar a relação jurídica entre o prático e o armador do navio, assim como a natureza jurídica do serviço de praticagem para, ao depois, tratar das teorias balizadoras da responsabilidade civil do prático. O núcleo do artigo tratará da necessidade urgente de se limitar a responsabilidade deste profissional, por meio de uma mudança na legislação especial, sob pena de danos graves ao interesse público.

1. O VÍNCULO JURÍDICO ENTRE PRÁTICO E ARMADOR

A explicação de quem é o protagonista deste trabalho já foi feita no item anterior. Cabe, agora, antes de prosseguir, entender quem é aquele que paga pelo serviço desse profissional.

Considera-se armador a pessoa física - empresário individual - ou jurídica - sociedade empresária - que arma, ou seja, que prepara o navio para ser empregado em sua finalidade comercial. Note-se que armação não se confunde com propriedade do navio. Nesse sentido, apesar de ser comum no Brasil, não serão todas as vezes que o armador será o dono do navio, mas sempre será o titular da função náutica ou da empresa naval (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 303).

Diz a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA, Lei nº 9.537/97, que o armador é a “pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta”. Assim, para fins de compreensão deste trabalho, entenda-se que o armador é o empresário que lucra com a atividade comercial do navio e, por isso, precisa de um especialista a bordo - o prático - para auxiliar o seu comandante, quando da entrada da embarcação em águas restritas.

Reconhecidos os personagens marítimos, passa-se à análise da relação jurídica presente entre os dois. Bem compreender o vínculo jurídico

existente entre esses dois agentes da indústria naval é essencial para, depois, traçar os limites da responsabilidade civil do prático.

Uma parcela da doutrina entende que a relação existente é estritamente contratual. É o que acredita Carla Gibertoni (2005, p. 138):

Os serviços de praticagem são executados por práticos, mediante acordo de prestação de serviços de praticagem entre a associação ou comissão de práticos e as empresas de navegação ou seus representantes legais, estabelecendo a forma de execução, remuneração e condições de serviço prestado. Não há dúvida quanto à natureza jurídica dessa relação contratual – trata-se de acordo de prestação de serviços – caracterizado por ser um contrato bilateral ou sinalagmático, consensual, oneroso e de execução consecutiva.

Por outro lado, há um grupo de doutrinadores, o qual este articulista se filia, liderado por Matusalém Pimenta (2007, p. 124–125), que afirma ser uma relação jurídica híbrida – contratual na formação e trabalhista na execução –, não podendo ser classificada como puramente contratual. Segundo Pimenta, a relação contratual estaria mitigada por três motivos: a) inexistência de liberdade de contratar; b) escolha do conteúdo contratual enfraquecida pela legislação especial; e c) supressão do equilíbrio entre as partes. É o que será explicado a seguir.

Primeiro, não há em absoluto liberdade de contratar o prático por parte do armador – o serviço de praticagem é obrigatório –, assim como aquele também não pode se recusar a prestar o serviço. Ou seja, a relação entre prático e armador nasce por imposição legal, e não por vontade das partes. Nos moldes do art. 15º da Lei nº 9.537/97: “O prático não pode recusar-se à prestação do serviço de praticagem, sob pena de suspensão do certificado de habilitação ou, em caso de reincidência, cancelamento deste”. Ora, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 71), a manifestação de vontade das partes é o requisito mais essencial para a formação do contrato.

Ademais, outra grande característica da maioria dos contratos é a sua bilateralidade (GONÇALVES, 2016, p. 91) quanto à escolha do seus conteúdos. Os contratantes escolhem as obrigações as quais vão se submeter. Nos acordos de praticagem, essa característica é apoucada, vez que o serviço deve ser prestado em conformidade rigorosa com a lei especial

supramencionada e os regulamentos pertinentes, como o Regulamento da Lei nº 9.537/97 - RLESTA e as Normas e Procedimentos das Capitanias dos Portos e Fluviais.

Outro princípio orientador das relações contratuais é a manutenção do equilíbrio entre as partes (GONÇALVES, 2016, p. 91), que, se descumprido, pode gerar rescisão ou mesmo o reajuste pelo Poder Judiciário. Da mesma maneira, não é o que se apresenta no caso em tela, em que o serviço é prestado sob o regime da hierarquia. Vale lembrar o art. 9º da LESTA: “Todas as pessoas a bordo estão sujeitas à autoridade do Comandante”.

Em resumo, vez que não existe liberdade de contratar, que a escolha do conteúdo é minimizada pela legislação especial e que o serviço é prestado em regime hierárquico, não se deve entender que há relação jurídica puramente contratual. Na verdade, acontece que, em sua formação, a relação é contratual, mas se parece mais com uma relação de trabalho, quando da execução, caracterizando-se, portanto, nas palavras de Pimenta (2007, p. 126), como híbrida.

2. NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DA PRATICAGEM E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O serviço da praticagem se constitui como um conjunto de atividades profissionais de assessoria ao comandante impostas por lei diante da falta de familiaridade deste último em relação aos perigos e às particularidades locais (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p. 549). Essa também é a dicção do art. 12º da Lei nº 9.537/97: “O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação”. Dessa forma, por definição legal e doutrinária, a navegação em águas restritas, sob a orientação do prático, tem natureza jurídica de assessoramento.

Ora, se, pela literalidade da lei, o prático é mero assessor do comandante, isto é, não assume, em nenhum momento, o comando do navio, consectário lógico é que o comandante deve ser o responsabilizado pelos eventuais danos causados por erro técnico em acidentes ou fatos da navegação.

Entretanto, não é assim que pensa Gibertoni (2005, p. 139): “Enquanto o prático estiver a bordo, ou de qualquer forma conduzindo a embarcação sob sua responsabilidade, presume-se responsável por qualquer acidente ou fato da navegação, respeitados os limites de suas atribuições.”

Haroldo dos Anjos e Carlos Rubens Caminha Gomes (1992, p. 133) discordam da professora:

Há, mesmo entre aqueles que pertencem à comunidade marítima, grande desconhecimento quanto às relações entre capitão e prático. O prático é um auxiliar técnico do comandante na embarcação nas manobras. Não assume, de maneira alguma, o comando da embarcação, nem dirige as manobras e a navegação.

É, também, essa a inteligência do item 0230, a), da Norma da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem (NORMAM-12): “A presença do Prático a bordo não desobriga o Comandante e sua tripulação dos seus deveres e obrigações para com a segurança da embarcação, devendo as ações do Prático serem monitoradas permanentemente”.

De fato, a leitura do texto legal é de clareza meridiana, a teor do artigo. 2º, IV e XV da Lei nº 9.537/97:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições: [...] IV- Comandante (também denominado Mestre, Arrais ou Patrão) – tripulante **responsável** pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas à carga, aos tripulantes e às **demais pessoas a bordo**; [...] XV- Prático – aquaviário não-tripulante que presta serviços de praticagem embarcado.

Como escolheu o legislador brasileiro, o comandante é o responsável pela direção da embarcação e, outrossim, pela segurança das demais pessoas de bordo, aqui incluído o prático. Sendo assim, o prático presta tão somente assessoramento ao comandante, permanecendo sobre esta a direção da embarcação e, portanto, a responsabilidade sobre o serviço de praticagem.

3. TEORIAS DO ERRO GENÉRICO E DO ERRO ESPECÍFICO

Se o prático é um mero auxiliar do comandante, estaria então este profissional alheio à qualquer tipo de responsabilidade? Essa não parece ser a solução mais justa, tampouco jurídica para a questão. Nesse sentido, faz-se imperioso o uso das teorias do erro genérico e do erro específico cunhadas por Pimenta (2007, p. 130).

A posição de Pimenta é que haja uma responsabilidade civil compartilhada entre o gestor náutico - o comandante - e o seu auxiliar técnico para manobra e navegação em águas restritas. Deveria, nesse diapasão, existir uma divisão da responsabilidade.

A ideia proposta pelo autor é a de que o comandante deve ser responsabilizado pelos acidentes causados por erro genérico de navegação ou de manobra, mesmo quando sob orientação do prático. De outra mão, deveria recair sobre o assessor técnico a responsabilização, quando os acidentes forem causados por erro específico. Explica-se.

O item 0230, b), 4) da NORMAM-12 assevera que é dever do comandante afastar a assessoria do prático sempre que perceber que esta está pondo em risco a segurança da navegação e das vidas de bordo, *in verbis*:

“0203 - Compete ao Comandante da embarcação, quando utilizando o Serviço de Praticagem: [...] 4) Dispensar a assessoria do Prático quando convencido que o mesmo está orientando a faina de praticagem de forma perigosa, solicitando, imediatamente, um Prático substituto [...]”.

Pois bem, mais uma vez a norma insiste na noção de que o comandante não deixa de ser o responsável pela direção do navio quando está usufruindo da assessoria técnica do prático. Mais que isso, prescreve que é obrigação deste gestor náutico dispensar a assessoria, quando entender que ela é danosa para a boa navegação. Ocorre que a norma é silente no sentido de especificar como ocorre o convencimento do comandante de que a assessoria é negativa. Nesse momento, as teorias trazidas por Pimenta põem fim à dúvida.

O comandante, como gestor náutico, está obrigado a conhecer todas as regras de navegação e de boa marinharia, além das características do navio que está sob seu comando. Antes de dar início ao serviço de praticagem, o comandante discute com o prático - por meio do plano de manobra - todo o percurso que será feito sob a orientação de seu auxiliar e o aprova ou não. Uma vez aprovado, autoriza o início da manobra sob assessoria. Desse modo, está o comandante autorizado e apto a interromper a assessoria todas as vezes que o plano de manobra for desrespeitado, garantindo a segurança da embarcação.

Suponha-se, como ilustração, que, em uma parte da navegação, estivesse estipulado mudança de rumo a boreste - à direita. O prático, contudo, desatento, assessora no sentido de fazer uma curva a bombordo - à esquerda. Ora, o comandante, responsável pela segurança do navio, deve, no mesmo momento, por força de lei, dispensar a assessoria do seu auxiliar e ordenar todo leme²⁰ a bombordo. É isso que se espera de um gestor náutico diligente. Mas, se nada disser e a embarcação vier a encalhar, deverá ser responsabilizado pelo dano, pois este terá sido causado pelo que Pimenta classificou como um erro genérico.

É preciso recordar, entretanto, que a assessoria do prático só é necessária, pois há particularidades e perigos locais que não fazem parte do conhecimento do comandante e estão adstritos à sabedoria do auxiliar técnico. Não seria plausível responsabilizar o gestor náutico por um erro - o qual Pimenta chamou de erro específico - que nem com toda a sua capacidade e experiência acumulada poderia evitar. Senão, estaria esvaziada a importância da profissão do prático.

Imagine-se, por exemplo, que o prático informe uma profundidade incorreta do local de atracação. O comandante, por óbvio, confiará na palavra no prático, pois este é o especialista local. Uma vez que se prove que a causa de um possível acidente foi a informação equivocada transmitida, o prático deverá ser responsabilizado pelo seu erro, diga-se, erro específico, que não poderia ter sido evitado pelo comandante.

Em resumo, a tese de Pimenta (2015, p. 20-22), aplaudida por este articulista, mostra que: se o acidente for causado por erro genérico do prático, ou seja, de fácil percepção do comandante, este deverá ser

20 "Aparelho destinado ao governo de uma embarcação (FONSECA, 2002, p. 31)."

responsabilizado individualmente, pois deixou de dispensar a assessoria quando deveria; mas, se, por outro lado, o erro do prático for específico, isto é, fora do alcance do conhecimento do comandante, este deverá ser exculpado, responsabilizando-se aquele.

4. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO

Pois bem, tem-se, então, que tanto o comandante quanto o prático podem ser responsabilizados, dependendo se o erro for genérico ou específico. Até agora, contudo, não se discutiu quem são aqueles que podem requerer indenização por parte dos erros do prático e nem a respeito do limite dessa responsabilidade. É o que será feito nas linhas seguintes.

O profissional protagonista deste artigo sempre foi exonerado de qualquer responsabilidade civil por danos gerados em seu atuar técnico. A razão para este tratamento estava na ideia pacificada na comunidade marítima internacional de que quaisquer danos causados por acidentes da navegação deveriam ser indenizados pelo armador, vez que este trabalha com uma atividade de alto risco. Tanto é assim, que, a fim de resguardarem-se das eventuais falhas do comandante, do prático, dos tripulantes e das demais pessoas de bordo, os armadores contratam grandes coberturas de seguro (PIMENTA, 2007, p. 103).

Os práticos, de outra forma, ficavam submetidos às duras penalidades administrativas. No Brasil, por exemplo, essa competência de responsabilização dos práticos por darem causa a acidentes e fatos na navegação é exercida pelo Tribunal Marítimo, por força do artigo 13, I, da Lei nº 2.180/54.

Ocorre que, no início do século XX, um grupo minoritário ligado ao comércio marítimo internacional começou a argumentar que haveria uma impunidade civil dos práticos neste cenário, o que seria, segundo eles, uma grande injustiça. Os principais países de tradição marítima, em resposta, optaram ou pela irresponsabilidade dos práticos - como a Austrália - ou por limitar um valor máximo indenizatório a ser pago pelos assessores técnicos - como França e Inglaterra (PIMENTA, 2007, p. 104).

O Brasil, todavia, não tomou nenhuma atitude. Pelo contrário, até hoje, permanece silente a respeito desta questão. A situação fica ainda pior na medida em que, na omissão da lei, vê-se uma multiplicação de ações civis indenizatórias contra os práticos. O que se pretende mostrar nos próximos itens é que o entendimento minoritário que dá azo a essas responsabilizações navega na contramão da história, desprezando o consenso existente na comunidade jurídica internacional.

4.1. Responsabilidade civil para com terceiros prejudicados

Na opinião deste articulista, seguindo os trilhos de Pimenta (2007, p. 135-136), a possível condenação do práctico em processo administrativo perante o Tribunal Marítimo – quando der causa a incidentes marítimos –, ou, até mesmo, em processo penal, por crimes cometidos no exercício de sua profissão, não abre espaço para que esse profissional sofra ações civis indenizatórias protocoladas por terceiros prejudicados, como quer acreditar uma parcela minoritária de pessoas – armadores e empresas de seguro, especificamente (TJSP, 2016). Nesse passo, faz-se mister expor alguns argumentos que refutem essa posição.

Dos muitos argumentos que poderiam ser apresentados, pinçou-se apenas alguns que foram muito bem explicitados por Pimenta (2007, p. 136-146). Primeiro, a indenização a terceiros não se faz coerente, porque a responsabilidade do armador é objetiva. Nesse momento, é importante trazer à baila os artigos 3º e 5º da Convenção de Bruxelas de 1910, da qual o Brasil é signatário:

Art. 3º. Se o abalroamento tiver sido causado por culpa de um dos navios, a reparação do danos incumbirá ao navio que tiver incorrido na culpa. [...] Art. 5º. A responsabilidade estabelecida pelas disposições precedentes subsiste no caso em que o abalroamento tenha sido causado por culpa do práctico, mesmo nos casos em que a presença deste é obrigatória.

Além disso, o art. 1º da Convenção de Bruxelas de 1924, da qual o Brasil também é signatário, deixou ainda mais cristalina a responsabilidade objetiva do armador:

Art. 1º. O proprietário de um navio de mar só é responsável até a concorrência do valor do navio, do frete e dos acessórios do navio: 1º) Pelas indenizações devidas a terceiros em virtude de prejuízos causados, em terra ou no mar, por fatos ou faltas do capitão, da tripulação, **do prático** ou de qualquer outra pessoa a serviço do navio. (grifo nosso)

Ainda, para não restar nenhuma sombra de dúvida, a Convenção Internacional sobre Responsabilidade e Compensação por Danos Relativos ao Transporte por Mar de Substâncias Potencialmente Perigosas e Nocivas, assinada em Londres, em 1996, reafirmou a responsabilidade objetiva do armador, impossibilitando que os práticos venham a ser demandados por ações civis indenizatórias, interpostas por terceiros interessados. É como soa o parágrafo 5º do artigo 7º desta Convenção: “[...] *no claim for compensation for damage under this Convention or otherwise may be made against: [...] (b) the pilot or any other person who, without being a member of the crew, performs services for the ship*”.

Destarte, percebe-se que as convenções internacionais sempre foram muito claras em estabelecer a responsabilidade civil objetiva do armador quando reclamada por terceiros prejudicados.

Todavia, não é apenas pelas convenções internacionais que se pode chegar a essa conclusão. O nosso ordenamento pátrio, juntamente com a melhor doutrina, se feita a hermenêutica adequada, já são suficientes. Isso porque o prático se enquadra como preposto em sua atividade. É como ensina Cavalieri Filho (2004, p. 198): “Preposto é aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob a direção de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa função duradoura (permanente) ou num ato isolado (transitório)”.

Ora, de fato, o prático se comporta como preposto do armador, pois presta serviço a este, e não a qualquer terceiro que possa ser futuramente prejudicado por seus atos. O prático é, em verdade, um *longa manus* do armador, que ajuda este fornecedor a entregar a carga em segurança ao

consumidor final - o terceiro o qual o prático não guarda nenhuma relação jurídica.

Essa relação de preposição fica muito clara, vez que o prático está sujeito, por lei, à autoridade do comandante - artigo 9º da Lei nº 9.537/97 - tendo este, como gestor náutico e maior autoridade a bordo, o dever de fiscalizar e o direito de intervir no serviço do assessor técnico.

Com efeito, pela Teoria da Substituição (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 197), o prático substitui a figura do armador, sendo este o comitente e aquele o preposto. Quando o auxiliar técnico está em ação é como se os atos estivessem sendo tomados pelo próprio armador. Nesse sentido, o comitente funciona como garantidor de qualquer possível indenização a terceiros prejudicados, já que o preposto, em regra - e no caso em análise não é diferente - não possui patrimônio suficiente para indenizar.

Convencido, portanto, de que o prático é preposto do armador, não há dúvidas da responsabilidade civil objetiva do último. É o que prescreve o artigo 932, III, combinado com o artigo 933 - todos do Código Civil de 2002:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e **prepostos**, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifo nosso)

Outro importante argumento em prol da não proposição de ações indenizatórias por parte de terceiros reside no fato inegável de que a atividade comercial executada pelo armador é de altíssimo risco. Isso é facilmente depreendido pela simples observação da atividade de armação, sempre protegida por grandes e complexas coberturas de seguro.

Com isso, seguindo os ensinamentos da Teoria do Risco (NERY JR., 1984, p. 172), a atividade de armação se enquadra no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Logo, mais uma vez, nota-

se a responsabilidade objetiva do armador em face de danos causados a terceiros por erro do prático.

Essa realidade foi constatada, também, por Octaviano Martins (2013, p. 322-323):

Em sede de responsabilidade do armador pelos acidentes e fatos da navegação e pelas avarias marítimas, tem-se evidenciado, no âmbito cível e administrativo, a tendência geral dos tribunais em consagrar a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco profissional do armador. Considerando o armador o empresário da navegação, tem-lhe sido imputáveis responsabilidades independentemente de culpa pelas avarias marítimas e pelos acidentes e fatos da navegação.

Ainda, não se pode furta a percepção do contrassenso que seria responsabilizar o prático civilmente perante terceiros, por alguns motivos: de início, porque os possíveis danos causados por práticos já estão cobertos pelas apólices de seguros do armador; depois, porque a responsabilização do assessor técnico elevaria os custos dos armadores no Brasil, vez que o serviço de praticagem se tornaria mais caro; e, por fim, porque seria ignorar a história, já que esse sistema falhou nos Estados Unidos da América, preferindo os próprios armadores pagar um preço mais baixo pela assessoria técnica, do que os práticos terem de arcar com indenizações perante terceiros (PIMENTA, 2007, p. 143).

Finalmente, faz-se imperioso revisitar a função do prático a bordo. Este profissional, no seu exercício, funciona como um verdadeiro gerenciador de risco, haja vista a alta periculosidade da atividade comercial de armação. Por isso, não é de se espantar que, vez ou outra, acidentes possam ocorrer – o que, claro, já é esperado pelo armador.

Seria uma grande irresponsabilidade pensar que o prático poderia exercer o seu labor tranquilamente, quando, por exemplo, está assessorando a navegação de um navio petroleiro, completamente carregado de óleo, pela Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, enquanto qualquer acidente poderá lhe custar indenizações da cifra de bilhões de reais. É assim também o entendimento de Luiz Carlos de Araújo Salviano (1999, p. 11), ex-juiz do Tribunal Marítimo:

É importante notar que o Tribunal Marítimo, em seu Parecer sobre a matéria, alerta que a simples possibilidade de dilapidação dos patrimônios pessoais dos práticos, construídos com o esforço da dura labuta diária a bordo dos navios, em decorrência de uma indenização vultosa, resultante de Ação de Responsabilidade Civil, originadas em fatos e acidentes da navegação, certamente provoca impacto negativo em tais profissionais, ensejando insegurança e intranquilidade, quando do desempenho de suas funções como assistente técnico do comandante a bordo, podendo se tornar em um fator humano contribuinte para a ocorrência de eventos danosos à segurança da navegação e de consequências nefastas para o contexto geral da navegação comercial.

Como bem alertou Salviano, responsabilizar o práctico teria o efeito contrário do esperado. O psicológico daqueles profissionais seria tão afetado, vide a desumanidade estampada a qual estariam submetidos, que ficariam divididos entre gerenciar os riscos do armador e os seus próprios riscos. Desse modo, estaria esvaziada a função do práctico.

Do sobredito, conclui-se que, a contrário do desejo de uma parcela minoritária da comunidade marítima brasileira, o protagonista deste artigo não deve ser responsabilizado civilmente perante terceiros, em respeito a fatores legais, históricos e humanos, explicados ao longo deste último subitem.

4.2. Responsabilidade civil para com o armador

O fato do práctico não poder ser responsabilizado perante terceiros não afasta, por óbvio, o direito de regresso do armador. O direito de regresso consiste na possibilidade do terceiro que suportou a indenização ser ressarcido, por meio de ação própria, pelo autor material do dano. Ou seja, é uma maneira do Poder Judiciário tentar - porque nem sempre o autor tem patrimônio suficiente - restabelecer o equilíbrio patrimonial (CARVALHO FILHO, 2015, p. 606).

O direito de regresso, com se vê, é um direito necessário para se alcançar a justiça. Tanto é assim que o legislador decidiu gravar o artigo 934 no Código Civil, garantindo a ação de regresso: “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago

daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Haverá, contudo, levando em consideração o raciocínio construído ao longo deste artigo, apenas uma configuração em que o prático deverá ressarcir o armador, segundo a pena de Pimenta (2007, p. 148): quando o Tribunal Marítimo - seu acórdão servirá de prova robusta na área cível, segundo o artigo 18 da Lei nº 2.180/54 - apontar aquele como o único responsável pelo dano e sendo a causa determinante do acidente um erro específico, o qual não poderia ser evitado pelo comandante.

Mas, se a Corte Marítima, ao revés, entender que houve outros responsáveis além do prático, como comandante, agentes etc., será aplicada a Teoria da Causalidade Adequada - prevalecente em sede de responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 85), recaindo a responsabilidade apenas sobre o comandante. Assim, ainda que se comprove erro genérico do prático, a causa adequada para o dano terá sido a omissão do comandante, que não dispensou a sua assessoria como lhe é exigido.

Foi nesse mesmo sentido que os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiram este acórdão, utilizando, no silêncio da lei, as teorias criadas por Pimenta como fundamentação:

APELAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. DANOS EM EMBARCAÇÃO. SEGURO MARÍTIMO. ACIDENTE MARÍTIMO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO. EXCEÇÃO CONDUTA CULPOSA REPELIDA. NEXO DE CAUSALIDADE AFASTADO. DEVER DE INDENIZAR NÃO APURADO. RESPONSABILIDADE DO ARMADOR E DO COMANDANTE. NORMAS MARÍTIMAS. ÔNUS DA PROVA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. REDUÇÃO. EQUIDADE.

[...] Não bastasse a conclusão do Tribunal Marítimo, as provas colacionadas não permitem concluir a culpa do prático para o sinistro. Nas exatas palavras da decisão da R. Primeira Instância, não ficou demonstrado o “**erro específico**” vinculado à atividade do prático inviável, portanto, a responsabilidade regressiva. [...] O sinistro ocorreu de **erro genérico**, imputável ao responsável pela

embarcação e, conseqüentemente ao armador isto é, culpa exclusiva da própria vítima (segurada), em que a recorrente se sub-rogou, tornando inviável a pretensão regressiva. (TJSP, 2016)

No caso acima, uma seguradora de rebocadores tentava ação de regresso contra o prático, alegando erro de manobra deste. Os desembargadores, acertadamente, negaram o pedido, pois o acidente, como ficou demonstrado, ocorreu por erro genérico.

Mesmo após essas limitações, fato é que o prático ainda poderá responder por ações de regresso em valores que alcançam os bilhões de dólares, tendo em conta as grandiosas cifras que envolvem o transporte marítimo. Restaria, por conseguinte, ao juiz a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Ainda assim, o prático não teria tranquilidade para trabalhar, pois, a qualquer momento, pelo clima de insegurança instalado - vez que há pouco conhecimento desta profissão por parte dos juizes -, poderia ter seu patrimônio dilapidado. Faz-se necessário, portanto, que, com urgência, as Autoridades Marítima e Legislativa, estabeleçam, em lei, um valor suportável, para que se limite a responsabilidade civil do prático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, restou claro, pelas teorias do risco e da causalidade adequada, que a responsabilidade civil do armador é objetiva. Não está excluído, no entanto, seu direito a mover ação regressiva contra o prático em caso de dano causado por erro específico deste, o que leva este auxiliar técnico a condições delicadas e inseguras.

Como ficou demonstrado, o prático é um gerenciador de riscos, devendo ter total tranquilidade no exercício de sua função, a fim de proteger o patrimônio do armador, de terceiros, as vidas de bordo, as instalações portuárias e o meio ambiente marinho. Nesse sentido, não pode esse profissional ser atacado por pressões psicológicas que gerem nele necessidade de se preocupar com o seu próprio patrimônio, podendo gerar desdobramentos nocivos à segurança da navegação.

Uma vez crescentes os números de ações indenizatórias contra esses profissionais, aumenta-se a sensação de insegurança e põe-se em risco a segurança da navegação. Devem, portanto, o quanto antes, as Autoridades Marítima e Legislativa extinguirem a lacuna legal presente hoje, limitando a responsabilidade civil do prático a valores acessíveis e coerentes com a sua profissão.

É o desejo deste articulista ter contribuído de alguma forma para que as comunidades jurídica e marítima possam debater sobre o tema, e, se não adotarem a tese aqui defendida, que, ao menos, retirem a questão deste silêncio ensurdecedor.

REFERÊNCIAS

ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, C. R. Caminha. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BRASIL. Diretoria de Portos e Costas. NORMAM-12/DPC. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br/dpc/files/processoselecao/normam12.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Diretoria de Portos e Costas. NORMAM-13/DPC. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/dellaguna/sites/www.marinha.mil.br/dellaguna/files/Downloads/N-13.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.180 de 5 de fevereiro de 1954. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2180.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.537 de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19537.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

- BRUXELAS. **Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimentos**. Assinada em 24 ago. 1924. Disponível em: https://www.porlogis.pt/admin/ficheiros_projectos/201201311145-convencao_bruelas.pdf. Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRUXELAS. **Convenção para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Abalroação**. Assinada em 23 set. 1910. Disponível em: https://bo.io.gov.mo/bo/i/35/19/ou_t01.asp#ptg. Acesso em: 21 jul. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev. aum. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FONSECA, Maurílio M. **Arte Naval**. Vol. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação da Marinha, 2002.
- GIBERTONI, C. A. Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LONDRES. **Convenção Internacional sobre responsabilidade e compensação por danos relativos ao transporte por mar de substâncias potencialmente perigosas e nocivas**. 1996. Disponível em: <http://www.imo.org/en/OurWork/Legal/HNS/Documents/HNS%20Consolidated%20text.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.
- NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In: **Revista Justitia**, n. 126, São Paulo, jul./set. 1984.
- OCTAVIANO MARTINS, Eliane. M. **Curso de Direito Marítimo**. Vol. I. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALVIANO, Luiz Carlos de Araújo. A Responsabilidade Civil na Navegação Marítima Segundo a Legislação e Doutrina Brasileiras. Revista Embarque do Prático, ano II, nº 4. Rio de Janeiro: CONAPRA, 1999.

TJSP. Apelação Cível. 0009870-18.2012.8.26.0562. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti: DJ 13/04/2016. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?jsessionid=0B4A5EBC6026B0E37857BA5E226A26B3.cjsg1?conversationId=&cdAcordao=9978305&cdForo=0&uuid-Captcha=sajcaptcha_644265b2fbe24580b637543abbbbad04&v1-Captcha=mtuq&novoVICaptcha=. Acesso em: 21 jul. 2019.

VENOSA., Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO DANO MORAL COLETIVO

Fabiano Diniz de Queiróz Pilate

Isabelle Dias Carneiro Santos

Mozart Victor Ramos Silveira

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil tem sua gênese ainda na Antiguidade, sendo o modelo romano e dualista entre responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil aquiliana consagrado ao longo dos séculos subsequentes nas modernas legislações, a exemplo do Brasil.

Desde então, modificações vêm sendo experimentadas no sistema jurídico brasileiro, dentre os quais, as decorrentes de discussões sobre o reconhecimento do dano em situações extrapatrimoniais, a responsabilidade na tutela dos direitos coletivos, bem como o reconhecimento da responsabilidade civil envolvendo os danos morais coletivos em sentido lato.

Tais debates se dão na órbita tanto da doutrina, quanto da jurisprudência pátria, em especial a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passaram a relacionar a proteção da dignidade humana à coletividade, isto é, os interesses e direitos coletivos em áreas como o consumo e o meio ambiente.

1 DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do

bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (GONÇALVES, 2014).

A responsabilidade civil é instituto jurídico intimamente atrelado à concepção do homem como ser social porque é nesse relacionar-se uns com os outros que, eventualmente ocorrem os danos.

E justamente como forma de reparação a estes danos, eventualmente ocasionados dentro da dinâmica das relações, é que surgiu a responsabilidade civil, como ferramenta jurídica de pacificação social, daí a sua importância.

Paulo Nader (2016, p.20) compara a Responsabilidade Civil com os demais institutos jurídicos de Direito Civil ressaltando a sua importância, em interessante colocação, vejamos:

Enquanto outros ramos e sub-ramos do ordenamento jurídico dispõem sobre ordem de interesse comprometida com a produção, movimentação de riquezas e progresso social, como os Contratos, Coisas, Sucessões, Direito Comercial e do Trabalho, a responsabilidade civil gira em torno das mazelas da sociedade, ou seja, da prática de atos ilícitos, do descumprimento das obrigações negociais. Inclusive por sua função preventiva, a responsabilidade civil se alimenta nos danos materiais e morais. Ainda que as sociedades se aperfeiçoem, técnica e moralmente, o instituto da responsabilidade civil se revela irreversível.

Conforme podemos verificar, o autor, ao fazer a comparação acima, não está colocando a Responsabilidade Civil, como instituto, em lugar de destaque frente aos demais, mas sim, ressaltando sua função diante das inúmeras possibilidades de ocorrência de danos na dinâmica das relações, o que faz da Responsabilidade Civil, quase que um instituto de conhecimento obrigatório de todo jurista.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo autônomo à Responsabilidade Civil, e nos termos da operabilidade, em seu artigo 927, *caput*, consignou: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002)

Porém, a responsabilidade civil não é um instituto jurídico estanque, dada a sua importância e ínsita relação com a dinâmica das relações sociais, o instituto teve que acompanhar a sofisticação, a diversificação e

complexidade da sociedade pós-moderna, identificando novas modalidades de danos.

O reconhecimento inicial da responsabilidade civil daquele que viesse a causar um dano material a outrem, foi incrementado há não muito tempo pelo reconhecimento de outras formas de reparação de outras espécies de danos, como o dano moral, como forma de reconhecer valores outros que, quando eventualmente, lesionados por conduta humana, merecem reparação.

1.1 A RESPONSABILIDADE PELO DANO MORAL – BREVE HISTÓRICO

A tentativa de reparação a um dano com viés não econômico existem desde a Antiguidade, constando tais iniciativas em documentos como o Código de Hammurabi, na Mesopotâmia, o Código de Manu, aplicável às castas mais altas na Índia, a Lei das XII Tábuas, entre os romanos e a Legislação Mosaica, entre os judeus, cabendo a reparação para casos de danos causados em razão de injúria e difamação, sendo aplicado ora como sanção à violações a leis penais, ora por agressão à regras religiosas ou ambas situações, sendo tal medida também adotada entre outras sociedades desse período, como gregos (LIMA, 1983).

Ao longo dos períodos históricos subsequentes, à reparação aos danos de ordem moral foram tratados nas legislações de variados povos, a exemplo da Inglaterra com a *Magna Charta Libertatum* no século XIII, na França com o Código Civil francês no século XVIII, na Itália, com o Código Civil Italiano no século XIX.

Seguindo os mesmos passos, o Brasil trouxe com o Código Civil de 1916 (CC/1016) a possibilidade de ressarcimento do dano moral, porém não de modo claro e expresso, abordando o tema em seu artigo 76 e parágrafo único do seguinte modo: “Art. 76 – Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único – *O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família*” (destaque nosso)(BRASIL, 1916).

Assim, a possibilidade de ressarcimento de um dano cabia somente para direitos individuais podendo ter cunho tanto patrimonial como extrapatrimonial, tendo-se como exemplos elencados no CC/1916, o artigo

1538, que trata da lesão corporal que tem como consequência o aleijão e o artigo 1547, que aborda os casos de calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 1916).

Com a década de 1980, tem-se a promulgação da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe em seu artigo 5º, V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988) e na órbita infraconstitucional, três anos antes, tem-se a Lei de Ação Civil Pública de 1985 (LACP), que traz em seu bojo o reconhecimento do dano moral, porém aqui com viés de proteger não o indivíduo, mas a coletividade.

Com a década de 1990, cria-se o Código de Defesa do Consumidor, também tratando do dano moral coletivo. Porém, mesmo com a existência dos dispositivos legais nacionais sobre a temática, discussões sobre o ressarcimento ou não de danos causados à coletividade forma levantadas pela doutrina e pela jurisprudência nacional, como veremos mais à frente.

1.2 DANO MORAL – CONCEITO

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Meros aborrecimentos e dissabores da vida quotidiana não ensejam compensação por danos morais. (STJ,2011)

Nota-se que de ordinário o dano moral é atrelado a um sentimento de vexame ou humilhação. Dessa forma, somente são indenizáveis, os fatos que superam um limite de tolerabilidade dentro do usual numa sociedade moderna, e afeta de forma intensa sentimentos caros ao indivíduo, causando-lhe dor psíquica, considerando como dano moral suscetível de proteção apenas o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade ou a imagem (GONÇALVES, 2014).

Muito embora esses sejam os elementos tradicionais do dano moral, hoje já se reconhece danos à personalidade que prescindem de qualquer sentimento de dor, vexame ou humilhação por parte do indivíduo, porém destes não falaremos, haja vista o objetivo do presente trabalho.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL TRANSINDIVIDUAL

2.1 DO RECONHECIMENTO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Na história humana, em especial a partir do momento em que o homem se estabelece em comunidades, vilas ou cidades, já podemos enxergar a existência de direitos ou interesses que transcendiam a relação singular pessoa-pessoa, e com o passar do incremento do Estado, essa possibilidade fica ainda mais evidente.

Apesar da referência histórica a algumas normativas onde se pudessem demonstrar o reconhecimento de direitos transindividuais no Império Romano, por exemplo, foi apenas no pós-Revolução Industrial que visualizamos de forma mais nítida o reconhecimento destes interesses, pelo Direito.

Porém foi apenas no século XX com a massificação das relações e o incremento da sociedade de consumo, é que a preocupação com questões de ordem coletiva passou a ser seriamente estudada e incluída na pauta legislativa ao redor do mundo.

A Lei de Ação Popular e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, foram os dois primeiros instrumentos normativos relevantes a tratar sobre o tema no Brasil, no entanto, foi apenas com a Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública que o tema se consolidou.

Em 1988, a Constituição Federal reconheceu a existência desses direitos, quando em seu art. 129, III, dispõe sobre as atribuições do Ministério Público.

Percebe-se que primeiro foram criados os instrumentos para a tutela jurídica dos direitos transindividuais, exatamente porque esses direitos ou interesses, sempre existiram, mas não eram objeto de tutela, uma vez que, todo o direito sempre se voltou à tutela individual, traço marcante da concepção individualista de Direito.

Com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), houve uma melhor especificação desses direitos, sendo pontuados seus caracteres mínimos, categorizando-os como difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Essas categorias foram conceituadas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário (DIDIER, 2014).

Os direitos transindividuais, ou direitos coletivos lato sensu, não são novos direitos, o seu reconhecimento normativo sim é novo, porém, este reconhecimento pela legislação tem função eminentemente instrumental.

São direitos subjetivos de uma coletividade, normativamente reconhecidos e assim, todo o ordenamento jurídico deve se compatibilizar para tornar possível a tutela desses direitos ou interesses nas mais diversas frentes, inclusive no dano moral.

Porém, a tutela do dano moral, quando a lesão ocorrer contra uma coletividade, ou seja, o dano moral coletivo, é instituto novo. A sua identificação como direito subjetivo processualmente tutelável, foi objeto de grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudencial, conforme veremos.

2.2 DO DANO MORAL COLETIVO

No Brasil, a possibilidade de dano moral coletivo encontrou previsão expressa primeiramente na Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, em seguida o Código de Defesa do Consumidor de 1990 também admitiu os danos morais coletivos.

Apesar de existir previsão normativa da possibilidade de dano moral coletivo a doutrina pátria se divide. De um lado há os que rechaçam a possibilidade de a coletividade ser indenizada por dano moral, por entender que somente é possível se falar do ressarcimento de um dano não patrimonial, quando exista dor física ou psicológica e, portanto, incompatível com a noção de interesses e direitos metaindividuais.

No campo jurisprudencial, o reconhecimento do dano moral coletivo é recente, conforme veremos, o Superior Tribunal de Justiça, apenas reconheceu, em tese, a possibilidade, em julgamento proferido no ano de 2009.

A relutância dos Tribunais brasileiros em admitirem a configuração do dano moral de natureza coletiva, deveu-se à tradicional vinculação do dano extrapatrimonial à dor, vexame, ou abalo psicológico, apenas aferível no plano individual.

Foi exatamente nesse sentido que julgou a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 2006, pelo não ressarcimento de danos morais coletivos, diante de dano ao meio ambiente no município de Uberlândia (MG), o qual por ser um direito difuso, não haveria como determinar o *quantum debeatur*, isto é valor indenizatório a cada afetado, afastando assim a possibilidade de dano moral coletivo, por entendê-lo como de caráter individual. (STJ, 2006)

O julgado em questão, versava sobre direito ambiental, reparação do dano pela lesão ao meio ambiente e condenação a título de dano moral coletivo.

Destaco o voto-vista do Ministro Teori Zavasck:

[...] 2. O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral — como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo.

*Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica [...] A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma. [...] (destaque nosso).*

Percebe-se que a impossibilidade de condenação a título de dano moral coletivo, encontrava o entrave da compatibilidade com os requisitos do dano moral. Nota-se aqui que o dano coletivo permanecia refém da lógica da tutela individual.

Uma análise detida da fundamentação utilizada pelo Ministro em seu voto, é nítida a sua compreensão quanto a necessidade de reparação dos danos ambientais, mas, permanece controverso para o entendimento da época, conceber o dano moral coletivo, no caso de reparação a lesão a um direito difuso, como um dano autônomo ao pedido principal.

Em 2008, o tema volta ao Superior Tribunal de Justiça, em julgamento envolvendo Improbidade Administrativa.

Invocando o Resp. 598.281/MG como precedente, não foi reconhecido o dano moral coletivo como viável no direito brasileiro.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA “A QUO”.

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO

ESPECIAL IMPROVIDO.” (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

4. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: “[...] Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral”.

5. Recurso especial não conhecido. (STJ, 2008)

Note que naquele momento o Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, era absolutamente contra a possibilidade jurídica do dano moral coletivo, exatamente em razão da indeterminabilidade dos sujeitos atingidos pelo dano.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça acompanhava, em sua maioria, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fazendo concessões, no máximo, aos direitos individuais homogêneos, onde os atingidos pelo dano, são determináveis, conforme artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Mas não era apenas o atrelamento do dano moral à noção de dor e sofrimento que impedia, no entendimento da jurisprudência e parte da doutrina da época, o reconhecimento e efetiva tutela do dano moral coletivo, a indeterminabilidade dos sujeitos também era um entrave, considerando indispensável a determinabilidade do sujeito para recebimento de eventual condenação pecuniária.

Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 822-823) respondeu a este questionamento, que segundo ela, era um falso problema, haja vista que o próprio sistema de tutela coletiva já previa a solução.

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class* [*action*], surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente.

[...] No sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação.

Dessa forma, os valores recebidos a título de dano moral coletivo, assim como ocorrer com os resíduos das indenizações de lesões a direitos individuais homogêneos, poderão ser depositados no Fundo disposto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, no qual

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (BRASIL,

Percebe-se que esse instrumento criado pelo ordenamento jurídico brasileiro além de trazer a solução para esse entrave, demonstra a viabilidade da condenação pelo dano moral coletivo. Assim, o fato dos lesados em caso de direitos difusos ou coletivos, comporem uma coletividade, muitas vezes indeterminada, não gera qualquer entrave para fins de condenação

por danos morais coletivos, uma vez que, os valores da condenação seriam depositados no referido Fundo, e revertidos a essa mesma coletividade de forma difusa.

Posteriormente, já no ano de 2009, em julgamento de Recurso Especial, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, houve o reconhecimento do dano moral coletivo a situação que versava sobre direitos transindividuais, sendo superado o entendimento da imprescindibilidade do sofrimento psíquico para o reconhecimento de dano extrapatrimonial coletivo.

O caso envolvia relação de consumo e direito das pessoas idosas, a Ação Civil Pública, tinha como objetivo a superação de entraves burocráticos impostos por concessionária do serviço de transporte coletivo, consistente na exigência de prévio cadastramento dos usuários maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, como condição para a gratuidade do uso do transporte coletivo.

A Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, entre outros pedidos, requeria o reconhecimento do dano moral coletivo, assim, novamente o STJ teve a oportunidade de se deparar com esse tema, e foi exatamente nesse julgamento que houve uma superação do seu entendimento.

Segue trecho do voto da Min. Rel. Eliana Calmon:

“[...]as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ). [...]

Dessa maneira, o alargamento da proteção jurídica à esfera moral ou extrapatrimonial dos indivíduos e também aos interesses de dimensão coletiva veio a significar destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais. Tal evolução, sem dúvida, apresentou-se como resposta às modernas e imperativas demandas da cidadania.

O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.

Assim sendo, considero que a existência de dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual. (STJ, 2009)

Por questões eminentemente processuais, o dano moral coletivo não foi acolhido no caso, porém foi reconhecida a sua possibilidade jurídica, tornando-se o julgamento paradigmático da “virada” jurisprudencial, no sentido do reconhecimento como possível, pelo STJ, da configuração do dano moral em questões atinentes a direitos transindividuais, devendo assim, ser realizada uma releitura do dano extrapatrimonial, e seus elementos configuradores, em especial quando se tratar de direitos difusos e coletivos.

Após esse julgamento, diversos outros se seguiram no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade do dano moral coletivo.

Atualmente, a questão encontra-se resolvida no direito brasileiro, o dano moral coletivo é instituto jurídico reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência, em que pese divergências no que se refere aos seus parâmetros.

Contudo, o atrelamento a dor, sofrimento ou vexame, não mais persiste, o dano moral quando há lesão a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, passou a ser analisado sobre o prisma próprio desses direitos e não mais de acordo com a lógica do direito individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre o dano moral coletivo não é algo recente. O seu tratamento surgiu e teve crescimento ao longo do século XX e início do presente, sendo abordado tanto pela doutrina, como pela jurisprudência pátria.

Algumas discordâncias se deram em função de não existir sequer uma nomenclatura uniforme sobre a temática, sendo denominado de dano moral coletivo por uma parcela da doutrina, ou como dano moral transindividual, preferência de outra parte. Desse modo, percebe-se que a definição de dano moral coletivo ainda está em construção, assim como toda a tutela coletiva, buscando-se elaborar uma noção que seja ao mesmo tempo completa e unívoca.

Outros entraves surgiram em função de ora a doutrina e jurisprudência o considerarem como uma lesão no âmbito moral da comunidade, atingindo direitos apenas individuais homogêneos, pois possibilitaria determinar o *quantum debeatur*, ora entendendo o dano moral como aquele que causa dor psíquica e transtornos apenas ao ser humano, tratado de modo individual, não reconhecendo o dano moral que atinja a toda coletividade.

Considerando os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles em que há uma maior determinabilidade das vítimas do evento lesivo, seria até, para essa corrente, concebível se falar em dano moral nesses casos.

Dessa forma, o ponto de maior divergência como vimos, tratava-se do reconhecimento do dano moral diante de lesão a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, onde há maior indeterminabilidade das vítimas.

A resistência em se conceber o dano moral nestes casos, como vimos, esteve calcada nos elementos, que segundo a doutrina e jurisprudência nacional, eram intrínsecos à ideia de dano moral – a dor, vexame ou humilhação. Elementos estes que inevitavelmente dependeriam da individualização das vítimas.

Contudo, mesmo com a previsão legislativa de tutela coletiva de toda e qualquer ameaça ou lesão a direitos coletivos de qualquer espécie, a resistência persistia, uma vez que a tutela coletiva continuava sendo estudada e aplicada a luz da lógica individualista.

Vale frisar que, o número de ações judiciais envolvendo questões de interesses e direitos coletivos em sentido estrito ou mesmo de interesses e direitos difusos, a exemplo de temas ligados ao direito do meio ambiente, do direito do trabalho e do direito do consumidor, que por abarcarem direitos transindividuais, envolvem não apenas o indivíduo isoladamente, mas toda uma coletividade

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) houve divergências entre a Primeira e a Segunda Turmas. Enquanto aquela não reconheceu *a priori* a possibilidade de dano moral coletivo ou extrapatrimonial, obtendo, *a priori*, respaldo em outros tribunais, a Segunda Turma do STJ trouxe uma visão inovadora ao não limitar o dano moral a esfera individual, reconhecendo que o dano moral coletivo não está vinculado aos critérios e lógica do dano moral individual e, portanto, desvinculado da prova de dor e sofrimento.

Por fim, numa reviravolta jurisprudência, como pode-se notar, o Superior Tribunal de Justiça, acabou passando por reconhecer que o dano moral também deve ter uma repercussão social, podendo inclusive os sujeitos atingidos pela lesão serem indeterminados, a exemplo do que ocorre nos interesses e direitos difusos.

Assim, o desacordo, dantes existente, em função de não existir uma determinação dos sujeitos lesados (indeterminados e indetermináveis), bem como destinação do valor da indenização (*quantum debeat*) em situações envolvendo direitos difusos, como é o caso de degradação ao meio ambiente, foi mitigado com a aplicação do *fluid recovery* para fins ressarcitórios.

Assim, resolveu-se mais uma celeuma com a indicação de um Fundo especial para a realização do depósito do valor a ser indenizado, com vistas especificadamente de reparar o bem lesado.

Desde então, percebe-se uma evolução nas decisões do STJ ao reconhecer o dano moral coletivo e a possibilidade de que um grupo determinado ou não de pessoas possa ter a reparação de um dano moral coletivo a um direito transindividual lesado. Essas decisões são fundamentadas na própria Lei Maior brasileira, assim como em normas infraconstitucionais.

Em suma, a evolução da responsabilidade civil e do dano moral individual foi crucial para o debate sobre o dano moral coletivo. Se, antes os tribunais entendiam predominantemente pela não reparação ao dano mo-

ral coletivo, hoje essa postura alterou-se, passando o STJ e outros tribunais a reconhecer tal possibilidade.

O dano moral coletivo é hoje instituto jurídico reconhecido, muito embora ainda haja divergências no que se refere à sua aplicação jurisprudencial, em especial quanto aos seus elementos e características.

Digno de nota é que toda a tutela coletiva ou processo coletivo no Brasil encontra-se em construção, é ramo das ciências jurídicas relativamente novo e extremamente complexo, haja vista sua multidisciplinariedade.

O dano moral coletivo é apenas um desses institutos, sendo necessário trabalhar o processo coletivo dentro de sua principiologia, transcendendo os institutos e o modo de “enxergar” o processo e seus fins.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 02 de jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em: 10 de jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 10 de jul. de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2018.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 4 – 9ª edição – Editora Juspodium. Salvador: 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. Volume 4 - 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

- GRINOVER, Ada Pelegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LIMA, J.B. de Souza. As mais antigas normas de direito. 1983. p. 15-35.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. Vol. 7. - 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). RESP 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.05.2006, DJ 1º. 06.2006, p. 147.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 821.891/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 12/05/2008.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). RESP 1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJ 26.02.2010. p.8.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.12.2011, DJe 10/02/2012.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danielle Marques Domingues Boyer

INTRODUÇÃO

A atual forma da responsabilidade civil é consequência de uma evolução histórica.

Quando os homens ainda viviam em pequenos agrupamentos, prevalecia a vingança coletiva, ou seja, se alguém causasse um dano a outrem era punido por todos os membros daquela sociedade primitiva, geralmente com sua exclusão ou morte, da maneira mais brutal possível.

O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com a passagem da retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, para ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público. É a chamada vingança privada, ou *vendeta*, em que se repudiava a agressão com outra que causasse igual dano.

Prevalecia a Lei de Talião, sintetizada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”, “tal dano, tal pena”. Nessa época a responsabilidade apresentava-se como objetiva, com base na conduta, dano e nexos de causalidade, não sendo necessário comprovar a culpa do agente.

O período que sucedeu ao da vingança privada é o da composição. Notou-se, a desvantagem na retaliação, pois não havia compensação do

dano causado, somente mais um dano, restando duas pessoas mutiladas ou mortas, diminuindo a capacidade do trabalho da sociedade.

Atentou-se as vantagens e proveitos da substituição da violência pela compensação econômica do dano. Passou-se a prevalecer a proibição da justiça com as próprias mãos, o patrimônio do ofensor começa a responder por suas dívidas e não mais sua pessoa.

Cabe ao Estado, na função de mantenedor da paz social, garantir sua regulação através de diversos mecanismos, inclusive a repressão. Dentro das ferramentas utilizadas para garantir a sustentação da ordem, o Poder Judiciário lança mão da responsabilidade civil.

Inicialmente, as responsabilidades civis e penais confundiam-se, sendo posteriormente separadas, aplicando em relação à primeira a indenização e, referente à segunda, a pena.

A evolução ocorreu, principalmente, na forma como o ordenamento passou a compreender a responsabilidade civil. A partir de então, muito mais ampla do que anteriormente.

Introduziu-se o elemento subjetivo da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, sendo necessária a caracterização da intenção da pessoa querer causar lesão à outra.

Evidenciou-se a complexidade na ampliação da prestação jurisdicional a uma espécie de agressão que não atinge o âmbito financeiro, mas sim uma intrínseca subjetividade, a qual não autoriza a norma a estabelecer critérios fixos.

Começaram, então, a elaborar projetos de leis voltados à regulamentação do prejuízo imaterial, bem como juristas passaram a defender a importação de institutos provenientes da doutrina alienígena para aplicação no ordenamento pátrio, como é o caso do tema central do presente artigo: os *punitive damages*.

1. FINALIDADE DOS PUNITIVE DAMAGES E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO INGLÊS E NORTE-AMERICANO

O *punitive damage* também chamado de *exemplary damage*, é um mecanismo que visa punir materialmente o transgressor em inten-

tidade de igual proporção a amargura da vítima, com o intuito de desencorajar a prática continuada de condutas danosas, bem como serve de instrumento para corrigir a insuficiência das funções reparatória e compensatória da responsabilidade civil no tocante à prevenção de danos.

Foi constituído e expandido historicamente no sistema jurídico da *Common Law*, para a punição de condutas danosas especialmente no âmbito cível da *Tort Law*, similar à nossa responsabilidade civil.

Segundo o posicionamento doutrinário majoritário, seu surgimento apresentou-se a partir do direito consuetudinário, em decisões do júri que objetivavam a punição de agentes que se portavam de maneira fraudulenta, maliciosa ou opressora.

Em que pese o fato de alguns doutrinadores observarem a origem do instituto no Código de Hammurabi, na Bíblia e no Direito Romano, é no Direito Inglês que se encontra o berço do *punitive damage* por volta do século XVII.

Tendo suas primeiras fontes em 1763, nos casos Huckle v. Money e Wilkes v. Wood. Ambos ocorreram devido a emissão de mandados genéricos por parte do Estado, para que fossem apreendidos autores, editores e tipógrafos comprometidos com publicações do periódico North Briton, que possuía vertentes contrárias ao governo do rei George III. Realizaram-se quarenta e nove prisões, e no julgamento foi atribuído o punitive damage aos dois autores em suas respectivas actions of trespass (RUSTAD; KOENIG, 1993, p.1287-1288).

Inicialmente o *exemplary damage*, foi utilizado como um instrumento jurídico objetivando regular abusos do Poder Público. Sua aplicação não se limitou a esses casos específicos, logo se ampliou para coibir demais abusos de poder econômico ou abusos de poder em geral.

Com o decorrer do tempo, a Corte Inglesa utilizava o instituto comumente em suas decisões, até mesmo naquelas que envolvessem particulares, sendo presente em casos que assegurassem a liberdade individual e a vida privada.

Apesar de permanecer fortemente enraizado nesse país, foi no ordenamento americano que o *punitive damage* se desenvolveu de forma mais aprofundada, a partir do século XX, em decorrência do crescimento demográfico e do incremento da industrialização.

Sua aplicabilidade no ordenamento jurídico americano se intensificou de maneira exacerbada, a ponto de ultrapassar consideravelmente o sistema jurídico inglês, devido ao grande aumento de demandas coletivas de reparação dos *torts* ou danos, e sua capacidade de coibir condutas que afetavam a coletividade.

O *punitive damage* passou a ser constatado em casos de negligência grosseira como erro médico, sendo estendida ao âmbito da responsabilidade civil objetiva, atingindo as relações entre empresas e consumidores, bem como o campo do direito contratual.

2. TESES FAVORÁVEIS

O *punitive damage* tem sido defendido como um remédio jurídico para o processo civil americano, sendo observado também seu crescimento em países de tradição romanística.

Em sua defesa, alega-se que a simples indenização por danos materiais, muitas vezes, não se mostra suficiente para compensar as vítimas de atos ilícitos, nem mesmo para pagar seus patronos ou as taxas processuais. Portanto, a aplicação do *exemplary damage* permite a compensação das despesas de litígio gastas pela vítima, incluindo honorários advocatícios.

Deve-se observar favoravelmente, o seu duplo caráter: o de punir o agente por sua conduta reprovável, e desestimular a reincidência da prática que gerou esse dano. Com a presença do seu elemento pedagógico-desestimulador, outros como ele não cometerão condutas similares no futuro. Além de mitigar a prática de comportamento semelhantes por parte de ofensores, tem como intuito assegurar a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

Defende-se que o *punitive damage* serve de instrumento jurídico protetivo para os que se encontram em relação de inferioridade, como por exemplo, os consumidores, trabalhadores assalariados, dentre outros vulneráveis.

Mostra-se suficiente a observância de critérios como grau de culpabilidade, dolo, reiteração da conduta lesiva, elevado potencial econômico do ofensor e extensão do prejuízo da vítima, para se introduzir

na própria indenização por danos morais o fator punitivo ao agente. Aplicando no bojo das decisões critérios de proporcionalidade e razoabilidade fazendo a devida correlação com a reprovabilidade da conduta a ser punida e as funções de punição e reparação perseguidas pela responsabilização.

Vale salientar, a tese brasileira defendida por André Gustavo Corrêa de Andrade, em que o autor alega que o instituto aplicável aos danos morais, tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos da personalidade e o direito à indenização do dano moral, previstos na Constituição Federal.

Segundo o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece sobre o princípio da anterioridade da pena.

Para o autor, a aplicação dos *punitive damages* teria uma repercussão tão apreciável na sociedade, ao punir e prevenir ilícitos, e educar os indivíduos, que o benefício trazido à coletividade tornaria irrelevante o acréscimo patrimonial da vítima.

3. TESES CONTRÁRIAS

Parte da doutrina entende que sua defesa seria equivocada, principalmente, pelas razões a seguir:

1.1 CONFIGURAÇÃO DO *BIS IN IDEM*

Se muitos ilícitos civis também são ilícitos penais, surge a ideia de que a indenização punitiva levaria a punição dupla, o agente seria punido na esfera civil e criminal pelo mesmo fato.

Não deve prosperar este argumento, por se tratar a indenização punitiva de sanção pecuniária que difere em essência das outras sanções. A pena do Direito Penal não tem o mesmo caráter ontológico daquela aplicada na seara civil.

Sendo a de âmbito penal destinada a punir por um aspecto de reprimenda, enquanto para o Código Civilista, significa apenas um aspecto preventivo, desestimulante.

3.2 NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE

O grau de reprovabilidade da conduta do agente não é passível de previsão legislativa, cabendo ao magistrado identificar os requisitos de gravidade e repetição.

É repellido devido a vigoração do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, só se pode aplicar pena, se prevista em lei. Sendo caracterizado, portanto como uma espécie de limitador desta discricionariedade legal quando se fala em punição.

Em ausência de previsão legal do instituto, é impossível que haja a cominação de uma penalidade, não podendo aplicar-se uma pena no Direito Civil se não existe dispositivo prevendo o dano punitivo.

Todavia, esse argumento não deve ser considerado, pois no Direito Civil não se aplica a noção rígida de tipicidade, tal como ocorre no Direito Penal, uma vez que a ilicitude prevista nesta seara é uma cláusula aberta geral de ilicitude.

Conforme o ministro César Peluso já sentenciou, não existe limitação por parte do legislador constitucional no que diz respeito aos danos morais. Significa que está aberta a porta para o acesso dos *punitive damages* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Independente de previsão legal, o *punitive damage* é aplicável em no ordenamento jurídico brasileiro tendo por fundamento direto o princípio da dignidade humana com previsão no artigo 1º, inciso II da Constituição Federal.

3.3 WINDFALL

Devido ao fato de as prestações pecuniárias concedidas excederem o valor do prejuízo sofrido, o *punitive damages* proporciona o *Windfall*, enriquecimento sem causa, que é vedado pelo Direito Civil.

As multas tipicamente penais são destinadas ao Estado, enquanto os *punitive damages* são pagos à vítima, portanto, o montante indenizatório constitui um ganho inesperado e fonte de enriquecimento ilícito.

Os tribunais pátrios, ainda, abordam sobre os *punitive damages* de forma esparsa e a doutrina é bem restrita quanto ao assunto.

A jurisprudência usa a vedação do enriquecimento sem causa da vítima, na maioria das vezes, como principal fundamento para rechaçar veementemente sua aplicação ou aplicá-lo de forma mais moderada, não alcançando patamares suficientes para dar o verdadeiro caráter desestimulador, o que pode descaracterizar o instituto.

Observa-se, portanto, a existência de métodos que possibilitariam a aplicação do instituto no país. Poderia ser a destinação da indenização punitiva a um fundo público a solução para se afastar o enriquecimento sem causa e permitir a plena adoção dos *punitive damages* pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se, portanto, uma decisão que chamou a atenção pelo brilhantismo de sua fundamentação que abarca preceitos doutrinários e o instituto do direito alienígena.

A decisão em análise consiste no processo que versa como partes AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA S.A. e JOÃO ANGÊLO GARBELIN, número 0027158-41.2010.8.26.0564.

Após um ano do contrato com o plano de assistência médica com a empresa AMIL, o autor sofreu um infarto no miocárdio, sendo necessário seu socorro urgentemente.

Porém, devido não ter sido cumprido o prazo de carência de 24 meses, a ré recusou-se a cobrir os serviços necessários para a internação e atendimento do autor.

Configura-se como questão pacífica que em atendimentos de urgência provenientes de doenças com grave risco à vida, o plano de saúde não pode se recusar ao atendimento pelo não cumprimento do período de carência segundo artigo 12 da lei nº 9656/98.

A ação foi julgada procedente em primeira instância e a empresa Ré condenada a pagar a quantia de R\$5.000,00 a título de indenização por danos morais e a arcar com os custos da internação.

Em sede de apelação por parte do autor, o mesmo buscou a majoração dos danos morais, bem como a empresa Ré alegou novamente o não cumprimento do período de carência.

O Exmo. Desembargador relator, Teixeira Leite, em decisão, entendeu que se tratava de violação ao interesse coletivo pela saúde, e que a conduta danosa reiterada da ré colocava em risco a vida e saúde humana

do autor e de milhares de pessoas, visto que a empresa era Ré em diversos outros processos idênticos.

Aplicou-se uma indenização punitiva de cunho social, considerando o potencial econômico da Ré, determinou-se o pagamento de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Mas para afastar o enriquecimento sem causa e permitir a adoção dos *punitive damages*, determinou-se que esta quantia tivesse como destino o Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. E quanto aos danos morais, estes foram majorados para o montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

EMENTA: PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE COBERTURA PARA INTERNAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO FEITO PELO SEGURADO, DETERMINADO QUE, POR SE TRATAR DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA, FOSSE DADA A DEVIDA COBERTURA, AINDA QUE DENTRO DO PRAZO DE CARÊNCIA, MANTIDA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO EM RAZÃO DA PECULIARIDADE DE SE CUIDAR DE PACIENTE ACOMETIDO POR INFARTO, COM A RECUSA DE ATENDIMENTO E, CONSEQUENTEMENTE, PROCURA DE OUTRO HOSPITAL EM SITUAÇÃO NITIDAMENTE AFLITIVA. DANO SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE SE COIBIR PRÁTICA DE REITERADAS RECUSAS A CUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE, A PROPÓSITO DE HIPÓTESES REITERADAMENTE ANALISADAS E DECIDIDAS. INDENIZAÇÃO COM CARÁTER EXPRESSAMENTE PUNITIVO, NO VALOR DE UM MILHÃO DE REAIS QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DESTINADA AO SEGURADO, REVERTIDA AO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DE SÃO PAULO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. CONFIGURAÇÃO PELO CARÁTER PROTTELATÓRIO DO RECURSO. APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSO DA SEGURADORA DESPROVIDO E DO SEGURADO PROVIDO EM PARTE.

TJSP - Apel.: 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: DEJT 13/05/2011. Grifamos.

3.4 LOTERIA FORENSE

No *Common law* a figura do julgador é abarcada pela cultura do precedente diferentemente do *Civil law*, o que gera problemas para aplicar o instituto do direito alienígena. Observa-se por exemplo a entrega de poder demasiado aos magistrados e falta de limites legais para sua aplicabilidade.

É notório, portanto a presença do requisito mais intrínseco na doutrina: o incontestável subjetivismo.

O subjetivismo crescente dos atos decisórios, fazem com que o arbitramento da indenização punitiva funcione como uma “loteria” do judiciário. O *punitive damage* então, passa a ser considerado como um instrumento para conceder indenizações milionárias, configurando a mercantilização da prestação jurisdicional.

Todavia, insta salientar que os magistrados não devem aplicar o instituto em análise discricionariamente, mas atentarem aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de que a quantia concedida seja justa.

Preconiza-se também a relativização dos parâmetros norte-americanos, tendo em vista a realidade econômica, financeira e social brasileira.

4. TEUBNER E AS IRRITAÇÕES JURÍDICAS

Quando há o compartilhamento de institutos jurídicos entre países ou jurisdições, haverá aversão ou recepção? Segundo Teubner (2005, p. 157), ocorrem “irritações jurídicas”:

‘Irritações jurídicas’ não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno são fundamentalmente alterados.

A princípio não há impossibilidades que reprimam a passagem de institutos jurídicos provenientes de Direito alienígena. Ao contrário, segundo o jurista e sociólogo alemão Teubner, configura-se como uma prática aconselhável em certas áreas do Direito tendo em vista a globalização.

Mas, geralmente, o novo gera certos desconfortos, inquietações, retirando o indivíduo da zona de conforto, e nesse caso não é diferente, pois propicia a retirada da comodidade do ordenamento jurídico e a alteração para uma cultura mais atenta as necessidades e direitos da sociedade.

Panta rei é a concepção de Heráclito, pensador pré-socrático e significa tudo se move em grego. Parte do princípio de que tudo é movimento e que nada pode permanecer parado.

Portanto, assim como a habitual inércia proporciona sempre os mesmos resultados, a estagnação jurídica gera os mesmos efeitos sociais.

Se a indenização comumente aplicada não está sendo o bastante para coibir certos agentes na sua prática reiterada, se faz necessário a abertura para o diálogo com os institutos jurídicos de outros países.

O estresse do novo, do movimento, das irritações jurídicas é muito menor do que o do fracasso da estagnação.

Para Teubner, transplantes jurídicos, não sobrevivem à operação sem modificações.

As maiores preocupações não se apresentam quanto a manutenção das características do instituto transplantado, mas sim em relação à higidez e à coerência do ordenamento jurídico receptor do instituto.

Recomenda-se, portanto, que o transplante seja feito mediante prudente investigação imparcial acerca da existência de uma lacuna no ordenamento jurídico, precedida de alguma benignidade jurisprudencial, bem como demanda a prévia familiarização com o instituto que se pretende importar.

CONCLUSÃO

Por mais que a responsabilidade civil tenha galgado importantes degraus responsáveis pela sua evolução histórica, é preciso que o direito continue acompanhando as necessidades aspiradas pela sociedade, e propor-

cione um diálogo racional quanto a viabilidade da aplicação dos *punitive damages* como forma de dar efetividade à funcionalização da responsabilidade civil.

Observa-se que no Judiciário brasileiro prepondera uma crise de legitimidade e legalidade do instituto, ainda sendo visto de forma moderadamente tímida pela jurisprudência pátria, tornando indispensável sua lapidação. Para seus efetivos moldes é necessário a garantia de segurança jurídica com a observância de requisitos autorizados e adequadas fundamentações das decisões judiciais, focando principalmente em não fazer prosperar o argumento do enriquecimento sem causa, usado na maioria das vezes pela jurisprudência.

Deve-se buscar o destaque da função compensatória reparatória do valor indenizatório, e não somente da função punitiva pedagógica. Assim foi a forma que a Suprema Corte norte-americana aprimorou a teoria dos *punitive damages*.

Conclui-se com o otimismo de que as sementes dos *punitive damages* plantadas, germinem e deem frutos no território brasileiro. Que haja a possibilidade de efetivar a responsabilidade civil em maior grau, prevenindo danos a partir do desestímulo de condutas, para o alcance da manutenção da paz social.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- APPEL, Peter. A. ***Appel, intervention in public law litigation: the environmental paradigm***, vol. 78. *Washington: Washington University Law Review.*, 2000. Disponível em: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol78/iss1/4>
- AUSNESS, Richard C. ***Retribution and deterrence: the role of punitive damages in products liability litigation***. *Kentucky Law Journal, Lexington*, v. 74, p. 1-125, 1985-86.

- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. Dissertação (mestrado em Direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford, 2006.
- BONNA, Alexandre Pereira. **Danos em massa e os punitive damages**. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.
- BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018.
- CADY, Troy L. *Disadvantaging the disadvantaged: the discriminatory effects of punitive damage caps*. Hofstra Law Review, Hempstead, v. 25, n. 3, p. 1.005-1.039, 1997.
- COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do duty do mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.
- CORDEIRO, Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984.
- LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão cultural dos punitive damages**. Revista de Direito Privado. Vol. 45. Ano 12. jan./mar. 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, março de 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OWEN, David G. *A punitive damages overview: functions, problems and reform*. Villanova Law Review, Radnor Township, v. 39, p. 363-413, 1994.

- PIRES, Fernanda Ivo. **Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação**. Curitiba: Juruá, 2014.
- RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 230, 2008.
- RODRIGUES, Dirceu. **Brocardos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1948.
- ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.
- RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*. *American University Law Review*, Washington, v. 42, n. 4, p. 1.269-1.333, 1993.
- SCHREIBER, Anderson. **A responsabilidade civil como política pública**. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SEBOK, Anthony J. *Punitive damages in the United States.*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, p. 155-196, 2009.
- SILVA, Rafael Peteffi da e WALKER, Mark Pickersgill. ***Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina***, 2016.

SULLIVAN, Timothy J. *Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change*. Minnesota Law Review, Minneapolis, v. 61, n. 2, p. 207-252, 1977.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

TEUBNER, G. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. (B. Vincenzi, D. Rudiger, J. Dittberner, P. Galizia, & R. Mendes, Trans.) Piracicaba, São Paulo: Editora Unimep, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

WATSON, A. *Legal Transplants - An Approach to Comparative Law*. Athens: The University of Georgia Press, 1993.

UM ESTUDO SOBRE A DECISÃO DO STF NO CASO “SÓCIOS DA DISCO X PÃO DE AÇÚCAR”: A CARACTERIZAÇÃO DE UM CONTRATO PRELIMINAR À LUZ DO PENSAMENTO TIPOLOGICO DE KARL LARENZ

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como **objetivo geral** analisar a decisão do STF no caso “Sócios da DISCO X Pão de Açúcar” à luz do pensamento tipológico de Karl Larenz.

O problema da transferência de ações da DISCO titularizadas pelos seus sócios à sociedade empresária “Pão de açúcar”, objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 88716-RJ (1979), tem como ponto central a qualificação jurídica do produto, comprovado por instrumento escrito, de uma negociação entre os referidos agentes. Os titulares das ações da DISCO – Antônio do Amaral, Virgínia Pereira, Francisco Antônio Domingues Amaral – defendem que o instrumento escrito assinado por ambos os pólos agentes tem natureza de memorando de entendimentos, enquanto a sociedade “Pão de Açúcar” trata o documento como um instrumento comprobatório de contrato preliminar. Dependendo de tal caracterização jurídica, os

efeitos atribuíveis à impossibilidade de que as partes chegassem a um acordo seriam distintos. As interpretações divergentes levam os sócios da DISCO, titulares das ações, a ajuizar ação de consignação para devolver valor recebido como adiantamento (a ser convertido em pagamento inicial se aperfeiçoada a compra e venda de ações) e garantido por uma nota promissória sob posse do “Pão de Açúcar”, enquanto esta sociedade empresária, por sua vez, ajuíza pleito de adjudicação compulsória das ações a que se referiu a negociação.

Os debates desenvolvidos pelos ministros do STF adotaram como ponto central a regência do contrato pelo antigo art. 191 do Código Comercial ou pelo art. 1126 do Código Civil de 1916, ambos vigentes à época²¹²². De um lado, argumentava-se, em linha posteriormente endossada por Fábio Konder Comparato²³, que, sendo o contrato de compra e venda mercantil caracterizado pela dupla venda (compra para revenda), não poderia a transferência das ações ser qualificada como de tal natureza. De outro lado, alegava-se, nos moldes da posição de Carvalho de Mendonça (2003), que os atos praticados externamente ao interesse da profissão de comerciante, mas em virtude de tal interesse, chamados de

21 Segue a redação do antigo art. 191 do Código Comercial: "O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127). É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante."

22 Segue a redação do art. 1126 do Código Civil: "A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço."

23 "não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado como contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distinto específico. É o que ocorre com [...] a compra e venda (art. 191, segunda parte, considerando-se o escambo como dupla venda – art. 221) [...]. Onde não existe a indicação desse critério distintivo – como na locação e no mútuo – deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia" (COMPARATO, 1980, p. 118).

atos de comércio por dependência, seriam mercantis, motivo pelo qual a compra e venda em questão seria mercantil.

O art. 191 do Código Comercial estabelecia “preço, coisa e condições” como elementos essenciais do contrato de compra e venda mercantil, enquanto a compra e venda civil, nos moldes do art. 1126 do Código Civil de 1916, teria como elementos essenciais apenas o preço e a coisa, donde a discussão travada no STF atribuir grande destaque à determinação do sentido do termo “condições”. O Min. Moreira Alves (STF, 1979), relator do recurso extraordinário em questão, entendeu que o termo “condições” deveria ser tratado como sinônimo de cláusulas, o que implicaria o entendimento de que o contrato definitivo deveria reunir todos as cláusulas do contrato preliminar, dada a necessidade de congruência entre as figuras. A determinabilidade de variáveis como o preço final no documento assinado pelos sócios da DISCO e pelo “Pão de Açúcar”, então, não seria suficiente para caracterizar as negociações como um contrato preliminar, motivo pelo qual restaria razão à DISCO, dado o caráter de mero memorando de entendimentos do instrumento discutido em juízo – até mesmo porque os elementos determináveis não poderiam ser determinados judicialmente sem violação da liberdade de contratar.

Considerando que a determinação do caráter de minuta ou de contrato preliminar do documento assinado entre as partes quando negociavam a compra e venda das ações da sociedade DISCO exigiu uma determinação do tipo contratual – contrato de compra e venda civil ou contrato de compra e venda mercantil (substituído posteriormente pelo contrato de compra e venda empresarial) – a que o documento se referia, a investigação **justifica-se** pelo caráter ilustrativo do conflito em questão para o estudo dos dilemas enfrentados pelos intérpretes do direito privado no que diz respeito a uma qualificação de contratos concretos como casos de tipos jurídico-estruturais previstos em lei.

A investigação ora realizada consiste em **pesquisa teórica, qualitativa**, que utiliza o **procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico** e que assume como **referencial teórico** a noção de pensamento tipológico de Karl Larenz, segundo a qual a regulação contratual é prevista em lei na linguagem de tipos jurídico-estruturais,

o que significa envolver textos indeterminados²⁴ e, conseqüentemente, traços meramente eventuais, ou seja, não necessariamente presentes em todos os contratos que possam ser reconduzidos a uma dada figura tipológico-contratual.

2 LIÇÕES DE KARL LARENZ SOBRE O PENSAMENTO TIPOLOGICO

O tipo é, por excelência, a forma de pensamento a ser utilizada quando os conceitos lógico-abstratos e seus respectivos sistemas lógicos não são adequados para a compreensão de um fenômeno da vida ou de uma conexão de sentido na multiplicidade de suas manifestações. Sua aplicabilidade já foi verificada em outras ciências que não o Direito. Nas Ciências Sociais, por exemplo, Weber (1999) celebrou a ideia de “tipo ideal”. Larenz registra que até mesmo na Psicologia, na Linguística, na História e na Teoria Geral do Estado o uso dos tipos é usual. No âmbito jurídico, podem ser vislumbradas espécies variadas de tipos, a exemplo dos tipos da Teoria Geral do Estado, da História do Direito e do Direito Comparado; dos tipos jurídicos gerais; dos tipos jurídico-penais; dos tipos jurídico-fiscais; e dos tipos jurídico-científicos em sentido estrito.

Engisch (2001, p. 205 e ss.), metalinguisticamente, expôs uma concepção tipológica da própria ideia de tipo ao afirmar que, a despeito de todas as concepções modernas do tipo e suas particularidades, inclusive quando comparadas à ideia de conceito, algo está sempre presente: uma maior concretude do tipo em relação ao conceito. Em outros termos, a própria ideia de “tipo” é “tipológica”, composta por diversos indícios variáveis, ainda que tenha como nota característica imprescindível sua relação com a ideia de concretização – aliás, ainda aqui devemos notar que a propriedade “maior concretude do que o conceito” também é tipológica (LARENZ, 2005, p. 655-6).

24 A indeterminação textual no âmbito do direito privado é discutida no Brasil, exemplificativamente, por autores como Rodney Malveira da Silva (2011, p. 255 e ss.) e Judith Martins-Costa (2015, p. 141 e ss.). A complexidade interpretativa de textos tipológicos costuma ser abordada no Brasil mediante o uso de terminologia mais consolidada em nossa tradição jurídica, na qual se costuma usar a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”.

Dentre os diferentes significados de “tipo”, Larenz (2005, p. 657-60) elenca, sem pretensão de exaustividade, os seguintes: 1) a distinção entre “tipo médio ou de frequência” e “tipo de totalidade ou configuração”; 2) tipo imaginado, mentalmente concebido e reconhecido na sua particularidade; e 3) a distinção entre tipo empírico, tipo ideal lógico e tipo ideal normativo; 4) *standards*; 5) tipos reais normativos; e 6) tipos jurídico-estruturais.

Em primeiro lugar, Larenz (2005, p. 657) diferencia “tipo médio ou de frequência” e “tipo de totalidade ou configuração”. O “tipo médio ou de frequência” refere-se às reações típicas do homem ou a um fato natural tipicamente verificado, traduzindo-se na ideia de regularidade (“típico” como aquilo que é comumente esperado). O tipo médio ou de frequência, especificamente no campo processual, tem grande relevância no que diz respeito à *prova prima facie*, em que se considera comprovado um processo causal quando as circunstâncias de fato aparentam ser um caso do processamento típico do evento, sem que haja qualquer indício relevante em contrário. O processamento típico do evento é derivado das chamadas máximas de experiências, proposições obtidas indutivamente a partir da experiência geral da vida, ou seja, dotadas de probabilidade de correção, mas sem caráter apodítico ou potencial de previsão absoluta de todas as situações possíveis. Em outros termos, a aplicação de uma máxima de experiência apenas estabelece uma presunção, não afastando a possibilidade de produção de prova em contrário e, conseqüentemente, da caracterização de um processamento atípico do evento. Por sua vez, o “tipo de totalidade ou configuração” é aquele em que se destacam certas propriedades idôneas a configurar uma imagem em sua globalidade, ainda que nem sempre todos esses traços estejam presentes e que sua intensidade seja variável em cada fato que a ele se reconduz, traduzindo-se na ideia de imagem geral contemplada comparativamente (“típico” no sentido de característico). Os tipos dessas duas modalidades são sempre empíricos, confirmáveis pela experiência.

O segundo significado de tipo identificado por Larenz (2005, p. 658) é o de tipo imaginado, mentalmente concebido e reconhecido na sua particularidade. Trata-se daquele tipo intuitivamente representado por um exemplar que apresenta traços essenciais da figura. É muito por conta de tal concepção que alguns dizem ser o tipo, diferentemente de um conceito,

uma imagem intuitivamente apreendida. Entretanto, a intuição é ato de conhecimento que apenas reúne impressões sensoriais em uma imagem global, não distinguindo ou não tendo consciência da possibilidade de distinção de traços particulares. Ora, a distinção e a conjugação estão atrelados à atividade interpretativa, e não à razão em seu sentido tradicional. Isso significa que o tipo não pode ser meramente contemplado e reproduzido em sua intuição interna, mas sim conhecido pelas suas características peculiares, as quais o distinguem de outro tipo. Se o primeiro passo dessa atividade distintiva é comum ao pensamento abstrator, consistindo na seleção de propriedades gerais, relações e proporções presentes em formas concretas, o momento seguinte é radicalmente distinto. Ora, enquanto o pensamento de abstração conceitual busca enquadrar conceitos menos gerais em conceitos mais gerais por meio de um processo de encaixe das notas características e de descarte das notas diferentes entre os níveis de categorias, o pensamento tipológico mantém unidas as notas distintivas do tipo e serve-se delas para descrever o tipo como uma nota distintiva do todo. Este expediente permite a conservação, no plano da apreensão intelectual, da imagem global intuída, motivo pelo qual se justificam as afirmações de que o tipo está situado entre: de um lado, o individual, intuído, concreto; e, de outro, o conceito abstrato – à la Engisch (2001), o tipo é mais concreto do que o conceito.

O terceiro significado de tipo indicado por Larenz (2005, p. 659) é aquele referente à distinção entre tipo empírico, tipo ideal lógico e tipo ideal normativo. Por um lado, temos os tipos empíricos, os quais são tipos médios, no sentido de que se podem coordenar a eles certa quantidade de exemplares encontráveis na realidade. Por outro, temos o tipo ideal lógico, o qual é derivado da experiência, mas não precisa estar integralmente realizado em nenhum fenômeno empírico. Em verdade, trata-se de um produto do pensamento em medida maior do que as acepções de tipo até aqui abordadas, visto consistir em uma representação do modelo constituída por meio da ênfase em alguns traços particulares colhidos da realidade e do descarte de outros traços. O tipo ideal lógico, portanto, é um padrão de comparação resultante de um pensamento que une uma multiplicidade de fenômenos particulares em torno de alguns traços comuns, como se pode depreender dos tipos “economia livre de mercado” e “economia totalmente dirigida”. Os tipos

ideais, como tipos puros, podem servir como parâmetro comparativo no contexto da compreensão de formas híbridas reais. Larenz admite, também, ao contrário de Weber, a existência de tipos ideais axiológicos ou normativos, no sentido da utilização dos tipos ideais não apenas para fins descritivos, mas também para indicar a preferência dos respectivos valores atrelados aos tipos contrapostos, bem como em relação às formas híbridas. Os tipos ideais axiológicos ou normativos não têm a pretensão de espelhar a realidade, mas sim de servir como modelos ou arquétipos. Exemplificativamente, a democracia ateniense é adotada como tipo ideal normativo, descartando-se elementos da realidade histórica tomada como referência para a concepção do referido tipo, como a escravidão. Esses modelos perfeitos servem como diretrizes para a conduta humana, mas precisam ser considerados com parcimônia, sob pena de se transmudarem em meras utopias.

Em quarto lugar, Larenz (2005, p. 660) aborda os chamados *standards*. Os dispositivos legais, quando remetem ao uso comercial ou aos costumes, têm em sua formulação tipos de frequência empíricos, visto que se está a tratar de formas de comportamento social típico, ou seja, habituais, as quais se tornam vinculantes devido à sua seleção como critério pelo legislador. Tais tipos são diferentes, portanto, das referências a uma moral social dominante por meio da fórmula “bons costumes”, já que, nesta hipótese, encontramos regras que já são reconhecidas como moralmente vinculantes na consciência dos que as cumprem ou as utilizam como critérios de julgamento. Obviamente, entretanto, o caráter jurídico de tais regras só surge, assim como nos mencionados tipos de frequência empíricos, devido à referência legal a tais elementos sociais. Usos comerciais, costumes e moral social, pois, são *standards* reconhecidos pelo direito, ou seja, pautas normais de comportamento social correto aceitas na realidade social. Larenz diz que os *standards* não são regras formuláveis conceitualmente, mas sim pautas móveis, as quais precisam ser reconhecidas na concretude da conduta reconhecida como típica, mas não no sentido de tipos de totalidade ou configurativos. Há, isso sim, uma ambiguidade nos *standards*, pois, por um lado, são tipos reais de frequência, cuja verificação concreta exige ao jurista buscar a cooperação do investigador social empírico ou de instâncias especializadas (como câmaras de comércio) para identificar se as regras sociais em questão estão

compreendidas na referência legal; mas, por outro lado, justamente por terem sido elevados ao *status* de norma, se tornaram tipos ideais axiológicos (normativos) (LARENZ, 2005, p. 660-1).

Em quinto lugar, Larenz (2005, p. 662) destaca os tipos reais normativos. Existem tipos de grande relevância para a Ciência do Direito que estão fundamentalmente atrelados a um elemento normativo, servindo à lei para a caracterização de um modelo geral de sujeito que não pode ser definido conceitualmente, como no caso das seguintes expressões: “possuidor de animal”, “possuidor em nome alheio”, “mandatário comercial”, “chefe de administração”, “encarregado de um assunto”. Em todos esses casos, as notas distintivas têm pertinência em grau variável em função de cada caso, motivo pelo qual o cerne tipológico se encontra não em cada um desses traços, os quais não podem ser genericamente elencados, como se fossem elementos de um conceito, mas sim na imagem fenomênica global, à qual está relacionado um tipo empírico. Esta espécie de tipo é concretamente delimitada, com a seleção de seus traços relevantes, pela finalidade normativa. De tal maneira, tanto a formação dessa espécie de tipo como a coordenação concreta a ele têm em consideração elementos empíricos e elementos normativos, motivo pelo qual Larenz fala, nesse ponto, em tipos reais normativos, cuja apreensão exige que se considerem previamente tanto a realidade social pertinente ao tipo legal como os fins regulatórios. Obviamente, porém, sendo tais tipos de caráter normativo, sua caracterização pelos cientistas do direito, segundo o autor, será diferente daquela feita pelos sociólogos do direito, já que, por exemplo, a caracterização do tipo “empresário” pode ser feita de formas distintas dependendo do ponto de vista diretivo que orienta a formação do tipo e a seleção dos traços relevantes – ponto de vista que, no caso dos tipos legalmente instituídos, só poderá ser normativo (LARENZ, 2005, p. 661-5).

Em sexto lugar, Larenz (2005, p. 664-5) trata dos tipos jurídico-estruturais, os quais não se confundem com os tipos reais normativos – ainda que, como lembra o autor, nenhuma das duas figuras possa ser compreendida sem a consideração do ponto de vista que motivou o legislador a ligar o tipo a dadas consequências jurídicas. Ora, nos tipos jurídico-estruturais é a estrutura, ou seja, a conexão de sentido da regulamentação, o que forma o próprio tipo. Em outros termos, o legislador

pode estabelecer o tipo jurídico-estrutural inclusive de modo diferente daquele pelo qual eles surgem na vida jurídica. E, de qualquer modo, mesmo quando tais tipos surgem espontaneamente no tráfego jurídico, eles são concebidos por uma regulamentação entre os contratantes, autorizada pela liberdade de contratar e pela autonomia da vontade. Nesse espaço encontramos o que se costuma chamar de “contrato atípico”. A expressão, entretanto, é imprecisa, pois designa tipos contratuais extralegais, os quais não deixam de ser regulamentações típicas jurídico-estruturais, como é o caso, originalmente, do tipo misto (combinação entre tipos contratuais previstos em lei) *leasing* (o qual, atualmente, já encontra revestimento legal no direito brasileiro, tornando-se, na terminologia tradicional, um “contrato típico”, regulamentado por um complexo normativo próprio).

Em síntese, o pensamento tipológico consiste em identificar se “as notas características tidas como típicas estão presentes em grau e intensidade suficientes para que a situação de fato no seu todo corresponda à imagem fenomênica do tipo (quadro global)” (LARENZ, 2005, p. 300 e ss.). Larenz atrela ao pensamento tipológico a noção de que o legislador, ao inserir um tipo no texto normativo, assume um ponto de vista valorativo retor, o qual orienta a determinação de consequências jurídicas positivada, de modo que o tipo, visto como um quadro global, encontra fundamento na própria *ratio*. Nesse contexto, os contratos típicos previstos na legislação, ainda que sejam pretensamente definidos em lei, têm natureza de tipos jurídico-estruturais, estando os dispositivos que os caracterizam permeados por termos indeterminados – como bem pudemos notar quando da discussão travada no STF sobre o sentido da expressão “condições” no art. 191 do antigo Código Comercial, matéria a ser discutida mais à frente.

Como Larenz (1997, p. 470 e ss.) ensina, a coordenação de um contrato concreto a um tipo jurídico-estrutural depende da imagem global resultante da regulação legal sobre a figura contratual em questão, bem como da regulação das próprias partes em suas negociações sobre o acordo de vontades que estão a esboçar ou, propriamente, firmar. Essa consideração do contexto global da lei e do contrato é nada menos do que o clássico critério sistemático de interpretação, o qual, no entanto, vem acompanhado, na lição de Larenz (2005, p. 450 e ss.), das considerações sobre os critérios interpretativos literal, histórico-

teleológicos e teleológico-objetivos, congregando-se, assim, na figura do método científico-espíritual, termo com o qual o autor nomeia sua própria perspectiva hermenêutica.

Parece-nos que é decisiva, na coordenação do negócio a um dos tipos contratuais legais ou a uma tratativa sobre um desses tipos, uma ponderação dos elementos determinantes daquela negociação concretamente considerada. Esse juízo é uma manifestação do círculo hermenêutico, em que a recondução ao tipo legal contratual é derivada das disposições particulares componentes da negociação, ao mesmo tempo em que a qualificação jurídica possibilita a atribuição das consequências legalmente previstas àquele contrato concreto (LARENZ, 2005, p. 395). Tal circularidade fato-normas, como procedimento inexoravelmente valorativo, é orientada axiologicamente pelos critérios teleológico-objetivos de interpretação, dentre os quais figuram, por exemplo, a boa-fé objetiva e a proteção à confiança nas relações obrigacionais. Dado o caráter de pauta carecida de preenchimento da “boa-fé objetiva”, obviamente que o contexto problemático e, especialmente, por tratar-se de ato jurídico com conteúdo econômico, os fins econômicos buscados pelas partes cumprem um papel determinante na concretização de sentido daquela expressão (LARENZ, 2018).

Larenz (2005, p. 665) percebe que a configuração de uma imagem global do tipo não pode irreleva a existência de traços eventuais, pois que a variabilidade destes de acordo com as específicas situações são justamente um dos pontos centrais na distinção entre o pensamento conceitual e o raciocínio tipológico. De tal modo, obviamente que a caracterização dos contratos concretos como manifestações de um tipo jurídico-estrutural previsto em lei depende da consideração dos traços particulares e de uma avaliação sobre a possibilidade de recondução do negócio à imagem global prevista na lei. Isso significa que, em certos casos, é difícil delimitar a fronteira entre a coordenação de um negócio jurídico bilateral à imagem global de um tipo negocial legal e a caracterização de um tipo especial. Esta dificuldade, intrínseca à própria fluidez do raciocínio tipológico, exige uma resolução respaldada em fundamentações axiológicas. Tal perspectiva fronteiriça foi exatamente o aspecto que os ministros do STF elegeram como cerne da decisão sobre o caso “Sócios da Disco X Pão de Açúcar”, como veremos no próximo tópico.

3 ANÁLISE CRÍTICO-HERMENÊUTICA DA DECISÃO

Procedeu adequadamente o STF ao raciocinar tipologicamente, e não conceitual-subsuntivamente, para buscar a qualificação jurídica do contrato, independentemente de esse ser assumido como preliminar ou como ainda em fase de tratativas. Parece-nos, no entanto, que a determinação do tipo contratual, se de compra e venda civil ou mercantil, não é o elemento decisivo para fins de qualificação do produto da negociação como memorando de entendimentos ou contrato preliminar. Agiu equivocadamente o STF ao preocupar-se, primeiramente, em qualificar juridicamente o negócio de compra e venda de ações como contrato civil ou mercantil, para, em seguida, realizar suposta subsunção da figura ao caso.

Como Larenz explica, a vinculação das partes a um contrato funda-se na previsão legal de que, no exercício da autonomia privada, as partes podem estabelecer deveres e consequências jurídicas para si próprias, reconduzindo-as ao tipo legal “contrato obrigacional juridicamente válido”. O autor explica que só podemos saber de que tipo de contrato se trata em uma dada situação quando determinarmos a que propriamente as partes se obrigaram, o que exige a interpretação das declarações das partes do contrato. Ora, o STF fez exatamente o oposto: buscou caracterizar, em abstrato, a compra e venda de ações como civil ou mercantil para, em seguida, qualificar a que as partes efetivamente se obrigavam. Em outras palavras, a determinação do sentido da “irretratabilidade” prevista no documento em relação à DISCO foi feita posteriormente à qualificação do tipo contratual referente à compra e venda de ações. Em consonância com o pensamento de Larenz, seria essencial decidir primeiro se a “irretratabilidade”, de acordo com a manifestação de vontade das partes, deveria ser entendida como mera impossibilidade de desistir das futuras negociações antes de examinar as condições da operação a ser realizada (entendimento do juízo de primeiro grau) ou como, em sentido forte, a típica nota de um contrato preliminar perfeitamente aperfeiçoado (como foi decidido pelo Tribunal de Justiça).

Em contrapartida ao colocado no parágrafo anterior, poderíamos apresentar outra lição de Larenz (2005, p. 419 e ss.), para quem não se poderia considerar como juridicamente determinante, de pronto, a

interpretação do declaratório a respeito da mensagem proferida pelo declarante, o que, aparentemente, implicaria a inviabilidade de qualificação da irretratabilidade em sentido forte. No entanto, devemos notar que Larenz apenas está a advertir aqueles que entendem ser determinante puramente o entendimento do declaratório, pois tal lição deve ser lida conjugadamente com o núcleo do pensamento do autor sobre a interpretação contratual, o qual consiste na ideia de que o ordenamento jurídico tutela a confiança do declaratório da manifestação do declarante. Obviamente, tal confiança não pode ser protegida apenas em nome do que o declaratório diz ter entendido, mas apenas se esse entendimento é congruente com as circunstâncias da declaração. Não se trata, pois, de buscar puramente o efetivamente pensado ou o efetivamente entendido, mas sim o significado normativo da declaração, para o qual, obviamente, é decisivo o horizonte compreensivo do declaratório. Aplicar tal lição ao caso em questão significa dizer que a qualificação da irretratabilidade como manifestação de uma contratação preliminar ou como um mero compromisso de não encerrar abruptamente as negociações terá como eixo hermenêutico a forma como o “Pão de Açúcar” recebeu a declaração dos sócios da DISCO. Mas quais seriam os critérios para uma identificação juridicamente adequada do horizonte compreensivo do “Pão de Açúcar” sem que isso atribua a tal sociedade empresária um papel unilateral na determinação do sentido da mensagem manifestada pela DISCO?

Larenz (2005, p. 420 e ss.) entende que o intérprete deve se colocar na situação do declaratório e tomar em conta todas as circunstâncias por ele conhecidas ou cognoscíveis no momento da declaração. O “Pão de Açúcar”, em consonância com a lição do autor, deve ser tratado como um participante da tradição linguisticamente partilhada na sociedade brasileira e, especificamente, no jogo de linguagem jurídico e na tradição negocial da respectiva comunidade jurídica.

Ademais, ponto fulcral na questão diz respeito à diligência dos envolvidos na busca pelo esclarecimento do sentido das manifestações de vontade exaradas na negociação. Por um lado, Larenz (2005, p. 422) ensina que um declaratório cuidadoso deve sempre perguntar ao declarante o que quis dizer com eventual manifestação dúbia. Por outro, o autor ensina que, caso se considere que o declaratório tomou as cautelas necessárias, o declarante, para fins de evitar vincular-se àquilo que não deseja, deve

buscar ser diligente e deixar explícita a sua vontade, sob pena de ter que deixar valer contra si o significado normativo da declaração, mesmo que, psicologicamente, tivesse desígnio diverso. Em outras palavras, cabe ao declarante expressar-se de modo eficiente, de forma a permitir que o declaratário entenda claramente aquilo que pretende, em respeito ao critério teleológico-objetivo da “boa-fé objetiva” (LARENZ, 2018).

Parece-nos que a manifestação do declarante, ao se qualificar como irretratável, não pode ser presumidamente compreensível como o frágil desígnio de se comprometer a continuar a realização de negociações. Se o sentido de irretratabilidade desejado pelo declarante não era o que venho chamando aqui de sentido forte, ou seja, a formação de um contrato preliminar que o vincularia a firmar, posteriormente, contrato definitivo, deveria ter agido diligentemente, de forma a introduzir tal possibilidade no horizonte compreensivo do declaratário. Fez, no entanto, o oposto, de forma a induzir o declaratário a nutrir a expectativa jurídica de concreção do contrato definitivo, dada a garantia estabelecida pela assinatura daquele documento, normativamente compreendido como um contrato preliminar de compra e venda, seja esta de natureza civil ou comercial. Assim, o termo “condições” não pode ser supervalorizado e considerado decisivo para a configuração do produto da negociação como protocolo de intenções ou contrato preliminar, sob pena de um detrimento da dimensão pragmática da linguagem em nome de uma prevalência da dimensão semântica.

Para não incorrerem em omissão, informamos que nos parece adequado o entendimento de Carvalho de Mendonça (2003) sobre o caráter comercial (atualmente empresarial) do contrato de compra e venda de ações, tendo como referência o critério do interesse empresarial que ali gravita, ainda que os sócios da DISCO sejam pessoas físicas não-exercentes de atividade empresarial, a qual é de titularidade da sociedade empresária. Por outro lado, é perfeitamente plausível a fixação dos contornos essenciais do negócio em um contrato preliminar, a serem posteriormente especificados, desde que dentro da moldura pré-determinante eleita pelas próprias partes no exercício de sua autonomia privada. Assim, ainda que o termo “condições” seja entendido como “cláusulas”, nada impõe que a inferência duvidosa de que haja uma exigência de definitividade na determinação fechada de seus conteúdos para o aperfeiçoamento do

contrato preliminar prevaleça sobre o sentido normativo vetorizado pela boa-fé objetiva da cláusula do instrumento ora questionado que fala em irretratabilidade da declaração da DISCO.

4 CONCLUSÃO

A sociedade empresária “Pão de Açúcar” formulou seu pleito judicial de forma atécnica, pois a negociação realizada poderia, no máximo, ser qualificada como um contrato preliminar, mas nunca como um contrato definitivo, motivo pelo qual sua execução só poderia ensejar a assinatura do contrato final. Ora, a adjudicação compulsória das ações só poderia ser fundada no contrato definitivo, de forma que só poderia ser requerida em forma de cumulação sucessiva, sendo o pedido antecedente referente à assinatura do contrato definitivo. Ainda assim, parece equivocada o entendimento jurídico do STF, visto que o caminho de fundamentação escolhido negligenciou o sentido normativo da declaração de vontade manifestadas pelos sócios da DISCO em face do horizonte compreensivo do declaratório (o “Pão de Açúcar”), o que é condizente com nossa premissa de que a coordenação de contratos concretos a tipos jurídico-estruturais previstos na legislação exigem um raciocínio tipológico-interpretativo.

De todo modo, o tema do contrato preliminar foi regulado expressamente pelo Novo Código Civil. A solução eleita pelo legislador para a caracterização jurídico-positiva do contrato preliminar foi influenciada pela histórica decisão do STF ora estudada. Gonçalves (2015) bem sintetiza as novidades do Código Civil de 2002 que teriam repercussões significativas para a apreciação do “caso Disco” caso este fosse regido pelo novo diploma. Em primeiro lugar, atualmente, o contrato preliminar deve ser composto por todos os elementos essenciais do contrato definitivo a ser celebrado, excluída a forma prescrita ou não defesa em lei, o que significou a resolução do debate sobre a relevância dos elementos acidentais. Em segundo lugar, o Novo Código Civil também dirimiu as dúvidas quanto às consequências jurídicas do descumprimento do contrato preliminar ao prever a possibilidade de que a parte interessada requeira o suprimento judicial da vontade da outra, de forma a configurar uma execução específica do acordo.

Em relação à caracterização da compra e venda de ações como civil ou mercantil, a adoção da teoria da empresa pelo Novo Código Civil impõe uma avaliação à luz do novo sistema jurídico-positivo de direito empresarial, o qual não mais segue a teoria dos atos de comércio. Ora, a nova codificação revogou grande parte do antigo Código Comercial, inclusive aquela referente aos atos de comércio, em que estava inserida o art. 191. Parece-nos, de todo modo, que se mantém intocável a lição de Carvalho de Mendonça (2003) sobre os atos que dizem respeito ao interesse da atividade, agora, chamada de empresarial. Ora, ainda que a noção de “atividade típica de mercancia” tenha sido substituída pela de “modo empresarial de exercício da atividade econômica”, a compreensão dinâmica do empreendimento engloba a compra de ações da DISCO pela sociedade empresária “Pão de Açúcar”, o que, obviamente, determinaria uma modificação nos contornos da empresa desenvolvida por esta pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é contrato mercantil? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 19, n. 37, p. 113-122, 1980.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. **Análise e reflexões sobre o caso “Distribuidora de Comestíveis ‘Disco’ S/A versus Supermercados Pão de Açúcar S/A”** (RE 88.716/RJ). BDJur, Brasília, DF, 5 mar. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27574>>. Acesso em: 16 de jan. 2015.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Olejnik: Santiago, 2018.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3a. ed. Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**: volume I. Campinas: Russell, 2003.

SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 88716-5-RJ**, 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.11.1979.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UNB, 1999.

REPARABILIDADE E LUCROS CESSANTES NO CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DA MINA DO FEIJÃO

Fabrcio Manoel Oliveira
Jéssica Rodrigues Godinho

INTRODUÇÃO

A atividade exploratória, por mais importante que possa ser para o desenvolvimento humano e da sociedade como um todo, por vezes traz prejuízos e malefícios indelévels, que nos fazem repensar nosso *modus* de atuação e interação diante e com a natureza.

No dia 25 de janeiro de 2019, na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, ocorreu um fato que certamente marcará, de forma negativa, a história não só do Brasil, mas também do mundo. O rompimento da barragem de rejeitos da Mina do Feijão trouxe prejuízos irrecuperáveis e mostrou um lado sombrio da natureza humana: a exploração mineral sem qualquer escrúpulo ou limite, mesmo que isso custe a vida de centenas de pessoas e a destruição de todo um ecossistema.

Até o presente momento, são 180 pessoas falecidas, e outras 130 ainda continuam desaparecidas, fora a estrondosa perda ecológica, com a devastação de toda a fauna e flora da região (LOVISI, 2019).

Diante do rompimento de tal barragem, o presente trabalho tem o escopo de demonstrar a responsabilidade da companhia pelo ocorrido e a possibilidade de as pessoas afetadas, direta ou indiretamente,

reivindicarem, especificamente em face daquela, indenização a título de lucros cessantes.

Para o estudo do objeto de pesquisa, o texto valeu-se da metodologia bibliográfica, utilizando-se da coleta e estudo de doutrina especializada, artigos científicos, e legislação pertinente.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira delas são estudados os impactos ecológicos e humanos causados pelo desastre ambiental de Brumadinho. Na segunda parte, é estudada a forma de reparabilidade do dano material no Código Civil, mormente em relação aos lucros cessantes, analisando-se, pois, suas funções, requisitos configuradores, a teoria do risco e as peculiaridades que orbitam o dano ambiental. E, por fim, na terceira parte investiga-se se é possível que as pessoas atingidas pela calamidade reivindiquem perante a empresa indenização por lucros cessantes, respeitadas as peculiaridades de cada caso.

1 O DESASTRE AMBIENTAL DE BRUMADINHO

No início de novembro de 2015, pouco mais de três anos atrás, o mundo se assustou com uma colossal tragédia ambiental ocorrida no Brasil: o rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, em Bento Rodrigues, distrito de Mariana, localizada no Estado de Minas Gerais.

À época, o evento foi considerado como a maior catástrofe ambiental até então ocorrida no país, de modo que mais de 40 cidades de Minas Gerais e do Espírito Santo foram afetadas e 19 pessoas morreram.

Cerca de 43 milhões de metros cúbicos de lama tóxica e resíduos industriais foram despejados no meio ambiente (GLOBO, 2017), o que levou à completa destruição de uma área de mais de 600 quilômetros (BEDINELLI, 2017).

Os ecossistemas da região, isto é, a fauna, flora, as próprias bacias hidrográficas, inclusive a do Rio Doce e seus afluentes, foram devastados de um modo sem precedentes.

A responsável pela tragédia firmou parcerias e acordos com o Governo Federal, o Estado de Minas Gerais e o Estado do Espírito Santo para tentar reparar todos os (vastos) danos causados. Concomitantemente, diversas ações coletivas, ações civis públicas e ações penais corriam no judiciário

na tentativa de reprimir, desincentivar e reparar os prejuízos em seus mais variados matizes.

A maioria, no entanto, até o presente momento não possui qualquer tipo de reparação ou composição. Muitas famílias ainda lutam para receber indenizações no judiciário. E muitas medidas de compensação, igualmente, não foram efetivamente colocadas em prática ou estão paralisadas por questões burocráticas (EL PAÍS, 2019).

Apesar da magnitude e danosidade desse acontecimento, parece que não aprendemos com qualquer lição, e tudo se repetiu.

No dia 25 de janeiro de 2019, no início da tarde, mais uma barragem em Minas Gerais se rompeu. Dessa vez foi a barragem de rejeitos da Mina do Feijão, em Brumadinho, acidente ainda mais trágico do que aquele ocorrido em Mariana.

Foram aproximadamente 12 milhões de metros cúbicos de detritos industriais tóxicos e lama, que alcançaram a altura, em alguns lugares, de até quinze metros (RONAN, 2019).

Além de toda a destruição causada na natureza, até o momento o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais contabiliza 180 pessoas mortas e outras 130 desaparecidas, número assombroso. Dos 180 falecidos, um ainda não foi identificado, 102 eram funcionários da empresa de mineração que atuava no local e os outros 77 eram prestadores de serviço terceirizados, moradores ou visitantes da região (LOVISI, 2019).

Decerto, pela magnitude do evento e suas consequências, essa é a pior tragédia ambiental das últimas décadas, não só no Brasil, mas também em todo o mundo (PASSARINHO, 2019). O próprio secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, se disse estarrecido pela terrível perda de vidas e destruição do meio ambiente causada pelo rompimento de tal barragem (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Não bastassem os falecimentos, mais de 80 famílias ficaram desabrigadas (COELHO, 2019), tendo que ser realocadas para hotéis ou pousadas da região. Muitas delas perderam tudo o que tinham, residência, bens, rendimentos etc.

O Poder Público, após o desastre, tentou tomar as medidas necessárias para a reparabilidade. Até o momento, foram impostas dezenas de multas pelas entidades fiscalizadoras nacionais, bem como foram ajuizadas ações civis públicas. No total, houve o bloqueio de cerca de R\$ 12

bilhões nas contas da empresa de mineração que atuava no local (RODRIGUES, 2019).

À vista disso, não demorou para a empresa traçar estratégias processuais e administrativas para lidar com o caso. Rapidamente ela entabulou acordos públicos, comprometendo-se, por exemplo, a indenizar durante 12 meses todos os moradores de Brumadinho. Os valores serão os seguintes: um salário mínimo mensal (R\$ 998) para cada adulto, meio salário mínimo (R\$ 499) para cada adolescente e um quarto de salário (R\$ 249,50) para cada criança (CANOFRE; VALENTE, 2019)²⁵, com o escopo de evitar o ajuizamento de processos judiciais, sejam eles individuais ou mesmo coletivos por parte dos atingidos e seus familiares²⁶.

2 A REPARABILIDADE DO DANO MATERIAL E OS LUCROS CESSANTES

A responsabilidade civil, a partir do início do século XIX, passou a tomar uma projeção anteriormente inimaginada. À rápida evolução econômica e social, especialmente a urbana, correspondeu um paulatino aumento da responsabilização pela atuação em comunidade, isso em função das novas e múltiplas possibilidades e atividades humanas.

O dinamismo social e industrial provocou novas formas de interação entre as pessoas e novas relações sociais, tanto em relação às pessoas quanto às coisas, o que potencializou o surgimento de novas condutas,

25 O acordo, em nosso sentir, nada mais é do que uma espécie de estratégia de contenção de gastos, e busca evitar condenações de elevado valor no judiciário, principalmente em relação às ações coletivas, e acalmar os ânimos midiáticos. Primeiramente, deve-se ter em mente que a indenização proposta é considerada pífia perto dos prejuízos causados e até mesmo considerando-se o lucro líquido da empresa nos últimos anos, fora o fato de deixar de lado questões peculiares a cada caso. Mas, mais do que isso, o estratagema é escuso porque se vale da necessidade das pessoas, ou seja, se vale de sua fragilidade, do fato de que aqueles que tudo perderam estão predispostos a aceitar o que lhe oferecerem, mormente porque não possuem tempo para refletir sobre a questão, já que a oferta é apresentada de forma célere e há pressões de vários fluxos para o aceite.

26 Apesar disso, foram distribuídas três bilionárias class actions em face da empresa nos Estados Unidos, todas demandando ressarcimento por perdas no mercado financeiro, sob a alegação de ocultação de informações mercadológicas relevantes aos investidores (ESTADO DE MINAS, 2019).

às vezes ainda experimentais e em estado embrionário, que não em raras oportunidades acabavam gerando um dano, o qual naturalmente atraía a responsabilização civil, que passou a ser cada vez mais presente na vida dos cidadãos e no ordenamento.

Provavelmente, “a causa essencial, a mais tangível e que mais toca ao espírito, é ao mesmo tempo de ordem social e mecânica, científica e material; deve ser procurada na multiplicidade dos acidentes, no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea” (JOSSERAND, 1941, p. 549).

Assim, a responsabilidade civil se confirmou como um dos ramos mais profícuos e relevantes do Direito, sendo comumente esse dever de reparação pelos danos causados dividido em duas vertentes: a responsabilização por algum acontecimento ligado a um contrato (responsabilidade contratual) e a responsabilização por algum acontecimento em que não há qualquer tipo de contrato entre as partes (responsabilidade extracontratual). Deve-se perquirir o fundamento pelo qual há de se imputar a responsabilização civil ao responsável pelo dano.

A responsabilidade contratual é aquela que tem como critério da origem do descumprimento obrigacional um contrato. Desta feita, essa modalidade “tutelar as partes em face de um risco específico de dano criado pela particular relação jurídica instaurada entre os sujeitos.” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 91).

A responsabilidade contratual, no Código Civil de 2002, encontra guarida no artigo 389 e 395, *in verbis*:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[...]

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. (BRASIL, 2002)

Percebe-se que a responsabilidade civil contratual é uma forma de exercício da autonomia privada, na medida em que se poderá haver a estipulação de cláusulas, dentro do contrato, que ditarão o comportamento das partes em eventual situação de descumprimento obrigacional (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018).

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual provém de imposição de dever pela norma jurídica. Esse dever é genérico, e seu descumprimento é o fator causador de responsabilidade civil.

Desta feita, não é necessário que haja instrumento contratual prévio para que seja imputada responsabilidade ao agente causador do dano. Prescinde, assim, “(...) de uma preexistente relação entre lesante e lesado, sendo suficiente o descumprimento de um dever que emerge do tráfico social.” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 92).

A modalidade de responsabilidade civil extracontratual está prevista nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Esses dois artigos, em verdade, devem ser lidos em consonância com o artigo 927 do mesmo diploma legal, o qual determina a obrigação de reparação na hipótese de cometimento de ilícito civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Noutro giro, cabe investigar os pressupostos configuradores da responsabilidade extracontratual, tanto da responsabilidade objetiva quanto da subjetiva, ponto que mais interessa ao trabalho, bem como as espécies de danos existentes em nosso ordenamento.

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, os elementos que lhe configuram são a conduta (que resultará no ato ilícito), o dano, o nexo causal e a culpa. No entanto, é de se ressaltar que a presença da

culpa para a configuração do dever de responsabilização vem perdendo espaço há bastante tempo na doutrina e na jurisprudência, mormente em função da dificuldade prática (por que não falar em impossibilidade?) de se desincumbir a parte autora do ônus da prova quanto ao aspecto volitivo.

Atrelar a imprescindibilidade da prova de culpa à responsabilização pode, em realidade, trazer situações de injustiça, as quais não devem ser aceitas pelo Direito. Nas palavras de Josserand (1941, p. 551),

Toda a história tradicional da responsabilidade repousava sobre a velha ideia de culpa: não há responsabilidade sem culpa provada; era um dogma milenário, herdado do direito romano, uma verdade primária que as gerações de juristas se transmitiam de século em século, e que resistia a tudo, mesmo às transformações políticas mais violentas, às revoluções, às mudanças de legislação e às codificações. Então, a vítima dum acidente, mais geralmente dum dano qualquer, devia, para obter uma indenização, oferecer uma tríplice prova; precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano. Depois, que seu adversário cometera um delito; enfim que o dano decorria do dito delito; dano, culpa, relação de causa entre esta e aquele, tais eram os três pontos sensíveis do processo, as três posições que a vítima, autora no feito, devia assumir de viva fôrça; sem o que era a derrota, isto é, a recusa de qualquer indenização. É com efeito ao autor que incumbe tradicionalmente o chamado ônus da prova: *actori incumbit probatio*.

E continua o autor:

Ora, no caso, o ônus probatório era singularmente pesado; constituía um considerável *handicap* para aquele sobre cujos ombros caía. Como um operário, que se feriu durante o seu trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como o pedestre, colhido por um automóvel, num lugar solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar – supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente, que o carro não estava iluminado ou que corria a uma velocidade excessiva? (...) Impor á vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização,

a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou não, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só. A teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas; cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta; fazia-se imperiosamente a necessidade de alargar-se os fundamentos em que repousava o velho edifício de antanho que não correspondia mais às necessidades dos novos tempos e se tornava inhabitável.

Dessa forma, na esteira do que propõe o autor, a culpa se mostra elemento de difícil prova pela vítima do dano, que muitas vezes pode inviabilizar a realização de seu direito.

O mesmo entendimento possui Felipe Quintella e Elpídio Donizetti (2016, 464-466), para quem a responsabilidade civil subjetiva deve ser lida sem qualquer tipo de pré-concepção envolvendo o elemento da culpa.

Sem embargo, não é despidiando mencionar que o dano advindo da feitura de um ilícito civil pode ser moral ou material. O primeiro é todo aquele dano que não se enquadra como material, isto é, não possui qualquer cunho concreto, podendo ser definido também como uma violação a um direito da personalidade. O segundo, por outro lado, envolve elementos concretos, fáticos, palpáveis e apreciáveis materialmente e monetariamente.

Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Peixoto (2014, p. 286-298) subclassificam os danos materiais em danos emergentes, em danos advindos da teoria da perda de uma chance (de certo modo, híbridos) e em lucros cessantes, que são os que mais interessam ao presente trabalho.

Os lucros cessantes, com efeito, “(...) traduzem aqueles ganhos que, seguindo a ordem natural das coisas, provavelmente afluíam ao patrimônio da vítima se não tivesse havido o dano” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 289). Em outras palavras, eles correspondem “(...) àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que não ganhou’” (GAGLIANO; FILHO, 2016, p. 93).

De outra banda, já agora em relação à responsabilidade civil objetiva, esta não depende da prova de qualquer tipo de culpa, fundando-se na análise do dano. Essa modalidade de responsabilidade foi usualmente ape-

lidada pela doutrina como teoria do risco, de sorte que no Código Civil de 2002 ela está presente na hipótese de prática de atividade de risco (art. 927, parágrafo único) e em relação aos empresários individuais e empresas que colocam produtos em circulação (art. 931) (QUINTELLA; DONIZETTI, 2016, p. 468-469).

Em se tratando de atividade que represente algum tipo de risco ambiental, vale destacar que a responsabilidade civil, por previsão constitucional, é objetiva, consoante se observa do artigo 225, parágrafo 3º da Constituição, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

Imposição que também consta da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), notadamente do artigo 14, parágrafo 1º, *in verbis*:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os agressores:

§ 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Nas palavras de Gabriel Wedy (2018),

O poluidor responde mesmo em caso de dano involuntário, e não se exige previsibilidade ou má-fé de sua parte, pois é suficiente um enfoque causal material. O empreendedor aceita as consequências de sua atividade de risco. Essa conclusão decorre notadamente dos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do desenvolvimento sustentável e da equidade intergeracional.

Assim, patente fica a demonstração da responsabilidade civil objetiva do poluidor em virtude do emprego da teoria do risco. Assume-se todos os encargos do empreendimento, sem necessidade de demonstração de um elemento subjetivo, a culpa.

Mencione-se, inclusive, que tal teoria já foi agasalhada por meio de recurso repetitivo representativo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que “(...) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral.”²⁷

No caso em comento, do rompimento da barragem de rejeitos da Mina do Feijão, por terem sido causados danos ambientais e danos civis, deve-se mensurar a repercussão de ambos e verificar a forma adequada de repará-los.

3 RESPONSABILIZAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E O DESASTRE AMBIENTAL DE BRUMADINHO

Aduziu-se as várias possibilidades reparatórias que emergem após o nascimento de um dano, dentre elas, aquela que é o foco do presente trabalho: os lucros cessantes.

Mostrou-se também que o rompimento da barragem, além de representar um dano ambiental gravíssimo, que demorará dezenas de anos para ser efetivamente recuperado, causou a maior catástrofe humana do país e uma das maiores do mundo, com um elevado número de mortes.

27 Sobre o tema, ver: STJ, 2ª S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014.

Nessa linha, então, cumpre investigar se é possível que as pessoas atingidas pleiteiem perante a empresa indenização por lucros cessantes, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Cabe fazer uma conceituação acerca dos lucros cessantes. Estes representam um ganho que o ofendido teria, em condições regulares, caso o dano não tivesse ocorrido, ou seja, um ganho do qual o credor foi privado.

Deve-se considerar o “(...) que ordinariamente aconteceria se suprimíssemos o evento lesivo.” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 316). Assim, a própria aferição do eventual valor que servirá de compensação mostra-se complexa, pois haverá que se ter um exercício de possibilidade e probabilidade.

Aplicando-se esse conceito ao caso em estudo, ao serem atingidas pelo catastrófico rompimento da barragem em Brumadinho, diversas pessoas, que possuíam negócios no local ou lá trabalhavam, deixaram de ganhar o que, normalmente, ganhariam.

O Direito não abandona essas pessoas, trazendo resposta à essa lesão através da imputação da responsabilidade civil à causadora do evento lesivo.

Nesta senda, inegável que restam configurados todos os requisitos que ensejam a responsabilidade civil no caso em estudo, até mesmo em função do risco da atividade exercida pela mineradora. Assim, presente a conduta, ainda que omissiva, o ato ilícito, uma vez que houve o rompimento da barragem causado pela omissão em seu cuidado e manutenção; presente o dano porque milhares de pessoas, direta ou indiretamente, foram afetadas pela tragédia; e presente o nexo causal porque patente o liame fático entre a causa e o efeito, isto é, entre a conduta e o (catastrófico) resultado²⁸.

Nesse ponto, diante de um evento danoso e lesivo como esse, não há como a companhia se furtar de seu dever e obrigação reparatória. Afinal, “(...) a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamento dos outros” (STOCO, 2014, p. 179), conferindo a cada um aquilo que lhe é devido, e tão somente isso.

28 Vale dizer que o dano ambiental independe de culpa, por expressa previsão legal, como visto anteriormente.

Nessa esteira, o dever de indenização surge para tentar compensar todos os danos causados pelo acontecimento vinculado e de responsabilidade da companhia, mormente por sua omissão. Assim, em um aspecto amplo, a obrigação nasce em decorrência do dano principal e de seus afluentes, inexistindo escusa para a responsabilização. Contudo, especificamente em relação ao lucro cessante, deve haver uma análise acurada e particularizada.

Primeiramente, deve-se ter em mente que “lucro cessante não é somente o que foi potencialmente estancado em razão do dano, mas também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 289).

Quer dizer, nos lucros cessantes o objeto ainda não se definiu por completo, mas se sabe que, em situações regulares, sem o dano, o credor teria direito a ele. Partindo desse pressuposto, e lembrando que não existe critério concreto que delinea precisamente os lucros cessantes (MARMITT, 2006, p. 14-16), é possível assinalar que os atingidos pelo rompimento da barragem, de forma direta ou indireta, têm o direito de pleiteá-los em face da companhia, a depender de cada caso concreto.

Em outras palavras, se o lucro era razoavelmente esperado pelos atingidos, se seria a consequência natural do caminhar da vida, e foi interrompido de forma abrupta pelo desastre, é possível que seja indenizado. Como por exemplo pode-se citar: o período de tratamento médico em que os sobreviventes atingidos pela lama ficaram impossibilitados de auferir qualquer rendimento, desde o dano até a cura integral, no valor da remuneração mensal que eles recebiam.

Caso os sobreviventes, em função do acontecimento, tenham sofrido algum tipo de incapacidade laboral permanente, também é possível o pleito de lucros cessantes, que deverão ser pagos como pensão vitalícia, conforme dispõe o artigo 950 do Código Civil:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez (BRASIL, 2002).

Por outro lado, também é viável a indenização por lucros cessantes na hipótese de uma empresa, seja de pequeno, médio ou grande porte, ter parado de produzir, isto é, cessado suas atividades, em função do acidente, tal como ocorre quando há a necessidade de deixar o local em função do perigo de novos rompimentos.

Na mesma linha, também é possível que aqueles que foram obrigados a se retirar da cidade em função do perigo de novas catástrofes, e assim ficaram impedidos de exercer sua profissão, a exemplo de um taxista que só pode trabalhar dentro dos limites do município, reclamem lucros cessantes.

Todos os agricultores que tiveram suas propriedades devastadas, fato que impediu o regular cultivo que realizavam, por certo também estão aptos a receber este tipo de indenização.

Os pescadores dos rios afetados que também ficaram impossibilitados de exercer sua atividade laboral e sustento familiar, da mesma maneira, terão direito ao lucro cessante.

Isto é, todas aquelas atividades que foram afetadas, direta ou indiretamente, ou mesmo ficaram de algum modo paralisadas, deverão ser indenizadas, consoante as particularidades de cada caso concreto.

Decerto, será a análise dessas particularidades que permitirá a conclusão a respeito da existência ou não de lucros cessantes. Constatado que em condições regulares o negócio seguiria a mesma linearidade de ganhos, os quais só foram interrompidos pelo evento danoso, não há outra medida senão a indenização pelos lucros cessantes, recompondo-se os ganhos não auferidos e permitindo que os atingidos tentem, ao menos, de alguma forma recuperar a dignidade tirada por essa tragédia.

CONCLUSÃO

O rompimento da barragem de Brumadinho, ocorrida em 25 de janeiro de 2019, foi uma tragédia que afetou tanto o meio ambiente quanto as vidas das pessoas que lá moravam e trabalhavam e seus familiares. O Brasil e o mundo se chocaram com esse acontecimento, sendo que os

reflexos do ocorrido afetarão, ainda que de forma indireta, as próximas gerações.

Ao fim do trabalho, verificou-se a dimensão dos danos causados pelo rompimento da barragem, não apenas sob uma ótica lastreada no aspecto ecológico, mas também humanitário.

A partir disso, pôde-se demonstrar a configuração da responsabilidade civil por parte da empresa encarregada pela barragem, e a consequente possibilidade de as pessoas prejudicadas pelo ocorrido reivindicarem judicialmente indenização a título de lucros cessantes, respeitando e consoante as idiosincrasias de cada caso concreto a ser examinado pelo juiz.

REFERÊNCIAS

BEDINELLI, Talita. **Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana**. El País. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html>. Acesso em: 27.02.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15.03.2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15.03.2019.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em 15.03.2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [*e-book*]

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CANOFRE, Fernanda; VALENTE, Rubens. **Vale faz acordo e vai indenizar todos os moradores de Brumadinho por um ano**. Folha de São Paulo. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/vale-se-compromete-em-acordo-a-indenizar-moradores-de-brumadinho-por-um-ano.shtml>>. Acesso em: 27.02.2019.

COELHO, Henrique. **Desabrigados de Brumadinho dizem temer que fiquem ‘esquecidos’ e relembram Mariana**. Globo G1. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/27/desabrigados-de-brumadinho-dizem-temer-que-fiquem-esquecidos-e-relembra-mariana.ghtml>>. Acesso em: 27.02.2019.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

EL PAÍS. **Prefeito de Mariana: “Nós somos enrolados pela Vale”**. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/27/politica/1548551381_696411.html>. Acesso em: 27.02.2019.

EL PAÍS. **Um ano do desastre de Mariana: o que foi e o que não foi feito para reparar os danos**. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/04/politica/1478293515_402075.html>. Acesso em 27.02.2019.

ESTADO DE MINAS. **Vale enfrenta 3ª ação coletiva nos EUA**. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/02/22/internas_economia,1032758/vale-enfrenta-3-acao-coletiva-nos-eua.shtml>. Acesso em: 27.02.2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GLOBO. **Após um ano e sete meses do desastre em Mariana, ainda não há plano de recuperação das áreas atingidas**. 2017.

Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/apos-um-ano-e-sete-meses-do-desastre-em-mariana-ainda-nao-ha-plano-de-recuperacao-das-areas-atingidas.ghtml>>. Acesso em: 27.02.2019.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Vol. LXXXVI, Ano XXXVIII, Fascículo 454. Rio de Janeiro: Forense, abril de 1941, p. 548-559.

JUCÁ, Beatriz. **Oito funcionários da Vale são presos em investigação sobre rompimento da barragem de Brumadinho**. El País. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/15/politica/1550230878_445276.html>. Acesso em 27.02.2019.

LOVISI, Pedro. **Sobe para 180 número de mortos em tragédia de Brumadinho**. Estado de Minas. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/02/26/interna_gerais,1033964/sobe-para-180-numero-de-mortos-em-tragedia-de-brumadinho.shtml>. Acesso em: 27.02.2019.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. **Tragédia de Brumadinho: Guterres diz que ONU está à disposição para apoiar autoridades brasileiras**. 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tragedia-de-brumadinho-guterres-diz-que-onu-esta-a-disposicao-para-apoiar-autoridades-brasileiras/>>. Acesso em: 27.02.2019.

PASSARINHO, Nathália. **Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a pior no mundo em 3 décadas**. BBC. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>>. Acesso em 27.02.2019.

RONAN, Gabriel. **Profundidade de rejeitos em Brumadinho pode chegar a até 15 metros**. Estado de Minas. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/27/interna_gerais,1025145/profundidade-de-rejeitos-em-brumadinho-pode-chegar-a-ate-15-metros.shtml>. Acesso em 27.02.2019.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WEDY, Gabriel. **Breves considerações sobre a responsabilidade civil ambiental**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-01/ambiente-juridico-breves-consideracoes-responsabilidade-civil-ambiental>>. Acesso em: 15.03.2019.

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO REAL DE LAJE NA ORDEM CIVILISTA E URBANÍSTICA

Deborah Marques Pereira

Diego Guilherme Lopes Rodrigues

Rita Franciele de Souza Alves

1 INTRODUÇÃO

O Direito Real de Laje constitui-se em decorrência das nuances sociais e como desdobramento do direito de propriedade, tendo como basilar a funcionalidade econômica e principalmente social, condizente ao exercício de tal direito (OLIVEIRA, 2017). Farias, El Debs e Dias (2018, p. 20) aduzem que o Direito à laje se caracteriza como uma “nova lâmina de propriedade criada através da cessão, onerosa ou gratuita, da superfície superior ou inferior de uma construção, seja ela sobre o solo ou já em laje, por parte do proprietário da mesma” e conseqüentemente, contribui para que o titular do novo direito obtenha a edificação como unidade autônoma, original e oponível *erga omnes*.

Neste sentido, o presente artigo discorrerá sobre o Direito Real de Laje destacando tratativas legais e gerais, trazendo à baila dinâmicas sociais que ensejaram e reforçaram a consagração legal do Direito Real de Laje, bem como, reforçando o exercício da função social da propriedade.

A metodologia utilizada nesse estudo deu-se através do método hipotético dedutivo, e a técnica foi a revisão bibliográfica. A busca e localização dos materiais ocorreram mediante a utilização individual e/ou

conciliada dos descritores: “Direito de Laje” e “economia e Direito de Laje” e “função social e Direito de Laje” e “sociedade e Direito de Laje”. Sendo, portanto, a escolha desses materiais que contivessem como principal temática o Direito de Laje e suas consequências jurídicas e sociais.

Logo, o presente artigo é de suma relevância por trazer um debate contemporâneo sobre a ordem civilista brasileira, suscitando novos debates em torno do Direito Real de Laje e seus impactos sociais.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O DIREITO REAL DE LAJE

Nas últimas décadas com a despatrimonialização do Direito Civil através do fenômeno da Constitucionalização, viu-se os ramos civilistas declinarem à análise da pessoa humana, pois o patrimônio é inerente ao homem (*ser*) e não somente à coisa (*ter*). Sendo assim, para compreender os liames que permeiam os Direitos Reais na contemporaneidade é preciso não só analisar os efeitos patrimoniais, mas também os direitos fundamentais com enfoque do exercício da função social.

Alegre (2012, p. 01) expõe que “la constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva”. Assim o autor demonstra a necessidade contemporânea de adequação das normativas privativas às determinações constitucionais, sobretudo na esfera principiológicas (ALEGRE, 2012). Diante do exposto, a mudança de exegese das normativas privadas à luz da constituição é profunda, sistemática e faz parte da transformação do contexto social que requer a incorporação de alguns princípios como o da dignidade nas relações privatistas.

É diante disto, que para compreender o Direito Real de Laje, é necessário averiguar que mesmo sem a previsão do legislador de que um dia haveria necessidade de regularizar imóveis na situação dos famosos “puxadinhos”, foi garantido constitucionalmente em 1988 o direito de moradia a todos os seus cidadãos, atentando-se que para que se viva em uma “sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 2018, p. 9)”, era necessário que no mínimo as pessoas tivessem um lar ao qual pudessem repousar (MARQUESI, 2018).

Salienta-se que respaldado na Constituição brasileira, o direito à moradia é uma garantia fundamental elencada no rol dos direitos sociais previstos em seu art. 6º (*caput*). Observar-se-á que o direito aludido está intimamente correlacionado com outros invariáveis direitos dispostos na própria Constituição, nesse sentido, considera-se o direito à moradia um alicerce aos preceitos da dignidade da pessoa humana, vez que, sem a devida observância à mencionada, garantias como saúde, lazer, dentre outras elencadas no rol Constitucional seriam inviáveis (BRASIL, 2018).

É imprescindível uma análise da conjuntura da criação, motivação e finalidade social e econômica da criação da lei, visto que a aprovação repentina, não estruturalmente aprofundada da mesma, poderá dar causa, ao invés de solução, à problemas inesperados. A concepção de uma lei sem lacunas que possam prejudicar a aplicação desta sem infortúnios é indispensável (LIRA, 2006).

Ademais, a obrigação de cumprir com a sociedade os direitos que já lhe são garantidos, devolvendo-lhes a dignidade que todos (sem distinção) merecem, é satisfatório à luz da legislação, que foi/é feita integralmente para promover uma país igualitário (FIUZA; COUTO, 2018). É válido ressaltar que a dignidade compreende o homem em sua singularidade e socialidade, estando a pessoa respaldada no contexto da liberdade conforme relata Bénait (1985, p. 21) “as liberdades não nascem senão de uma vontade, elas não duram senão enquanto subsiste a vontade de as manter”.

Desse modo, pautado no instituto do Direito à Laje, deve-se compreender que ele é rechaçado de fundamentos que englobam a singularidade do exercício do direito à propriedade, bem como o exercício da função social da propriedade, que está envolta da socialidade e liberdade, consagrando a sim os liames da Constitucionalização do Direito Civil.

3 O DIREITO REAL DE LAJE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

De primordial compreensão, é válido salientar que a terminologia a técnica “Laje” foi consolidada de modo impreciso, uma vez que o novo Direito Real não contempla somente de espaço aéreo (andares ascendentes), como também pode ser instituído em andares subterrâneos

(abaixo do solo), não obstante, a palavra laje não seria uma expressão formidável pelo vocabulário jurídico (FARIAS; DEBS; DIAS. 2018).

Contudo por força de notoriedade popular o legislador decidiu por manter o termo, já que a expressão tornou-se insigne, isto posto, constata-se que esta adequação à nomenclatura visa um objetivo proeminente: estabelecer uma relação ainda mais próxima do homem comum ao Direito (OLIVEIRA, 2017).

É necessário evidenciar que há doutrinadores que autodenominam o Direito Real de Laje como um direito de sobrelevação, destarte à similaridade com o direito de superfície, gerando uma superfície de segundo grau, aludindo-as à situações comuns de áreas favelizadas (VENOSA, 2017).

De fato, na percepção de muitos estudiosos do âmbito jurídico, o direito de laje é uma modalidade oriunda/derivada do direito de superfície, embasando-se no discernimento técnico de que a previsão legal da superfície sustentaria a tese do direito de laje, e a criação desta deu-se desnecessariamente, verificado que o dispositivo de lei já presumia a acessão da superfície, que é símil em variadas características do direito de laje (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2017).

Nestes moldes o direito de laje é uma nova manifestação do direito de propriedade e como tal, demanda da máxima constitucional de atendimento à função social. Nas palavras de Rosendal (2017, s.p):

[...] A tipificação do direito de laje - com início no artigo 1.510-A do Código Civil -, abre-se um novo capítulo na constante ressignificação do direito de propriedade brasileiro. [...] A seu turno, o direito de laje é propriedade perpétua, cujo registro no RGI ensejará uma nova matrícula, independente daquele aplicável à propriedade do solo ou de sua fração ideal.

Todavia, existe a imprescindibilidade em compreender que esta deve ser interpretada de maneira a certificar premissa máxima de eficiência ao direito de superfície, viabilizando garantir o aproveitamento do domínio/propriedade imobiliária (CARMONA; OLIVEIRA, 2017). Sobretudo, observa-se o surgimento de um novo direito real que, distintamente da superfície, há a constituição de unidade imobiliária autônoma, de forma

definitiva, com abertura de matrícula própria no Registro de Imóveis. Para tanto, o §4o do art. 1.510-A do Código Civil considera que “a instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas (BRASIL, 2018)”.

Portanto, a laje seria um direito real sobre coisa própria limitada, cujo alcance social é exorbitantemente expressivo, com uma função social de incalculável relevância (o que o outro direito real mencionado não soma tanto quanto) e por via da autonomia deste, o legislador o considerou desgarrado do direito de superfície, e o consagrou um novo direito real (SILVA, 2017). Evidentemente, à aplicação e justificação do direito de laje pode ser analisado *a priori* como pretexto de um clamor social relevante, que ser faz necessário para sanar circunstâncias acerca da imprevisão legal sobre o destino e propriedade dos populares puxadinhos (OLIVEIRA, 2014).

Contudo, é plausível afirmar que o remanejamento no direito civil brasileiro acerca do direito real de laje, que ora, é uma adversidade descomunal na estrutura do país, tenha sido infiltrado de modo indevido nas normas por via de medida provisória, sendo que haveria a necessidade de ampla discussão em Congresso Nacional, com a cooperação da sociedade, já que este direito afetaria diretamente ou indiretamente a coletividade (TESHIMA; PONA, 2011).

Mediante ao exposto, é possível perceber que o legislador surpreende desfavoravelmente ao originar uma medida provisória convertida na lei 13465/17, que tem a finalidade de regularizar um direito real que demanda de uma objetiva discussão de sua essência, e infelizmente traz um texto desorganizado que se remete à outras leis, como se fossem “colchas de retalhos” (VENOSA, 2017).

Ademais, o tema em pauta tem sido cerne de frequentes infortúnios sociais e econômicos sob território brasileiro, do qual perdura a necessidade da averiguação de eventuais fatores que tem possibilitado a construção de incertezas, como a contingência no aquecimento do mercado imobiliário acerca da influência na economia, desde à aplicação da função social exercida pelo direito de laje (CORRÊA; MENEZES, 2016).

[...] A propriedade tem sido foco de constantes tensões sociais e econômicas, instabilizadoras de relações jurídicas e provocadora

de acirrados conflitos com repercussão em todas as esferas sociais. Ocorre que tem sido possível construir uma noção de propriedade funcionalizada, que atenda não somente o interesse de seu detentor, mas cujo exercício se dê também em benefício da coletividade. (OLIVEIRA, 2014, p.4)

É neste contexto de propriedade funcionalizada que o Direito Real de Laje representa um abandono à visão tradicionalista do Direito Civil, possibilitando a viabilização de regularização de situações de fato.

Feitas essas breves considerações sobre o Direito Real de Laje, torna-se necessário discorrer sobre o princípio da Função Social da Propriedade, correlacionando com os liames deste novo Direito Real.

4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO REAL DE LAJE

Considerar-se-á uma temporalidade em que o direito de propriedade era absoluto, sobre ele, não se admitiam intervenções, contudo na atualidade tal direito aduz por enfoque também a atenção à sua função social, uma vez que a sociedade é sujeito passivo de tal relação (DINIZ, 2012). Quando se menciona a função social, significa dizer que, conforme aduz Venosa (2017) tal cumprimento dessa função está associado ao seu adequado aproveitamento, seja de solo rural seja do solo urbano.

Com o decorrer da historicidade social, constata-se que as migrações inerentes ao fluxo receptivo das cidades, principalmente as “grandes” correlacionam-se à fatores econômicos, como assistências à saúde, emprego e moradia; podendo tal constatação ser verificada desde quando da colonização pelos europeus, sendo assim observa-se que atualmente configura-se uma tendência contrária, ou seja, um fluxo migratório dos grandes centros, para cidades interioranas, haja vista a superlotação dos mesmos e a majoração do problema habitacional refletida na gradativa eclosão das favelas (OLIVEIRA, 2014).

O Direito de Laje, porta como basilar o direito de moradia, tão logo, o exercício do direito de propriedade, o direito à moradia está elencado no art. 6º - C.F/88, no rol de direitos sociais, estes, concomitantes aos direitos prestacionais (BRASIL, 2018; GONÇALVES, 2012).

Aduz Venosa (2017), que os direitos sociais teriam o sentido de apontar para uma dimensão da democracia econômica e social; seria a tendência de igualar todos os cidadãos, no que é pertinente às prestações sociais, assegurando igual dignidade.

Destarte cumpre observar que conforme a explanação de Amarante (2012), os indivíduos relegados à margem da sociedade, literalmente à margem das cidades ergueram, formularam verdadeiros complexos habitacionais irregulares, oriundos de invasões de terrenos, construção de barracos, ocupação de morros, vislumbrando a tentativa de estabelecer-se em um lugar para chamar de “lar”, submetendo-se, a miséria e a irregularidade, logo a inobservância de direitos, e seus requisitos, como os do direito de moradia por exemplo.

As mudanças nas cidades, de cunho ambiental, político, social e econômico são inegáveis, e, portanto, a preocupação dos Estados ganha configuração emergencial quanto ao provimento do acesso aos direitos inerentes à moradia, como a regularização da propriedade do “puxadinho”, tão comum nas favelas (PEREIRA, 2014).

Contudo há uma observância Estatal além do espectro funcional social, há uma vista econômica, tributária, contributiva inerente a esta propriedade que enquanto irregular não promove ao Estado tal devolutiva, ou seja, a propriedade imóvel não assistida por registro, não possibilita recolhimentos que seriam requisitos quanto à regularidade aduzida pelo registro da mesma, logo promove desconfiguração, supressão do direito e omissão do Estado (LIRA, 2019).

Em via complementar à observância supramencionada, Pereira (2014) aduz que o Direito de Laje é uma realidade das favelas brasileiras, com a verticalização dos bens e o aumento de moradias para diversas pessoas proporcionando, mesmo que ao desabrigo de legislação específica, acesso ao direito de moradia garantido pela Constituição Federal que prima pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo não se pode deixar de sobressaltar que o exercício do Direito de Laje foi durante muito tempo decorrente de uma omissão Estatal quanto a sua devida observação jurídica.

Destarte é passível de compreensão que as camadas sociais excluídas criaram seus regramentos próprios quanto a negociação da alienação de suas lajes de maneira apartada ao Estado, o que fomenta um contexto

de irregularidade. Perpassando desta forma pelo equívoco quanto ao exercício do direito de moradia, contudo, observar-se-á que enquanto legislativamente omissivo o Estado, há uma reiteração deste contexto (CORRÊA; MENEZES, 2016).

É inescusável ponderar uma conjectura acerca do método de estruturação abstrata e institucional do Direito Urbanístico, que serve como ferramenta de retidão da dissimetria das cidades, nascida da urbanização e piorados com a conhecida “eclosão urbana” (SILVA, 2019). Destarte, a compreensão do direito urbanístico perpassa no século XXI com um amparo jurídico ainda mais denso, especialmente ao que tange as grandes metrópoles que defrontam desconhecidos problemas ambientais, urbanos e sociais, o que avulta diretamente na vivência de boa parte da população que reside na cidade (FERNANDES, 2001).

É oportuno evidenciar-se que o direito urbanístico postula uma análise sobre as circunstâncias de contratempo à sua efetivação, tal como a de seu vínculo com o método de construção social da falta de legalização da *poli* (GUIMARÃES, 2017). Entretanto, Fernandes (2018) compreende que é crucial um elo entre a cognição legal e a consciência da necessidade de urbanização, dado que somente uma concepção/produção de óptica do incidente da ilegalidade urbana, rescindiria a catástrofe da demanda e dos imbróglios jurídicos da cidade.

Vislumbrando que o direito urbanístico não é uma simples regra da metrópole que atravessou de um estágio de organização regional e a *posteriori*, transcorreu a integrar nas propostas nacionais do país, e intervir diretamente em uma concepção coletiva da propriedade, entende-se, como Clemente (2013, p.65) respalda, que precisamos partir para a dedução de que “não há como negar que o Direito Urbanístico propiciou a transformação da ideia de propriedade individual irrestrita até o princípio da função da propriedade e da cidade, reformando a ordem jurídica de controle do desenvolvimento urbano”.

Considerar-se-á que a inserção do Direito a Laje, no rol taxativo dos direitos reais aludidos pelo Art. 1225 do Código Civil CC/2002, e é decorrente de um contexto histórico-econômico social, tendo como cerne o intuito de supressão dos vícios inerentes ao direito de propriedade e omissões legislativas e jurídicas concernentes ao direito de moradia, trazendo desta forma uma proposta de reformulação social que atenuar a

marginalização econômica e acesso a direitos relacionada a este tipo de propriedade (OLIVEIRA, 2017; BRASIL, 2018).

Para Teshima e Pona (2011) a implementação do Direito Real de Laje deve ser visto em sua amplitude, pois representa “desobstrução das veias estatais no sentido de dar cumprimento e efetividade” à função social e à previsão do direito fundamental de moradia.

Assim, cumpre a compreensão, que atendendo a devida observância quanto ao contexto econômico de uma sociedade e sua equânime distribuição, a promoção do acesso aos direitos sociais, no caso do Direito de Laje, observa-se o direito à moradia, evitar-se-á o exercício corrompido do direito de propriedade, bem como a omissão prestacional e legislativa do Estado, uma vez que a estruturação econômica concernente à sociedade de direitos e suas nuances devidamente perscrutadas, tem-se o devido cumprimento da função social da propriedade, promovendo uma minoração das desigualdades (OLIVEIRA, 2014).

Por outro lado, o Direito Real de Laje também trouxe consigo inúmeros infortúnios, sobre tudo, a especulação de sua legítima finalidade e urgência da construção de uma norma, sem antes um consistente viés cognitivo de efeitos e viabilidade, o que diz respeito ao tema em pauta, e que será apresentado seguidamente.

5 DIREITO REAL DE LAJE E O RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.254 - RJ

A função social tem, impõe ações em caráter individual e social, contemplam os seus ditames a tradução do dever jurídico de harmonização socioeconômica e contemplação do bem-estar social, meio ambiente e das relações de trabalho (DINIZ, 2012). Portanto, atender a função social é um plano fundamental para permitir que a coletividade possua o mínimo de premissas para a vivência social, relevância esta que enfatiza a concretização plena do direito nas questões sociais (TESHIMA; PONA, 2011).

A *priori*, a instituição do Direito Real de Laje, trajou entendimento de que mesmo consolidado, via-se na necessidade prática de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais através de sua observância. No entanto, grandes discussões perante a regularização da Laje, tem alertado para à culminação de pressentimentos sobre o autêntico pretexto para sua

instituição, principalmente ao que tange a função social do novo direito real (AMARANTE, 2012). A questão em proeminência emana de uma concepção intitulada essencialmente no que diz respeito ao recolhimento de impostos e movimentação do mercado imobiliário, valendo-se da clemência da função social para ocultar o interesse do Estado em arrecadar custos de novos imóveis, que agora estão sujeitos às cobranças de tributos (CORRÊA; MENEZES, 2016).

Sob uma óptica de análise, é compreensível vislumbrar que a regularização de inúmeros “puxadinhos” produziriam abundantes impostos, tributos e recolhimentos, que a *posteriori* seriam entesourados pelo Governo Estatal, nada obstante, haveria a conveniência em tornar juridicamente verossímil a oportunidade de registrar estes que se encontravam em situações irregulares, cumprindo assim, o direito de “moradia”, e sem dúvida, o direito de “propriedade”, rememorando que esta deveria atender sua “função social”, como por exemplo, o pagamento em dia dos tributos estabelecidos pelo Estado (OLIVEIRA, 2014).

Ademais, na preponderância dos casos, enquadrar a laje às regras urbanísticas seria custoso e árduo, uma vez que exigem protocolos como metragem, projetos, desenhos, etc., que gerariam contratemplos àqueles que carecem de recursos ao acesso a profissionais que desenrolariam tais questões, bem como a impossibilidade de atingir (muitas das vezes) o mínimo da área sinalizada, deixando à mercê a função social, que mesmo prevista, não torna-se eficaz, pois parcela do público em que ela voltou-se, não atingirá o mínimo existencial, o direito à moradia digna (VENOSA, 2017).

Seguidamente, é plausível vislumbrar à título de protótipo, um caso concreto concernente à aplicação do referido direito real no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PRETENSÃO ESTIMATÓRIA (*QUANTIMINORIS*). NEGÓCIO JURÍDICO. VÍCIO REDIBITÓRIO. DIREITO DE USO, GOZO E FRUIÇÃO DA ÁREA DE LAJE DA COBERTURA. AUTORIZAÇÃO MUNICIPAL POSTERIOR. SANEAMENTO. AFASTAMENTO DA PRETENSÃO DE ABATIMENTO DO PREÇO. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR

DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTE DO PERÍODO EM QUE IMPEDIDO DE EXERCER O DIREITO DE USO, GOZO E FRUIÇÃO DA LAJE COBERTURA. [...]

3. Apesar do fato de que o imóvel alienado não apresentava as reais condições da oferta, havendo limitação administrativa impeditiva quanto ao uso, gozo e fruição de sua laje, indiscutível nos autos, que, posteriormente, o autor acabou conseguindo exercer seu direito de construir na cobertura, o que acarretou a sanatória do vício anterior, conforme reconheceu o próprio recorrente. 4. Dispõe o Código Civil que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor” (art. 441) e que “se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço” (art. 500). 5. No presente caso, apesar de realmente ter-se reconhecido um vício oculto inicial, a coisa acabou por não ficar nem imprópria para o consumo, nem teve o seu valor diminuído, justamente em razão do saneamento posterior, que permitiu a construção do gabarito nos termos em que contratado. Ademais, não houve a venda de área em extensão inferior à prometida, já que o direito de uso de dois pavimentos - inferior e cobertura -, acabou sendo efetivamente cumprido, perdendo fundamento o pedido estimatório inicial, notadamente por não ter a coisa perdido seu valor, já que recebida em sua totalidade [...] Recurso especial não provido. Recurso adesivo parcialmente provido (REsp 1.478.254/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUATA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 27/04/2018).

O Julgado aludido, diz respeito ao Recurso Especial interposto por Edson de O. Nunes, em face de determinada construtora (e outros respectivos chamados) alegando a aquisição de dois apartamentos, com direito a laje (pagando 25% a mais do valor, somente para obtenção desta), no entanto na expectativa de edificar aos andares adjacentes, Edson se

depara a vedação de construção pela prefeitura do Rio de Janeiro, alegando esta, que o prédio em questão já teria atingido o limite de altura antevisto pelas normas urbanísticas (TJ/RJ, 2017).

O recorrente solicitava o abatimento do preço e indenização por danos materiais e morais, pedido que incumbiu o não provimento na ação de primeiro grau, acarretando o mesmo resultado no Recurso Especial. A Turma que negou o provimento sustentou a impossibilidade na redução do valor, haja vista que a compra dos imóveis se deu através de *ad mensuram*, verificando que a extensão da coisa, correspondeu com o preço acordado entre as partes, não configurando venda de área inferior à pactuada, o que promoveu a efetividade do combinado. Ademais, o recurso adesivo foi parcialmente provido perante a construtora, no tocante apenas a majorar os honorários advocatícios (TJ/RJ, 2017).

Contudo, o Recurso só foi julgado após a mudança de legislação local, que promoveu alteração na lei referente ao limite estabelecido para edificações prediais, possibilitando ao apelante fazer uso, gozo e fruição total de sua respectiva laje. Destarte, o Tribunal ainda proferiu a possibilidade de Edson pleitear ação de danos materiais, pelo consequente período em que ficou impossibilitado de exercer plenamente seus direitos inerentes aos imóveis; podendo também haver a reparação por danos morais, se comprovado o constrangimento (TJ/RJ, 2017).

Oportuno o debate asseverado por Stolze (2017, p. 1116)

Diferentemente de outros direitos reais na coisa alheia, o direito de laje tem, em seu conteúdo, um singular *animus*, equiparável ao de domínio, embora não se caracterize pela sua estrutura peculiar, como direito real na coisa própria (propriedade), na medida em que, derivando de mera cessão de uso, gratuita ou onerosa, da superfície do imóvel que lhe é inferior, resulta na coexistência de unidades autônomas em uma mesma área. Em síntese, o sujeito a quem a laje se vincula não deve ser considerado “proprietário” da unidade construída, mas sim titular do direito real de laje sobre ela, o que lhe concederá faculdades amplas, similares àquelas derivadas do domínio.

Poder verificar à subsunção da lei ao caso concreto proporciona refletir se a expectativa em atingir o princípio da função social tem conquistado

resultados, reforça a execução da lei ao que concerne a laje. Desse modo, há um desalinho que reforçando o desprovimento de segurança jurídica na aplicação de um dispositivo desordenado e sobrecarregado de lacunas, que pode acarretar em vícios no ordenamento forense, sem ao menos alcançar seu propósito: assegurar direitos constitucionalmente garantidos àqueles que estão desprovidos da proteção da norma na prática (VENOSA, 2017).

Nesta senta, o Direito de Laje, abre-se a possibilidade de se instituir unidade imobiliária autônoma, inclusive sob perspectiva registral, no espaço aéreo ou no subsolo de terrenos públicos ou privados, contudo deve-se ampliar os horizontes da discussão, pois considerado isoladamente, este não pode ser considerado um mecanismo efetivo de política pública na busca pela moradia digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, precedida pela Medida Provisória nº 759 de 22 de dezembro de 2016, consagrou o novo Direito real de Laje que alterou o artigo 1.225 do Código Civil. A Laje rompe com visões tradicionalistas e se apresenta como uma proposta individual e coletiva, buscando garantir a dignidade da pessoa humana e a socialidade do exercício da função social da propriedade.

Como direito real sobre coisa própria, abrangendo sobre todo o espaço que se expande a partir da laje ou do piso da construção-base o Direito Real de Laje faculta ao seu titular todos os poderes inerentes à propriedade, trazendo novas perspectivas jurídicas que garante o direito a unidade imobiliária autônoma, inclusive sob perspectiva registral e urbanística. Assim, esta dinâmica de caráter real, trouxe desafios e perspectivas que vão além das linhas civilistas, promovendo debates urbanísticos que ampliam os horizontes da discussão e que podem impactar e conduzir às Políticas Urbanas.

Neste sentido, o Direito Real de Laje se desenha como um clamor social à moradia digna, sobretudo em construções de baixa renda em que haviam dificuldades de regularização e concessão de propriedade. Neste sentido, apesar de se apresentar como um avanço o Direito Real de Laje ainda se apresenta como um desafio a ser alcançado, seja na sua aplicabilidade ou ainda na sua dinâmica urbanística que requer muito mais do que a identificação registral.

Nesta senda, termina-se o presente estudo asseverando que cabem aos estudiosos e aplicadores do direito, observarem as múltiplas faces e desafios do Direito Real de Laje, para que a condução do arcabouço fático em jurídico possa trazer benefícios às demandas civilistas e urbanísticas, consolidando e harmonizando o exercício do direito à Laje com as funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

REFERÊNCIAS

ALEGRE, Marcelo. A propósito de la reforma del Código Civil: Duguit y la constitucionalización del derecho privado. **Pensar en Derecho**. Buenos Aires: UBA, 2012.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície. **Con-Jur**. 2017. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0Bx-V5M8Azu23wT2k4cG0wUmhZd00/view>>. Acesso em 06: de mai. de 2019.

AMARANTE, Fernanda Machado. **O pluralismo jurídico e o direito de laje**. Unifacs.2012. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2334/1714>>. Acesso em: 06 de mai. de 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. São Paulo: Juspodivm, 2018.

BÉNOIT, Francis Paul. **Les conditions d'existence des libertes**. Paris: La documentation française, 1985 (tradução livre do autor). Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acessado em 19 de jan. de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum. São Paulo: Juspodivm, 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Aspectos urbanísticos, Cíveis e Registros do Direito Real de Laje. **Revista brasileira de políticas públicas**. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4750/pdf>>. Acesso em: 29 de abr. 2019.

CLEMENTE, Deborah Marques Pereira. **Direito da cidade e o direito à cidade**: uma análise de Montes Claros/MG. Disponível em: <<http://www.ppgds.unimontes.br/index.php/component/edocman/?view=document&id=208&tmpl=component&Itemid=0>>. Acesso em 10 de ago. de 2019.

CORRÊA, Cláudia Franco; MENEZES, Juliana Barcellos da Cunha e. A regularização fundiária nas favelas e nos casos de “direito de laje”: construindo pontes entre o direito inoficial e o direito vigente. **Conpendi**. 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BxV5M8Azu23wYmdPLUJkRXQ4V2s/view>>. Acesso em: 06 de mai. de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das coisas. v. 4. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; DEBS, Mathael; DIAS, Wagner Inácio. Direito de Laje: do puxadinho à digna moradia. **JusPodivm**. 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/Micro/Downloads/167e4d1c983b-6f203b237b4c4e180ce4.pdf>>. Acesso em 06: de mai. de 2019.

FERNANDES, Edésio. Do código civil ao estatuto da cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. **Revista Jurídica Unixará**. Disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/136/127>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. **Revista eletrônica de direito civil**. Disponível em: <<http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/299/247>>. Acesso em 10 de fev. de 2019.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. **O direito urbanístico e a disciplina da propriedade**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15123-15124-1-PB.htm>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

LIRA, Ricardo César Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. Revista EMERJ. Rio de Janeiro; 2008. Disponível em: <<http://www3.tjrj.jus.br/paradaprogramada/>>. Acesso em: 05 de mai. de 2019.

LIRA, Ricardo Pereira. **A aplicação do Direito e a Lei Injusta**. UFCS-Busca Legis. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15288-15289-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de fev. de 2019.

MARQUESI, Roberto Wagner. Desvendando o direito de laje. **Revista eletrônica de Direito Civil**. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Marquesi-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>>. Acesso em 10 de mai. de 2019.

MATOSINHOS, Ana Paula. FARIA, Edimur Ferreira da. A efetividade do direito real de laje como instrumento de política pública para acesso à moradia digna. **Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**. 2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/2530/pdf>>. Acesso em: 06: de mai. de 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento: a pesquisa qualitativa em saúde**. Rio de Janeiro: Abrasco, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Direito real de laje à luz da lei 13.465/3017: nova lei, nova hermenêutica**. Senado Federal. 2017. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/532809/Textos_para_Discussao_238.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno De. **Direito De Laje: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo grau**. 2014. Disponível em:<[231](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=DIREITO+DE+LAJE%3A+uma+an%C3%A1lise+civil-constitucional+do+direito+de+superf%C3%ADcie+em+segundo+grau.&btnG=> . Acesso em: 03 de mai. de 2019.</p></div><div data-bbox=)

OSÓRIO, Letícia. **Direito à moradia no Brasil**. COHRE. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/35120223/Direito_a_Moradia_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1551042832&Signature=OpXEbiXD15uPZ%2BNXkVbNjR1Kglc%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDireito_a_Moradia_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 20 de fev. de 2019.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. O direito de superfície, o “direito de laje” e o reflexo no direito urbanístico. Dissertação de mestrado à Univ. de Coimbra. Coimbra; 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>>. Acesso em: 04 de mai. de 2019;

PRODANOV, Cleber Cristiano. FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. **Revista científica**. 2 Ed. Univ. Freevale. Novo Hamburgo-RS; 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=zUDsAQAAQBA-J&oi=fnd&pg=PA13&dq=metodo+hipotetico+dedutivo&ots=-dbX8gdzfn&sig=5VZzT5gy6FFQ3ZgGF9UZoJFfatgQ#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 03 de mai. de 2019.

ROSENVALD, Nelson. **O direito real de laje como nova manifestação de propriedade**. Disponível em: <www.nelsonrosenvald.info>. Acesso em: 08 de ago. de 2019.

SANCHES, Jussara Romero; JÚNIOR, Miguel Etinger de Araújo. Multidimensionalidade do direito à cidade no estatuto da cidade. **Revista de Direito Urbanístico, cidade e alteridade**. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/1953/0>>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. Medida provisória sobre direito real de laje criou título desordenado. **ConJur**. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BxV5M8Azu23wLVV0ZGp3cG5Yd2M/view>>. Acesso em: 06 de mai. 2019.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual.
São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acessado em 10 de ago. de 2019.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton William. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito à moradia. Argumentum, **Estado, democracia econômica e políticas públicas**. Vol.12. Unimar-Universidade de Marília. Marília-SP; 2011. Disponível em: <http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/direito/argumentum_12.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RJ). **REsp 1.478.254/RJ**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUATA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 27/04/2018). Disponível em: < <https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/495574630/recurso-especial-resp-1478254-rj-2014-0181993-0/inteiro-teor-495574650>> Acesso em: 05 de mai. de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Real de Laje** (criado pela lei 13.465 de 2017). Migalhas. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267743,91041> Direito+real+de+laje+criado+pe-la+lei+13465+de+2017>. Acesso em: 29 de abr. de 2019.

EVOLUÇÃO HISTÓRICO- LEGISLATIVA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O SÉCULO XXI

Rayssa Duarte Marques Cabral

Considerações iniciais

Este trabalho tem como tema a evolução histórico-legislativa do Direito das Famílias a partir do Código Civil de 2016 até o século XXI, como uma forma de conhecer e registrar em um único estudo as alterações jurídicas que envolvem esse ramo do direito, em uma tentativa de, ao olhar para o passado, compreender o presente.

Nesse contexto, foram levantadas questões norteadoras para a pesquisa: 1) quais foram as leis essenciais para a representação da evolução do Direito das Famílias?; e 2) quais foram as alterações mais significativas e o que ainda precisa, e pode, ser atualizado?

Com a resposta de tais perguntas, o objetivo deste estudo é enumerar e relatar os fatos jurídico/legislativos mais relevantes para a evolução do Direito das Famílias e refletir sobre potenciais mudanças a serem postas em prática na atualidade.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise da “lei seca” e de doutrinas jurídicas, ou seja, materiais já publicados em livros ou legislação e artigos divulgados no meio eletrônico.

Esta pesquisa se deu com base nos estudos de autores como Castro (2009), Dias (2009), Farias (2004), Hironaka (2000), Lôbo (2005), Monteiro e Silva (2011), Muniz (1993), Pereira (2004), Rizzardo (2011), Tavares e Angelucci (2006), Turkenicz (1995) e Venosa (2011).

Desenvolvimento

O homem, ao nascer, torna-se integrante de uma entidade natural e social: a família, e permanece ligado a ela por toda a sua existência. Essa ligação resulta no reconhecimento dele como membro, estando ele na posse de seu estado de família, que, como bem explica Venosa (2011), é a posição ou a qualidade que um indivíduo ocupa na entidade familiar. É um atributo de caráter personalíssimo, alguns exemplos são a condição de filho, marido e pai.

Sobre o assunto, defende Hironaka (2000) que para o indivíduo, não importa a posição que ocupa, ou a qual espécie de agrupamento pertence, o que é relevante é pertencer ao seu âmago, em um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores; e sentir-se a caminho da realização do seu projeto de felicidade.

Desse modo, sabendo-se que o ser humano não vive sozinho, e, conforme defende Turkenicz (1995), naturalizou-se a ideia de que a felicidade só é encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tivesse acesso, evidencia-se a importância do estudo desse grupo humano denominado família.

A família, para Venosa (2011), pode ser compreendida em um sentido amplo e em um restrito. No sentido amplo, a família é sinônimo de parentesco, ou seja, é o conjunto de pessoas unidas por vínculos jurídicos de natureza familiar: ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem; além dos ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, os chamados parentes por afinidade, e o cônjuge, mesmo sem ele ser considerado parente. Já no restrito, a família é formada apenas pelo núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar.

Deste modo, pode-se dizer que existem, portanto, três espécies de vínculos familiares passíveis de reconhecimento, quais sejam: o vínculo conjugal, entre marido e mulher; o vínculo de parentesco que reúne todos os integrantes do tronco comum – irmãos, tios, avós etc; e o vínculo de

afinidade entre um cônjuge e os parentes do outro – sogros, cunhados, genros etc.

Além dos sentidos supramencionados, autores como Monteiro e Silva (2011) reconhecem um terceiro, chamado de “sentido ainda mais amplo”, no qual são também família os elos socioafetivos e os vínculos de sangue, determinantes à existência de relação familiar.

Se, originariamente, a família foi considerada tão-somente um fenômeno biológico de conservação e reprodução, hoje é pacificamente reconhecida como fenômeno social, e, como tal, inerente à condição e à dignidade humana.

Ademais, por se tratar a família de uma instituição social, sendo ela um núcleo social primário, reconhecido como célula *matter* da sociedade, é considerada o fundamento básico e universal das sociedades, sendo encontrada em todos os agrupamentos humanos. Sendo assim, como o ser humano nasce inserto no seio familiar, ele é a estrutura que moldará seu caráter, com o fito de prepará-lo para a convivência em sociedade na busca de sua realização pessoal.

Desse modo, como base mais sólida em que repousa a organização social, possui a família diversas funções, sendo as três principais, conforme explana Castro:

Desincumbe-se a família da **função procriativa, garantindo a persistência e a expansão do grupo**, determinando o equilíbrio emocional pela complementaridade dos sexos. A família contemporânea tende a fixar-se nessa função. A **função educativa** é complementar da anterior. Por ela, **a família age como grupo eminentemente socializador**, isto é, promove a integração dos novos seres humanos na comunidade. Ele é responsável pela transmissão da herança sociocultural que garante a continuidade do grupo. A família desempenha **função econômica e garante a sobrevivência dos membros por intermédio da busca por meios de subsistência**. (CASTRO, 2009, p. 104 – destaque inserido)

A família é, por conseguinte, conforme Tavares e Angeluci (2006, p. 248), “[...] o primeiro núcleo social do indivíduo, que se constitui no

grande parâmetro referencial de toda a vida da pessoa. É no seio familiar que se formam os vínculos afetivos e se apreende valores essenciais para a formação da pessoa e de sua dignidade humana”.

Sendo assim, ainda que a formação da família ocorra por meio de um agrupamento informal e espontânea no meio social, sua estruturação se dá através do direito, já que, por ter inegável relevância jurídica, necessária se tornou a sua regulamentação. No Brasil, a família é regida, basicamente, pela CRFB de 1988 e pelo CC de 2002.²⁹

Ao ramo da ciência jurídica incumbido de regular o direito familiar deu-se o nome de Direito de Família. É ele, com certeza, entre todos os ramos do Direito, o mais intimamente ligado à própria existência humana. Isso porque, durante a vida, as pessoas têm filhos, casam-se, eventualmente separam-se, divorciam-se, recebem alimentos, dão alimentos etc.

Sabendo-se disso, vê-se que a família é reconhecida como uma instituição necessária e merecedora de uma maior atenção do Estado, uma proteção especial, nos termos do art. 226 da CRFB de 1988. Tal proteção pode ser percebida pela participação do Ministério Público – entidade que representa a sociedade e que tem o interesse social de manutenção das boas relações familiares, dentre outros objetivos – em muitos dos litígios que envolvem a família. Sua participação se deve à defesa das partes mais vulneráveis do litígio, fazendo-se presente em ações de interdição, guarda, divórcio em que há filhos menores, dentre outras hipóteses.

Além dessa proteção especial, a atual CRFB delineou uma diferente ordem estrutural ou organizacional ao direito de família e introduziu novos rumos e novas indagações. Alguns exemplos são os princípios que se afastam, cada vez mais, de injustificáveis discriminações do passado, nos dizeres de Rizzardo (2011), são eles: a igualdade de direitos entre o homem e a mulher; a absoluta paridade entre os filhos, independentemente de sua

29 Sem excluir a importância de outras leis, como a Lei n. 765 de 1949, que regula o registro civil de nascimento; a Lei n. 1.110 de 1950, que regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso; a Lei n. 5.478 de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos; a Lei n. 8.009, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família; a Lei n. 8.069 de 1990 (ECA); a Lei n. 8.971 de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão; a Lei n. 10.421 de 2002, que estende à mãe adotiva o direito de usufruir de licença-maternidade e salário-maternidade; a Lei n. 12.318 de 2010, que trata da alienação parental, dentre tantas outras.

origem; a prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal; e a aceitação da união estável e do grupo formado por um dos pais e dos descendentes como entidade familiar. Esses princípios que inspiram a nova família estão além da concepção transpessoal, espelham uma nova maneira de olhar enaltecida pela visão eudemonista, segundo a qual valores como o amor, a solidariedade e a convivência amoldam o viver em família como comunidade de afeto, sendo o “LAR” preservado e reconhecido, como explica Dias (2009, p. 27), no seu aspecto mais significativo, como “Lugar de Afeto e Respeito”.

Ainda que se esteja longe do que se espera como tratamento perfeito quanto ao direito familiar, no passado a situação era ainda pior. Diante disso, este artigo, aborda a evolução histórico-legislativa do Direito das Famílias, a começar pelo ano de 1916.

O grande marco de 1916, foi o CC, também conhecido como “o Código de Clovis Bevilacqua” e “a lei do pai”. Trata-se de um documento legal esculpido nos moldes do rigorismo de uma sociedade colonial, escravocrata, na qual existia a desigualdade entre homens e mulheres. Nessa época, o Brasil havia se transformado há poucos anos em República e foi esse diploma a primeira Legislação Civil elaborada especificamente para o povo brasileiro. Esse código era patriarcalista, pois o homem ostentava sua responsabilidade pela família em todos os parâmetros: econômicos, sociais, religiosos, e políticos; enquanto a mulher permanecia submissa ao varão e às regras impostas pela sociedade da época.

Como se tratava de uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico necessitavam da formalização do matrimônio.

Nessa época, como bem lembra Dias (2009), a família tinha uma formação extensiva, com amplo incentivo à procriação, formavam uma verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, que juntos davam origem à unidades de produção. Como era um instituto patrimonializado, seus membros eram reconhecidos como força de trabalho e, quanto maior a família, melhores seriam as condições de sobrevivência.

Nesse contexto social, enquanto a mulher era considerada relativamente capaz, o homem era o “cabeça do casal”, havendo tratamentos legislativos diferenciados entre os cônjuges. Prova disso eram os artigos discriminatórios desse CC/16, especialmente os do título II, intitulado

“dos efeitos jurídicos do casamento”, no qual dividiu-se em capítulos diversos os direitos e deveres do marido (capítulo II) e os direitos e deveres da mulher (capítulo III).

Nessa época, a família mantinha-se conservadora, o casamento era indissolúvel e não havia o instituto da União Estável – mesmo existindo pessoas convivendo como marido e mulher sem serem casados. Esses casais que optavam por não formalizar sua união, que não haviam contraído matrimônio, eram extremamente hostilizados por aquela sociedade. Essa discriminação podia ser ilustrada por termos pejorativos comumente utilizados na época como “amigados”, “amaziados”, “concupinos”, “adulterinos” etc.

Além dessas discriminações, no que tange à união estável e à diferença de tratamento entre homem e mulher, o CC/16 diferenciava filhos legítimos de ilegítimos e filhos naturais de adotivos, punindo-os injustamente pelos atos errôneos de seus pais.

Como se não bastasse, somando ao que até agora foi exposto, o CC/16 punia severamente a mulher considerada “desonesta”, sendo aceita a anulação do casamento se atestada a não virgindade da mulher pelo marido; além de cabível a deserção de filha que tivesse comportamentos “suspeitos” do ponto de vista dos conceitos morais da época.

Essa situação começou a mudar um pouco, apenas em 1932, com o Decreto nº 21.706 do mesmo ano. Passava-se, então, a ser facultado à mulher o direito ao voto. Se casada, necessitava do consentimento do marido; se solteira ou viúva, devia comprovar renda própria.

Pouco depois, com a CRFB de 1934, foi garantido às mulheres o direito ao voto independentemente de quaisquer dessas condições. Nessa época, Dias (2009) explana que, com os efeitos da revolução industrial que chegavam ao Brasil e a necessidade de mão-de-obra em atividades terciárias, a mulher ingressou no mercado de trabalho.

Dias (2009) também esclarece que o homem deixa de ser a única fonte de subsistência da família e que ela se torna nuclear, ou seja, restrita ao casal e sua prole. Fica para trás, portanto, aquela antiga concepção de prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, pois ela saiu do campo e migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores e ficando, também, com menos integrantes. Com isso, seus membros se aproximaram, passando-se a ser mais prestigiado o vínculo afetivo que

envolvia seus integrantes. Nascia, nesse contexto, uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e amor, apesar de a legislação quedar-se conservadora.

Décadas depois, outro ano importante para a mulher foi o de 1962, com a Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, pois a mulher deixa de ser vista como mera subordinada e passa ao status de colaboradora do marido na sociedade conjugal, visando o interesse comum do casal e dos filhos. Com essa lei, também, homens e mulheres casados passaram a ter os mesmos impedimentos para dar fiança, vender bens imóveis e oferecer bens em hipoteca, ficando ambos condicionados à autorização do outro cônjuge. Esse Estatuto, embora hoje já superado em muitos aspectos, foi uma grande conquista para as mulheres casadas da época, pois devolveu a elas a capacidade civil plena e ampliou seus direitos civis dentro e fora da sociedade conjugal. Contudo, mesmo assim, conforme sustenta Venosa (2011), a organização familiar continuou sendo preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas continuaram com o varão.

Seguindo com a evolução da participação da mulher na sociedade brasileira, a EC n. 9 de 1977 e a Lei do Divórcio – Lei n. 6.515 de 1977 – alteraram o CC na parte referente à família, pois instituiu o fim da sociedade conjugal e estabeleceu normas mais flexíveis para o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

Nesse momento histórico, como relata Dias (2009), surgiram novos paradigmas, pois a emancipação da mulher, a descoberta de métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética resultaram na dissociação dos conceitos de casamento, sexo e reprodução, passando a família a ter um enfoque jurídico moderno, no qual a identificação do vínculo passa a ser o afeto que enlaça os seus integrantes.

Nesse diapasão, Farias (2004) explica que a valorização do afeto nas relações familiares não se restringe apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação; diante disso, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

Com o advento da CRFB de 1988, que introduziu relevantes alterações no conceito de família e no tratamento dispensado a ela, foram editadas várias leis especiais garantidoras de direitos, quais sejam: a Lei n. 6.515 de 1977, relativa à separação judicial e ao divórcio; a edição do ECA

– Lei n. 8.069 de 1990; a normatização do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento – Lei n. 8.560 de 1992; e a criação das leis que tratam da união estável, Lei n. 8.971 de 1994 e Lei n. 9.278 de 1996, conferindo aos companheiros direitos de alimentos, à meação e à herança.

Desse modo, a CRFB de 1988 representa o marco maior no que tange à evolução do direito das famílias, sendo ela a responsável pela ampliação do conceito de família, e, por ser a lei maior do país, serve de norte para a aplicação das demais normas infraconstitucionais.

Essa família, considerada moderna, também traduz um relacionamento baseado na comunicação emocional, substanciada no afeto, no amor, não mais no casamento em si; e protege seus indivíduos de preconceitos, preserva a liberdade de expressão e de escolhas, e, primordialmente, garante o respeito à dignidade da pessoa humana.

Com o surgimento da imposição constitucional da igualdade entre homens e mulheres, conforme prevê o *caput* do art. 5º da CRFB, bem como a valorização da pessoa humana, constata-se, pois, a necessidade de se promover modificações no modelo de família. Prova disso são as inúmeras inovações na seara do direito familiar trazidas pela Carta Magna de 1988.

Quanto às famílias, reconheceu-se a união estável e a família monoparental como entidades familiares (art. 226, § 3º e § 4º da CRFB, respectivamente); e acabou com qualquer adjetivação aos filhos, que passaram a ser chamados apenas de filhos, sem qualquer distinção, tendo todos eles direitos iguais (§ 6º do art. 227 da CRFB) – nesse ponto percebe-se a força dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Quanto às relações entre os conjuges, deu-se fim ao desnível conjugal, com a igualdade dos direitos e deveres recíprocos dos cônjuges (§ 5º do art. 226 da CRFB); acabou com o chamado “pátrio poder”, instituindo o poder familiar, o qual passa a ser exercido igualmente entre os cônjuges (§ 7º do art. 226 da CRFB); elevou ao nível constitucional a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio (§ 6º do art. 226 da CRFB).

A CRFB de 1988 inovou com uma abrangência maior ao que vem a ser a família. Nesse sentido, como afirma Muniz (1993, p. 65), a família prevista constitucionalmente “apreende a família por seu aspecto social (família sociológica), e do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família”.

A partir dessa citação, pode-se entender que, apesar do reconhecimento expresso, no âmbito constitucional, de apenas três “espécies” de família, a oriunda do casamento, a união estável e a monoparental, trata-se de um rol meramente exemplificativo, estando as demais implícitas na CRFB de 1988, pois trata-se de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta e adaptável.

Além disso, dentre as espécies de família não deve haver entre elas qualquer espécie de hierarquia ou preferência, sob pena de se criar odiosa distinção, que não foi autorizada pelo constituinte. Pelo contrário, a igualdade de tratamento entre as entidades deriva precipuamente dos reflexos do princípio da isonomia prescrito na CRFB de 1988.

Lôbo, quanto à proteção familiar e ao indivíduo, defende que:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o locus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana. (LÔBO, 2011, p. 06)

Desse modo, qualquer que seja a forma assumida pelo grupo familiar, o Estado não vacila em resguardá-lo, preservá-lo e controlá-lo como entidade sólida. O ente público tem interesse nessa regulamentação bilateral, protegendo sua própria existência, ou existência da família, pois este é o elo que vincula o indivíduo à sociedade, como já referido anteriormente.

O momento atual é de transição, busca-se consolidar um novo formato de família, tendo o ordenamento jurídico pátrio anterior de sofrer alterações significativas, com o objetivo de responder aos novos anseios da sociedade.

Como consequência, o atual enfoque dado à família deixa de priorizar o casamento, voltando-se muito mais à identificação do vínculo afetivo determinando um conjunto de elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito contemporâneo de família.

Ela também deixa de ser compreendida estritamente como núcleo econômico e reprodutivo, avançando para uma compreensão socioafetiva. Nesse ínterim, surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares, isto é, as entidades familiares tornam-se plurais, já que existem ou não em razão do sentimento – afeto – dos membros que as compõem.

A família moderna, portanto, tem, reconhecidamente, um elemento que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

A busca da felicidade, a supremacia do princípio da dignidade humana, supremacia do amor, da solidariedade, são algumas das causas que ensejam o reconhecimento do afeto, sendo ele um modo eficaz de definição da família e de preservação da vida.

Diante desses pontos, as entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação fechada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.

Conforme estudo de Lôbo, após análise de Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) realizada pelo IBGE, observou-se um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais, sendo inúmeras as “unidades de vivência” (famílias) encontradas, entre outras:

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;

- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular. (LÔBO, 2011, p. 02)

O autor afirma que em todas há características comuns que as tornam reconhecidas socialmente como família, são eles: a afetividade; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, sem comunhão de vida; e a ostensividade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Dando sequência à história, passados quatorze anos da promulgação da CRFB de 1988, é publicado o CC de 2002, que reconheceu como entidades familiares apenas as oriundas do casamento e a união estável, excluindo a família monoparental. Tal involução pode ser “justificada” pelo fato de que seu projeto original data de 1975, sendo anterior, inclusive, à Lei do Divórcio, que é de 1977. Desse modo, apesar de chamado de “novo”, em verdade, como bem critica Dias (2009), o Novo CC, mesmo após inúmeras mudanças na tentativa de harmoniza-se à legislação vigente, já nasceu velho, em completo descompasso com a realidade.

O que o CC/02 define como família, mostra-se, nos dias de hoje, com uma conceituação muito limitada, já que não é mais necessária a união entre pessoas de sexos diferentes, como prevê o seu art. 1.723, quem comprova isso, inclusive, são os próprios tribunais superiores.

Em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal³⁰ e do Superior Tribunal de Justiça³¹ reconheceu-se a união entre pessoas do

30 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.

31 Julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378-RS, pela 4ª Turma – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Conforme conta Silvano Andrade Bomfim, as recorrentes tiveram negada a habilitação para o casamento tanto pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de

mesmo sexo e deu-se a elas o nome de união estável homoafetiva. Esse reconhecimento foi, com toda certeza, um novo marco na história do direito das famílias, além de também ter refletido nos direitos sucessórios e previdenciários.

Além disso, a relação de um dos pais e sua prole (família monoparental) e a relação de avós e netos, sem a participação dos pais (família avoenga), dentre tantos outros possíveis exemplos, comprovam que a limitação do objeto a ser tutelado pelo Direito de Família é utópica, uma vez que a família é uma entidade multifacetada.

A lógica dos tribunais é bastante interessante: se a lei se mostra ultrapassada, não poderá a pessoa titular de um direito, ainda que não reconhecido expressamente, ficar desamparada. Na essência, a família não é tão-somente o que o legislador diz que é, mas sim um instituto reconhecido pelo próprio indivíduo nela inserido, sendo este quem a reconhece como tal.

Atualmente, tramitam dois projetos de lei antagônicos: o PL n. 470/2013, que institui o Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lídice da Mata e o PL 6.583/2013, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira. O primeiro defende a autonomia do direito das famílias, reconhecendo sua pluralidade, bem como trata de institutos novos como o abandono afetivo e a alienação parental, todos em um único texto legal. Já o segundo, tem um viés conservador, definindo como família tão somente a união entre um homem e uma mulher.

Porto Alegre–RS, que julgara improcedente o pleito “por impossibilidade jurídica do pedido”, como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja 7ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n. 70030975098, em que fora relator o desembargador José Conrado de Souza Júnior, desprovera o recurso e mantivera íntegra a sentença de primeiro grau, o que ensejou o recurso ao STJ. De acordo com o voto do relator do STJ, acima referido, “se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto” (grifo no original). (BOMFIM, Silvano Andrade. A vitória do casamento gay no STJ. Questões Polêmicas. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.ibd-fam.org.br/?artigos&artigo=703>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2011.)

Espera-se que o Estatuto das Famílias (PL n. 470/2013) seja aprovado, pois, juntamente com o que vem decidindo os tribunais e as doutrinas especializadas no direito das famílias, com a globalização e a tecnologia em todos os campos, inclusive da medicina, faz com que hoje, nos dizeres de Venosa (2011), o jurista se depare com muitas surpresas e desafios e, por isso, precisa se nortear por um embasamento teórico e legislativo.

Hoje, novos temas como as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. desafiam o legislador.

Nesse diapasão, Dias (2009) também reconhece que com a evolução e transformação da sociedade, rompendo-se com tradições e amarras, necessária também se torna, portanto, a constante oxigenação das leis, sendo previsível que o legislador não consiga acompanhar a realidade social nem contemplar as inquietações da família contemporânea.

Nessa mesma linha de pensamento, Venosa (2011) sustenta que o organismo familiar passa por constantes transformações e que o legislador deve estar atento à necessidade de alterações legislativas, tendo o Estado de cumprir o que se propôs: proteger a família, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos.

Contudo, Venosa (2011), apesar de reconhecer a necessidade de intervenção do Estado na família, defende que é necessário, em contrapartida, preservar os direitos básicos de autonomia, ou seja, a intervenção do Estado deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada, sob pena de o Estado cometer excessos.

Ainda sobre a necessidade de atualização legislativa, defende Pereira que:

[...] o regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificando, mumificando e cristalizando em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia. (PEREIRA, 2004, p. 35)

Diante disso, por se tratar a família de uma entidade multifacetada defende-se o uso da nomenclatura: “Direito das Famílias”. Como defensora

da nova nomenclatura, Dias (2009) sustenta que o uso da expressão no plural atende melhor à necessidade de enlaçar, no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias, sem discriminação e sem preconceitos.

Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de ter havido, de 1916, desde a publicação do primeiro Código Civil genuinamente brasileiro, uma evolução no que se refere aos direitos e à autonomia da mulher, bem como à isonomia entre os filhos de dentro ou de fora do casamento, naturais ou adotados, ao reconhecimento da união estável como fato ensejador de direitos e obrigações e, como consequência, de proteção do Estado, e à “naturalização” da união entre pessoas do mesmo sexo pelos tribunais superiores como também instituições familiares e protegidas pelos Estado, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Para tanto, faz-se necessário a autonomização desse ramo do direito por meio da criação de um microsistema próprio, com uma legislação própria, separada do CC/02. Nota-se que o PL n. 470/2013, que institui o Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lídice da Mata mostra-se bastante adequado com o século XXI, por isso, espera-se que este projeto seja aprovado para que o Direito das Famílias continue a, de fato, evoluir.

Referências

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos numerus clausus. 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 de jan. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil:** direito de família. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. “A família e evolução no direito brasileiro”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PEREIRA, Sérgio Gischikow. **Estudos de direito de família,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TAVARES, Ana Cláudia Vieira M.; ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o abandono afetivo paterno-filial na atualidade. Sociedade e direito em revista. Revista do Curso de Direito do CESD, Dracena, Ano I – n. 01, 2006. Disponível em: <http://cursodirei.dominiotemporario.com/doc/TAVARES_E_ANGELUCI.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTUDO DE CASO SOBRE A COLISÃO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DA PROTEÇÃO À IMAGEM

Eduardo Alfonso Jacomeli Ramirez

Filipy Calixto

Raquel Páscoa da Veiga Frade Santana

Introdução

A luz que guiou a pesquisa foi a utilização, a partir de um site, de uma imagem possivelmente em descompasso com os objetivos que a mídia deveria ter. Um jornal eletrônico usou, sob o fim de ajudar as investigações na procura de um foragido, uma foto que demonstrava-o utilizando sua roupa de trabalho e um texto que o mostrava como dono do estabelecimento. Estabelecido esse viés, buscou-se identificar se ocorreu algum dano contra o direito de imagem, estudar a atuação da mídia dentro do contexto da modernidade, estabelecendo comentários sobre o conflito entre esses dois direitos, fazendo uso de doutrinas e de julgados sobre tal conflito.

Todo o estudo poderá ser resumido no seguinte questionamento: há dano à imagem quando, para fins de investigação policial, uma matéria em um site se vale de uma foto evidenciando o estabelecimento em que o foragido trabalha e seu cargo no mesmo?

Estabelecido isso, o trabalho, para chegar às considerações finais, estará dividido em quatro momentos: um estudo sobre a liberdade de imprensa, outro relacionado ao direito de ter a imagem protegida, estabelecidos esses

pontos, tem-se o arcabouço necessário para o estudo do caso e, buscando uma imagem do que os tribunais pensam acerca da matéria, somado a comentários sobre a colisão desses direitos fundamentais.

Objetivos

Analisar conceitos vinculados à liberdade de imprensa e à imagem; verificar conceitos e direitos vinculados ao caso em comento; verificar se há violação aos direitos fundamentais do empregado na situação descrita, em específico, ao direito de imagem; tecer comentários sobre a colisão, no Direito moderno, entre os direitos à imagem e à liberdade de imprensa.

Materiais e métodos

Para a realização dessa pesquisa, utilizou-se um método bibliográfico, analítico e qualitativo. Desta forma, foram elencadas matérias de jornais eletrônicos, jurisprudências do Egrégio Tribunal de Justiça de Rondônia e doutrinas que versassem sobre o tema para a feitura do estudo (PRODANOV, 2013).

Resultados

Direito à liberdade de imprensa

Imprensa

Primeiro, cumpre caracterizar o que se entende por imprensa. Nos primórdios, estava estritamente ligada à difusão de informações pela via impressa e, por estar a informação de massa presa a esse veículo, a imprensa consistia, basicamente, nos jornais (ARAUJO, 1996).

Fato que não se repete na atual conjuntura. Hoje, graças à evolução tecnológica, temos uma infinidade de meios para o transporte da informação, como os *smartphones*, as televisões, os rádios, as redes sociais, as revistas, uso de *outdoors*, dentre outros; ligando-se muito mais a mídia aos meios digitais do que aos físicos. Por esse fato, o Direito evolui para uma proteção da informação que agora é veiculada, não mais ao meio pelo qual se serve.

Nas palavras de Sidney Cesar Silva Guerra (GUERRA, 1999): “Assim sendo, preferimos conceituar a imprensa como sendo toda a forma de produção de informação, seja ela escrita, mediante prensa, como também aquelas provenientes de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Liberdade de imprensa

Em poucas linhas, resume-se, como direito negativo em face do Estado, pela possibilidade de haver expressão de opinião sem censura ou qualquer meio de pressão estatal.

Nas palavras de Carla Mereles: “Quanto à **liberdade de expressão**, a Constituição garante a livre manifestação do pensamento [...] independentemente de censura ou licença (MERELES, 2017, on-line, grifo do autor)”.

Num segundo plano, consiste no campo de ação, no até-onde-moral a imprensa pode ir com suas publicações. Assim, caracteriza-se pelo conjunto de liberdades de que dispõe para atuar liga-se diretamente ao direito de acesso às informações e ao direito de difundir-las. Outra faceta daquele princípio é a de obrigar o Estado, num plano institucional, a possuir políticas que permitam um trabalho, dentro dos limites do razoável, sem amarras à informação.

Dos limites da liberdade da imprensa

Primeiro ponto a ser levado em conta: sempre que houver uma limitação na liberdade de imprensa é porque, de alguma forma, houve um conflito com outro direito. Isso, no plano das justificativas de haverem limitações (CENEVIVA, 1991). Já quanto ao plano fático, todas as limitações devem estar presentes em textos legais ou partirem de interpretações, por parte do legislativo, quando se tratarem de conflito de princípios ou de integrações por analogia.

Estabelecer limites à liberdade de imprensa é sempre uma faca de dois gumes. Haja vista que a própria Constituição Federal de 1988, para demonstrar a evolução do Direito, visando a fuga de qualquer relação com os Estados totalitários do passado, garante expressamente a liberdade de ação para a imprensa. Faz isso ao dizer, no artigo 220, *caput* e §1º:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV (BRASIL, 1988).

O que se impõe aos legisladores, presos a essa corda bamba,

é o velho problema: de um lado a sociedade sente a necessidade de ter uma imprensa digna, precisa, honesta, clara e objetiva e de outro lado temos “os donos imprensa” preocupados apenas em auferir lucros e confundem a liberdade de imprensa e liberdade de impressão, isto é, a possibilidade de publicar tudo aquilo que é interessante para eles, seja no aspecto político e principalmente o econômico (GUERRA, 1999, p. 98, grifo do autor).

Nas palavras acima citadas, o autor levanta um interessante questionamento, qual seja, a relação entre a liberdade de impressão e a liberdade de imprensa. O primeiro compreendido pela possibilidade de publicar, nos limites da lei, aquilo que lhe convir. O segundo, pela concessão legal dos meios básicos de que necessita a imprensa para atuar com seriedade, presteza e utilidade à população.

A razão da imprensa precisar de limites

Para não haver violação de direitos, a imprensa precisa de limites. Uma das grandes justificativas para haverem esses limites é o tamanho do poder que tem — há doutrinadores (Ibidem, p. 97) que chegam a usar a nomenclatura “quarto poder”. A velocidade com que as informações circulam tem um efeito negativo, principalmente, sobre sua qualidade; cria-se um público consumidor cada vez mais ávido por novas notícias, notícias extravagantes, ignora-se o uso de fontes confiáveis, ocorrem invasões a direitos alheios, generalizações apressadas *et cetera*, passando ao público uma falsa impressão de estarem sendo infor-

mados quando, em verdade, estão sendo manobrados pelos interesses do mercado.

Dentro do contexto do caso, tal veiculação acaba por taxar o indivíduo, apressadamente, como o agente do delito. Fortes críticos da mídia moderna são Cláudio de Cicco e Vidal Serrano Nunes Junior, que, sem suas palavras, respectivamente:

pode tornar-se veículo de desrespeito à pessoa, pela divulgação apressada e desatenta de notícias, muitas vezes colhidas por um repórter ávido de promoção às custas da divulgação de fatos da vida privada de artistas e homens públicos. Sua intimidade é oferecida a milhares de leitores, sem possibilidade de defesa, pois ineficaz se revela o chamado “direito de resposta” para reparar o dano já causado à personalidade de alguém, ao seu nome ou de sua família etc (CICCO, 1980, p. 265, grifo do autor).

Às palavras supracitadas, faça-se acrescer: também ao nome e reputação de sua empresa ou estabelecimento comercial, bem como o nome dos serviços e produtos por ela oferecidos.

É que a imprensa moderna (os meios de comunicação) se transformou em um verdadeiro poder social, muitas vezes fazendo do cidadão não um destinatário, mas um refém da informação, tornando necessário defender não só a liberdade da imprensa mas também a liberdade face à imprensa (JUNIOR, 1997, p. 84).

Importante salientar para quem sugere que a imprensa nasceu para servir. Muitos dos problemas nascem porque ela, ao invés de ser útil para a população, é usada para atingir interesses corporativos. Muitas vezes, disfarçadas de notícias informativas, veiculam propagandas ou outros tipos de conteúdo que não visam informar; buscando, sim, um ideal de manipulação das pessoas por meio das informações que colocam à sua disposição. Na maioria das vezes, graças ao baixo grau de instrução da população (DIAS, 2016), notícias de baixa qualidade rendem mais dinheiro para os empresários do ramo do que a veiculação de notícias boas, pois estas gerariam críticas ao sistema; o que, por vezes, fomenta esse processo.

A partir desse ponto, apresentada a primeira parte do tema, passar-se-á à análise dos elementos essenciais, aqui em questão, relacionados ao direito de imagem, sua proteção, definição, objetivo e demais situações.

Direito à proteção da imagem

A proteção jurídica do direito à imagem

A forma utilizada para tal é a atribuição de um *status* de direito autônomo. Desvinculando-o de outros tipos de direitos, aos quais era historicamente vinculado. Quais sejam: a intimidade, a honra e a identidade. Esse caráter autônomo é-lhe dado pelo direito constitucional moderno, sendo seu intento o de acompanhar os avanços da sociedade.

Imagem

Para um melhor entendimento do conceito de imagem, primeiro, é necessário entender que, muitas vezes, ela é confundida com outros direitos, tal como se verá adiante. A proteção constitucional dada à imagem não se confunde com a dada à honra, ou à intimidade ou à personalidade. A Constituição Federal Brasileira de 1988, na esteira das evoluções constitucionais ocorridas no mundo, elevou a imagem a um patamar expresso, dando-lhe autonomia em relação a outros direitos por ela tutelados.

Para este estudo, adotar-se-á a posição de Luiz Alberto David Araujo, dita em seu livro *A proteção constitucional da própria imagem*, resumida em suas palavras em:

o trabalho identifica duas espécies de imagem, protegidas constitucionalmente [...]. Há uma imagem retrato, decorrente da identidade física do indivíduo, e uma outra imagem, de caráter mais moderno, distinta da honra, como se verá durante o trabalho, que envolve o indivíduo dentro de suas relações sociais. Chamaremos essa segunda espécie de imagem de imagem-atributo, situação que poderá ser aplicada às pessoas jurídicas (ARAUJO, 1996, p. 17-18).

A imagem-retrato

Simple de ser conceituada, é o entendimento mais antigo que se tem sobre o tema, estando fortemente presente em épocas passadas, quando a pintura e a fotografia eram sinônimas de *status* social. Baseia-se em dois lados de uma moeda — que aqui serão tratados em conjunto, pois o Direito os defende igual forma, não lhes fazendo diferença quando do texto legal. A fisionomia, compreendendo os traços físicos da pessoa (como na reprodução, por teatro ou cinema, dos traços de alguém). E o retrato da imagem, sendo este a reprodução por meio de foto, pintura etc, da imagem da pessoa.

A imagem-atributo

Liga-se ao conceito que as outras pessoas têm do ser, ou seja, é produzido pela forma como o indivíduo é visto pelos que lhe cercam. Faz parte do rol de direitos decorrentes da imagem, entretanto, e não se confunde com a honra, como será visto. São exemplos: cidadão honesto, pontual, bem-humorado, responsável *et cetera*. É fruto da vivência do ser com seu meio social e decorre, principalmente, da mudança no modo como a sociedade encara o conceito na atualidade. As redes sociais, *verbi gratia*, são um meio muito utilizado para a formação, por intento da pessoa, dessa imagem que ela deseja atribuir a si mesma.

Consiste numa evolução do modo como se interpreta o texto constitucional, sendo uma mudança teleológica, não necessariamente a reformulação do texto legal; assim, procura “adequar a norma às novas exigências sociais (BULOS, 1997)”. Visa defender aqueles caracteres que tem a pessoa perante a sociedade. Dentro do cenário atual do Direito, é permitida, inclusive, uma interpretação expansiva, buscando alcançar ideias que expressem “a compreensão do pensamento do legislador manifesto no texto da lei. [...] Neste caso, a sede do sentido da norma é a vontade do legislador (teoria subjetiva) (ANDRADE, 1991, p. 9)”; passando a abarcar o direito de imagem da pessoa jurídica, bem como os serviços por ela oferecidos e os produtos por ela vendidos.

Distinção entre imagem honra, intimidade e identidade

Para diferenciar os institutos, uma vez compreendida a dimensão do conceito de imagem, basta que se exemplifique a matéria com casos.

A honra não se confunde com a imagem; existem exemplos em que uma é ferida, restando a outra ainda intacta. Pode-se citar uma matéria em que certa pessoa A é tida como boa empresária, bom negociador e gestor em ascensão, ou seja, onde suas características são enaltecidas positivamente; caso essa veiculação não tenha tido autorização, prévia ou posterior, da referida A para ter sido feita, encontra-se um caso onde o direito à reparação pelo uso indevido/sem autorização da imagem é perfeitamente cabível, sem que se fale em direito à reparação por danos a sua honra.

Na mesma esteira do exemplo anterior. Havendo uma veiculação qualquer de imagem, sem autorização, de fotos de A celebrando um novo contrato, pode-se falar de violação do direito à proteção da intimidade, sem que se fale em violação à imagem. Especialmente quando da utilização de imagens vinculadas a produtos e serviços que ainda não foram anunciados ao mercado.

Encerrando com a terceira separação histórica. Ressalta-se que essas separações são fruto dos novos entendimentos, produzidos a partir de novos ares que recaem sobre a matéria. Tem-se um exemplo onde a imagem é autônoma quanto à identidade quando uma pessoa B tem fotos suas espalhadas em cartazes ao longo da cidade, fotos que não sofrerem qualquer manipulação digital, onde a pessoa B esteja perfeitamente reconhecível; se esses cartazes tiverem sido produzidos sem a autorização da B, vislumbra-se um caso onde há a possibilidade de reparação pelo uso indevido da imagem, sem que tenha havido qualquer deturpação no modo como aquela pessoa se enxerga, logo, sem ataques a sua identidade.

Conectando os conceitos até agora apresentados, tanto na primeira parte, quanto na segunda, evolui-se para o momento onde se aplicarão os temas ao caso fático.

Caso em estudo

Comentários

Em decorrência do estudado, entende-se pelo vislumbre de um dano ao direito de imagem. Uma vez que ela fora prejudicada em função do grande alcance e consequente poder de influência que a mídia tem; desta

forma, ao vincular, de forma apressada, o cometimento do crime para determinada pessoa, fere-se o respeito ao devido processo legal (CAPEZ, 2016). Neste caso, o Direito reservou ao processo a função de imputar um crime ou não a alguém. Ainda sobre o dano, frisa-se: ocorrerá por uma violação à imagem-atributo, como qualidade hipotética/suposta de bom comerciante.

Como ponto de ressalte, para evitar a ocorrência do dano, dentro das previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro, seria suficiente um cuidado com as palavras empregadas durante o texto, ou seja, se a redação do site, ao fazer a publicação da matéria, detivesse uma autorização para uso da imagem.

Ligação com o Direito Constitucional

Muitos dos conflitos surgem porque a Constituição Federal de 1988 é prolixa e busca abarcar mais do que, segundo o direito comparado, é necessário ao funcionamento do Estado. Concedendo, dentre outras liberdades, uma à pessoa e outra à imprensa, o que, na prática, mostraram-se incompatíveis ou de extrema dificuldade de serem efetivadas. Esse ideal paternalista, com o intuito de “mostrar serviço”, acaba trazendo temas desnecessários e de forma ampla ao ponto de, já na Constituição, estabelecerem-se conflitos de aplicação. Walter Ceneviva, criticamente, diz que nossa constituição

[...] busca (geralmente sem êxito) enfrentar todas as hipóteses do universo jurídico atingido, o que a leva a incluir matérias de típico caráter não constitucional. Pode enfraquecer a democracia, por facilitar a inversão da ordem constitucional. Foi a opção brasileira de 1988 (CENEVIVA, 1991, p. 13).

O formato de Constituição a ser adotada é tema duro de ser resolvido para o legislador constituinte, se longa (analítica) ou se curta (sintética). Embora critique o estabelecimento de constituições prolixas, José Joaquim Gomes Canotilho entende-as como parte natural do processo de compreensão, por parte do povo, de sua Lei Fundamental. Assim, de forma parafraseada, doutrina que o tamanho da Constituição,

sua característica de longa, advém da forma como a sociedade atual, notadamente multicultural, encara o Direito Constitucional moderno e entende que ele deve ser feito (CANOTILHO, 1941). O que justificaria o estabelecimento da Lei Maior brasileira tal como ocorreu. Logo, seria o próprio pluralismo de nossa sociedade a razão da Constituição prolixa; o povo deseja paradoxalmente uma expansão do direito à imprensa, para munir o povo de conhecimento, enquanto também deseja a maior proteção da imagem para que a pessoa não fique refém dos meios de comunicação.

Sobre o pluralismo social, como justificativa ao formato constitucional brasileiro, dando uma forma prolixa à normativa, é oportuno citar Marcelo Schenk Duque (DUQUE In: GIMENEZ; LYRA (Org.), 2016), porque ele entende que

a construção da Constituição de 1988 [...] não foge dessa realidade. Além dos direitos catalogados, outros decorrentes dos princípios adotados pela constituição e dos tratados internacionais que o Brasil faz parte, convergem para reforçar uma identidade constitucional voltada à proteção da pessoa.

Agora, inicia-se o estudo dos momentos onde a legislação tratou do tema.

Comentários sobre os preceitos legais constitucionais que regulam a matéria

Inicia-se o estudo pelo estudo do artigo 5º da Constituição Federal; especialmente nos incisos a seguir:

Artigo 5º, inciso V, Constituição Federal de 1988: **é assegurado o direito de resposta**, proporcional ao agravo, **além de indenização por dano** material, moral ou **à imagem**.

Artigo 5º, inciso X, Constituição Federal de 1988: **são invioláveis** a intimidade, a vida privada, a honra e **a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano** material ou moral **decorrente de sua violação**

Artigo 5º, inciso XXVIII, alínea a), Constituição Federal de 1988: **são assegurados**, nos termos da lei: **a proteção** às participações individuais em obras coletivas e **à reprodução da imagem** e voz humanas, inclusiva nas atividades desportivas (BRASIL, 1988, grifo nosso).

De simples compreensão, dada a necessidade que tem o texto legal de ser claro. Pouco há que falar além que levantar pontos, principalmente, sobre o conteúdo implícito, qual seja, sobre o que pensava o legislador ao dizer tais palavras.

Noli Bernardo Hahn é elucidativo ao expressar que a necessidade da normativa demonstra uma face ruim: a de que tal assunto não foi pacificado socialmente, daí a necessidade de regulá-lo; “em outras palavras, diz-se que o texto, ao não dizer explicitamente determinadas ideias, revela conteúdos e realidades exatamente por não dizê-las (HAHN in GIMENEZ; LYRA (Org.), 2016)”. Neste caminho, o texto garante o direito de resposta frente aos danos que sofre o indivíduo (efetivado através do cabimento de indenização); defende a inviolabilidade desses direitos, aqui, dando-lhes tutela inclusive contra ações abusivas praticadas pelo Estado e; mostra o *modus* pelo qual o povo brasileiro entende ser sua Constituição ideal, no viés de prever proteções contra ações de terceiros *versus* terceiros e contra ações do Estado *versus* terceiros (aqui, independente do vínculo de nacionalidade).

Discussão acerca da colisão desses direitos

Jurisprudências relevantes

Úteis ao tema, apresentam-se ementas oriundas do Tribunal de Justiça de Rondônia. O egrégio tribunal é responsável por interpretações do tema que possibilitam olhá-lo pelos dois lados; ilustrando alguns dos caminhos que o judiciário tem utilizado para interpretar a matéria.

APELAÇÃO CÍVEL. DANO À IMAGEM. EXTRAPOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. **A liberdade de**

informar deve ser a mais ampla possível, porém, o excesso causa dano moral. O valor da indenização deve ser mantido quando se mostra adequado à extensão do dano moral experimentado pela vítima (TJ-RO, 2018a).

A parte destacada dentro da ementa é clara em exaltar os dois princípios. Diz que a imprensa deve ter terreno fértil e amplo para seu trabalho, dada a importância que tem ao meio social. Entretanto, lembra que seu excesso é a causa responsável por danos. No julgado em espécie: dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM ÁUDIO. JORNAL ELETRÔNICO. **DEVER DE INFORMAR.** DANO MORAL PESSOA JURÍDICA. HONRA OBJETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO PROVIMENTO. [...] **Não extrapola os limites da liberdade de imprensa, a matéria jornalística que critica [...].** (TJ-RO, 2017a, on-line, grifo nosso).

Nas palavras-chave, já ressalta que a mídia deve ter como escopo, dentro do Estado Democrático de Direito, o dever de informar. Mais em frente, garante que a mídia deve ter o direito de crítica. *In casu*, defende o direito de difusão da crítica por meio da imprensa, isso porque serve de valorização ao princípio do interesse público.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DA PESSOA JURÍDICA. VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. **MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR.** DANO MORAL CARACTERIZADO. [...] **liberdade de informação deve estar atrelada ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula, em vez de formar a opinião pública [...]** (Idem, 2018b, on-line, grifo nosso).

Neste caso, o intérprete da lei foi forte crítico da ação da imprensa, por ter essa ter vinculado matéria que trazia fatos inverídicos. Inclusive, traz um ponto forte, ao dizer que a informação veiculada com malícia perde o escopo de informar, passando ao seu destinatário uma falsa sensação de estar sendo informado.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA E À IMAGEM. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO RELATIVIZADA. DANOS MORAIS CABÍVEIS. RECURSO. PROVIMENTO. **A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos**, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade do ser humano. É cabível reparação por danos morais quando violados os direitos da personalidade do indivíduo (Idem, 2017b, on-line, grifo nosso)”. “DIREITO DE IMAGEM. REPORTAGEM. INTERESSE PÚBLICO. ELEIÇÃO. CANDIDATO. IMAGEM. DIREITO MITIGADO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. [...] **direito à imagem mitigado em favor do interesse público naquilo que diz respeito à sua atuação profissional (Idem, 2017c, on-line, grifo nosso).**

Já as ementas desses dois julgados, por sua vez, servem para mostrar que os direitos em pauta não são absolutos. Existem momentos nos quais eles devam sofrer mitigações para dar abertura para outros princípios. Isso ocorre com ambos. No primeiro, mitiga-se a liberdade de informação para proteger a honra e a imagem; no segundo, ocorre o contrário, o direito a imagem é mitigado em favor do interesse público, este satisfeito através do acesso à informação.

NOTÍCIA JORNALÍSTICA. FOTOGRAFIA. IMPUTAÇÃO DE CRIME. IMAGEM. DIVULGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL. VALOR. MANUTENÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONFIGURAÇÃO.

AUSÊNCIA. É indenizável o dano moral decorrente da divulgação não autorizada da imagem da pessoa em matéria jornalística imputando a prática de infração penal [...] (TJ-RO, 2017d, on-line, grifo nosso).

De todas, a jurisprudência mais contundente sobre o caso, sem dúvida, é esta. Retirada do órgão jurisdicional colegiado responsável por atuar no estado-membro donde o caso gerador desse estudo fora retirado. É nítida em dizer que a atribuição precipitada, por parte da mídia, da autoria de um crime a um cidadão constitui violação a seus direitos fundamentais. Principalmente quando eivada do vício de se veicular, sem deter autorização, a imagem do indivíduo.

Considerações importantes

A temática do trabalho é bem detalhada quando fala do conflito dos direitos aqui estudados, pelas palavras de Sidney Cesar Silva Guerra:

dentre estes conflitos, destacamos a liberdade de imprensa e o direito à imagem (direitos fundamentais), pois, nesta época em que os meios de comunicação de massa se utilizam de sistemas internos de televisão, câmeras fotográficas, teleobjetivas, além de toda a parafernália possível e necessária para captação de flagrantes de imagem de uma pessoa, torna-se imperioso discutir tais questões (GUERRA, 1999, p. 95).

Desta feita, poderiam ter sido publicadas outras fotos, dada a nota de rodapé presente na foto, dizendo que fora retirada de uma rede social (COMANDO 190, 2017). Preferencialmente, alguma em que não houvesse referência ao seu estabelecimento comercial. Também, poderia ter sido publicada, acompanhada de uma autorização para o uso da imagem, dada por ele ou por representante legal. Finalmente, vale a pena evidenciar que termos como “assassino” ou verbos como “matou” deveriam ser evitados³², não cabendo num contexto respeitoso, onde deve

32 ALERTA RONDÔNIA, 2017 e NEWS RONDÔNIA, 2017 se utilizaram desses termos em suas publicações acerca do ocorrido.

imperar o princípio da presunção de inocência; em resumo, torna-se essencial o cuidado com o termos utilizados. Sobre isso, Bruna Eitelwein Leite (LEITE, 2011) expressa que o exercício do direito à imprensa *per si*, sem controle, gera o desrespeito à presunção de inocência.

O sociólogo Zygmunt Bauman (1925) entender ser de extrema importância o papel da imagem para a formação social do indivíduo — seja ela a imagem física, a imaginada pelos outros sobre si e a aquela pensada sobre si mesma. Trabalhando sua aceitação pessoal entre seu grupo de convívio. A identidade, compreendida também pela imagem, deixou de ser uma atribuição social e passou a ser uma conquista do ser (BAUMAN, 1998 apud MADERS in GIMENEZ; LYRA (Org.), 2016).

Assim como há filósofos, da antiguidade, que podem lançar luz sobre o tema, aludindo ao tratamento que o Estado pode dar a esse conflito de direitos. Aristóteles e Platão “havia identificado no ‘meio caminho’, no ‘nada em excesso’ e na ‘justa medida’ a regra suprema do agir” (REALE, 1990). Sob esse prisma, verificar-se-ia o anseio existente pela população, com seu nível de compreensão acerca do tema, em buscar o equilíbrio e trabalhar da melhor forma a questão.

Conclusão

Partindo do que fora estudado, alguns pontos podem ser observados para uma melhor compreensão do tema. Por um lado, limitar a ação da imprensa constitui-se um erro, haja vista que a sociedade necessita de sua ação para manter-se saudável. Por outro lado, deixar que sua atividade seja exercida sem controle é o ponto inicial para que deixe de informar e passe a tornar o cidadão seu refém.

Igualmente, superproteger a imagem do cidadão acaba por gerar uma sociedade instável. Onde a mínima menção à fisionomia do outro, a exemplo, pode vir a gerar um desafeto e futura reclamação contra o Estado em face do suposto agressor. No entanto, permitir que a imagem seja lesada é lesar o que a modernidade líquida mais se apegar. Conforme já dito, é necessária a defesa da imagem como sua conquista, algo construído voluntariamente a partir de suas ações, componente da identidade social do indivíduo.

Do supracitado, interessante que se retome aos conhecimentos gregos clássicos, muito utilizados por Platão e Aristóteles, como o do justo meio. Procurando sempre não exceder, nem para muito e nem para pouco, quando se trata da defesa da imagem e da liberdade de imprensa. Esses filósofos já tinham encontrado na justa medida o parâmetro ideal para o agir.

Quando da defesa dos direitos fundamentais do ser humano, são oportunas as palavras de Martin Luther King Jr., dizendo que “nossas vidas começam a terminar no dia em que permanecemos em silêncio sobre as coisas que importam”. Em seu trabalho, lutava pela aceitação da cultura afro-americana. Ainda que não tenha seguido o mesmo caminho desta pesquisa, teve igualmente o escopo de exaltar o quão importante é a defesa, no seio social, dos direitos individuais e de personalidade.

Referências

ALERTA RONDÔNIA. *Assassino de artista de rua se entrega em Ji-Paraná*.

Notícia publicada em 18 abr. 2017. Disponível em: < http://www.alertarondonia.com.br/rondonia/id-569844/assassino_de_artista_de_rua_se_entrega_em_ji_parana>. Acesso em: 23 jun. de 2018.

ANDRADE, Christiano José de. *A hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BAUMAN. Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 15 reimp. Portugal: Almedina, 1941 (Manuais universitários).

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. Ed. Ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CICCO, Cláudio de. *Fundamentos jusnaturalistas do direito da personalidade*. O Estado de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- COMANDO 190. “CASO MATIA”: delegado pede ajuda para encontrar principal suspeito da morte de artista de rua. Notícia publicada em 09 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.comando190.com.br/mobile-noticias-det.php?cod=6360>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- DIAS, Tatiana. *7 dados que mostram como está a educação brasileira hoje*. Publicado em: 04 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/04/04/7-dados-que-mostram-como-está-a-educacao-brasileira-hoje>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A evolução do constitucionalismo na visão da sociedade multicultural. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet.; LYRA, José Francisco Dias da Costa. (Org.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito: tomo 7*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- HAHN, Noli Bernardo. Um direito com sabor de injustiças e humilhações: um ensaio relacionando hermenêutica de gênero e direitos humanos. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet.; LYRA, José Francisco Dias da Costa. (Org.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito: tomo 7*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016.
- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.
- LEITE, Bruna Eitelwein. *A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no tribunal do júri*. TCC (Trabalho de Conclusão de Curso).

Faculdade de Direito, Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2011.

MADERS, Angelita Maria; WEBER, Ana Laura. Identidade(s): uma reflexão diacrônica acerca de suas diversas concepções. *In*: GIMENEZ, Charlise Paula Colet.; LYRA, José Francisco Dias da Costa. (Org.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito: tomo 7*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2016.

MERELES, Carla. *Liberdade de expressão e Liberdade de imprensa: quais as diferenças?* Publicado em: 24 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/liberdade-de-expressao-liberdade-de-imprensa/>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

MESTRES DA HISTÓRIA. *Racionais mc's, O homem na estrada*. Publicado em 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://mestresdahistoria.blogspot.com/2009/08/anarchy-in-u.html>>. Acesso em: 03 de jul. 2018.

NEWS RONDÔNIA. *Jovem que matou o artista de rua “Matia” se apresenta na delegacia de polícia, em Ji-Paraná*. Notícia publicada em 18 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.newsrondonia.com.br/noticias/jovem+que+matou+o+artista+de+rua+matia+se+apresenta+na+delegacia+de+policia+em+ji+parana+video/90435>>. Acesso em: 24 jun. 18.

PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da Filosofia I: Antiguidade e Idade Média*. São Paulo: Paulus, 1990.

TJ-RO. *Apelação*, Processo nº 0008633-45.2013.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Isaias Fonseca Moraes, Data de julgamento: 05/04/2018a. Disponível em: <<http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

- _____. *Apelação*, Processo nº 0000309-39.2013.822.0014, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Data de julgamento: 22/03/2018b. Disponível em: < <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>>. Acesso em 15 jun. 2018.
- _____. *Apelação*, Processo nº 0007978-56.2011.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Kiyochi Mori, Data de julgamento: 24/08/2017a. Disponível em: <<http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>>. Acesso em 14 jun. 2018.
- _____. *Apelação*, Processo nº 0016726-43.2012.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Isaias Fonseca Moraes, Data de julgamento: 20/07/2017b. Disponível em: < <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=4>>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- _____. *Apelação*, Processo nº 0013194-90.2014.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 20/07/2017c. disponível em: < <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=4>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- _____. *Apelação*, Processo nº 0007693-89.2013.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 29/06/2017d. Disponível em: < <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=4>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

DA DESCONSIDERAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO E O RISCO DA BANALIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Simone Alvarez Lima

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo trazer a discussão sobre algo que tem acontecido no âmbito do Poder Judiciário: a banalização da união estável e a desconsideração do contrato de namoro como violação à autonomia da vontade.

No primeiro item, é apresentada uma linha do tempo da recepção da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, que de um patamar de não proteção às famílias não oriundas do casamento, passou para outro, o qual reconhece que famílias podem surgir de novos arranjos familiares e que a ausência da formalidade do casamento não impede o surgimento de direitos sucessórios e patrimoniais.

No segundo item, o enfoque é a diferenciação entre namoro e união estável, uma linha cada vez mais tênue, o que tem levado ao ativismo judicial que tem considerado como união estável namoros relativamente curtos e determinando a aplicação do regime da comunhão parcial de bens no fim destes relacionamentos.

Por fim, o terceiro item se destina a mostrar como o contrato de namoro tem sido visto pelo Poder Judiciário e traz a sugestão àqueles que desejam não ter seus bens partilhados em uma união não oriunda do ca-

samento, que é aceitar que vive em união estável e se valer do art.1.725 do Código Civil que permite a utilização do contrato de união estável com separação de bens.

Trata-se de um artigo relevante tendo em vista que a falsa segurança que o contrato de namoro traz para o casal tem levado a resultados surpreendentes na seara jurisdicional, pois, como tem sido desconsiderado pelas varas de família, o patrimônio tem sido partilhado, algo que seria evitado se o casal soubesse que a melhor forma de proteção patrimonial é o contrato de união estável.

1-Da recepção da união estável no ordenamento jurídico e a evolução do namoro

A união estável foi um instituto jurídico criado para evitar a seguinte distorção: pessoas que viviam como se casadas fossem, por não terem formalizado o casamento, muitas vezes se viam sem direito algum, inclusive, sucessório, no caso de dissolução da relação.

Diversas injustiças ocorreram até o advento da união estável, sendo comum, a sociedade da época do Código Civil de 1916 chamar de concubinos pessoas que, na realidade, eram companheiras.

Em 29 de dezembro de 1994, adveio a Lei nº 8.971, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão em apenas cinco artigos e seu art. 1º mencionava o prazo mínimo de cinco anos para a configuração de união estável, a menos que houvesse filhos oriundos dessa relação, quando, então, o lapso temporal poderia ser menor. Objetivamente, era necessário que as pessoas fossem solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas.

Em 10 de maio de 1996, foi publicada a Lei nº 9.278 para regular o art. 226, §3º da Constituição Federal, a qual, revogou, parcialmente, a Lei nº 8.971 ao estabelecer, em seu art. 1º que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” Perceba que não há mais menção ao período mínimo de cinco anos.

Esta lei estabeleceu direitos e deveres entre companheiros, tratou de aspectos patrimoniais, inclusive, considerou que bens móveis e imóveis adquiridos durante a união são considerados frutos do trabalho comum,

logo, pertencem a ambos em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Além disso, o art. 7º previa o direito a alimentos no caso de rescisão da união estável, a título de assistência material.

Em 2002, o Novo Código Civil recepcionou a união estável, que se encontra no art. 1.723, cujos requisitos são: convivência pública, contínua e duradoura com objetivo de constituição de família. Em outras palavras, praticamente repetiu os requisitos da Lei nº 9.278/96. Santos traz uma explicação a respeito destes requisitos:

entende-se como convivência pública¹ o meio social que os companheiros(as) convivam, eles devem ser reconhecidos como tal; contínua, não pode se tratar de um relacionamento efêmero, mas veja bem, em nenhum momento se esta atribuindo qualquer lapso temporal como marco inicial do relacionamento; duradoura, não pode ter um intervalo longo na relação, ou seja, aquele término ou tempo na relação, pode até ocorrer, mas deverá ser curto e o mais importante, devem ter o ânimo de constituírem família. É aquela situação em que se forem questionados, ambos demonstram uma vontade de viverem juntos, terem filhos, enfim, construírem uma vida em comum. (SANTOS, 2018, p. 19)

Venosa (2007, p. 387) distingue união estável do concubinato, pois este se refere às “relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar.” Neste tipo de situação, não se deve considerar as pessoas envolvidas como companheiras, afinal, em regra, amantes não têm convivência pública.

A jurisprudência caminhou no sentido de erradicar, paulatinamente, injustiças decorrentes de preconceito ou de discriminação em geral, permitindo a existência de união estável homafetiva e o reconhecimento do companheiro à meação dos bens adquiridos onerosamente durante o relacionamento; a extinção da indenização por serviços domésticos prestados com o fim da união estável e o direito real de habitação para o companheiro, o qual era, de acordo com o art. 1.831 do Código Civil, exclusivo do cônjuge.

A união estável mostra o quanto a família mudou, indo além da oriunda do casamento entre homem e mulher. Soares (1999, p. 44) explica que

a criação deste instituto se deu pelo desinteresse pelo casamento, o qual “gerou uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constituídas e reguladas, legislativamente, as uniões livres entre homem e mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção da prole resultante.”

Não dá para comparar o namoro nos moldes atuais de como era na época do Código Civil de 2016 e, nem mesmo, nos anos 90. Segundo Tessari (2005), “o namoro da atualidade é mais aberto, as pessoas dormem juntas, viajam juntas, conversam muito e este convívio propicia um conhecimento mútuo muito mais profundo.”

A lei não traz requisitos legais para caracterizar o namoro, eis que se trata de um instituto com caracterizadores meramente morais, conforme os costumes da época e do lugar. Sérgio (2019) traz uma linha do tempo, que, em síntese, explica que o namoro, no século XIX era marcado por juras de amor, mas nem sempre alcançável, e quando o era, os encontros ocorriam na presença da família e não havia privacidade. Após a II Guerra Mundial, por causa das conquistas femininas, surgiu o namoro de portão, com horário pré-determinado e vigilância familiar.

Até os anos oitenta, ainda era comum conversas que estimulavam a mulher a manter-se virgem até o casamento e muitas relações sexuais ocorriam às escondidas de modo que, quando a mulher aparecia grávida, havia um choque para a família.

Perceba o quão diferente foi se tornando o namoro com o passar dos anos, de modo que, de acordo com a legislação vigente, raros são os namoros que não são potenciais uniões estáveis.

O advento da Lei nº 9.278/96 e a manutenção da ausência de prazo no Código Civil de 2002 teve como consequência dificultar a percepção da diferença entre o simples namoro e a união estável, deixando a conclusão do magistrado na dependência da avaliação de critérios subjetivos do caso concreto.

A falta de lapso temporal, uma vez que a exigência era apenas que a união fosse pública e contínua, permite que qualquer relação possa ser considerada união estável, implicando divisão de bens no caso de dissolução, o que, dependendo do caso, é uma afronta à autonomia da vontade. A fim de evitar que um namoro se torne uma união estável casais se valem do chamado contrato de namoro, o qual suscita divergências a respeito de sua validade.

2-Da questionada validade do contrato de namoro na vigência de união estável

Em síntese, namorados vivem uma relação de afeto, provisória e descontínua, muitas vezes, com términos e reconciliações, que não gera efeitos jurídicos. Para Delazeri (2018), o “contrato de namoro visa assegurar aos integrantes da relação a garantia de que o patrimônio individual é incomunicável e não será partilhado na ocasião do término da relação justamente porque o casal não convive em união estável.” Difere do contrato de união estável ou de convivência porque este serve para formalizar esta relação mais íntima entre as partes, em especial, a escolha do regime de bens.

Na ausência de contrato de união estável, o regime automático será o da comunhão parcial de bens, e, neste caso, o fim do relacionamento levará ao casal a partilhar todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Neste sentido, o art. 1.725 dispõe que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

O contrato de namoro na vigência da união estável pode ser considerado nulo pois neste caso, há quem alegue a impossibilidade jurídica do objeto e que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, afastar os direitos oriundos da união estável não estaria em conformidade com o espírito constitucional, tendo em vista que “a sociedade não deve se reger apenas por interesses econômicos e patrimonialistas, mas deve fundar-se em princípios morais e afetivos que há muito restam esquecidos”. (PEREIRA, 2010)

Contrato é um acordo entre duas ou mais vontades que criam, modificam ou extingam relações patrimoniais e um dos principais princípios que o rege é o da autonomia da vontade, o qual se refere ao fato de a pessoa ser livre para contratar e para estabelecer o conteúdo do contrato.

Gonçalves (2013, p. 41) ensina que o princípio da autonomia da vontade “se alicerça na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

O próprio Código Civil permite que o regime da comunhão parcial de bens que rege a união estável seja modificado de acordo com a auto-

nomia da vontade (contrato). Analogicamente ao casamento, a existência do pacto antenupcial (arts. 1.653 a 1.657 do Código Civil) permite aos futuros cônjuges escolherem o regime que desejam e nada mudará a escolha caso ambos não queiram, assim, se o casal desejar, pode escolher e permanecer no regime da separação de bens até que o casamento se dissolva.

No namoro não há obrigação de assistência. Eventuais pagamentos de contas não devem ser considerados obrigatórios, mas uma liberalidade feita em nome de um sentimento. Neste diapasão, foi criado o conceito de namoro qualificado, o qual se assemelha à união estável.

Ainda que seja duradouro, com habituais relações sexuais, e dele, acidentalmente e sem planejamento produza um filho, não poderá ser caracterizado união estável. No liame do afeto, a mulher pode estar mais comprometida com o amor do que o homem, e assim ela entende que o amor é o vínculo suficiente para caracterizar tal relacionamento afetivo com seu namorado, como uma família. (SÉRGIO, 2019)

Quem defende a nulidade do contrato do namoro o faz com base no fato de que há a renúncia a direitos pessoais, como alimentos, fraude à lei imperativa (art. 166, VI), tendo em vista que normas de Direito de Família possuem caráter cogente. Ora, namoro não constitui entidade familiar e não há na lei nada que torne o contrato de namoro proibido, principalmente se este for elaborado no início do relacionamento.

O receio de contrair efeitos do regime patrimonial de comunhão parcial de bens, celebra-se o contrato de namoro, entretanto, diferentemente do casamento que decorre de um fato jurídico público, a união estável é um ato fato jurídico que, a princípio, independe da vontade das pessoas. Os efeitos patrimoniais podem ser afastados pela via do contrato de namoro, entretanto os pessoais e indisponíveis, por força de lei, não, ainda que isso possa gerar questionamentos quanto a uma possível afronta ao art. 5º, X da Constituição Federal alçou ao patamar de direito fundamental a inviolabilidade da vida privada.

De acordo com o art. 1.687 do Código Civil, “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sobre a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

Tendo em vista o fato do art. 1.725 não dar nome ao contrato a ser elaborado para afastar o regime da comunhão parcial de bens, o contrato de namoro deveria ter sua validade confirmada apesar de, na verdade, ser um contrato de união estável, o qual é permitido por este dispositivo legal, já que, se o que importa é a situação de fato, o nome dado ao contrato não deveria influenciar na sua validade. O exercício da escolha do regime de bens tanto no contrato de namoro quanto no de união estável é fruto de uma autonomia da vontade permitida pelo ordenamento civil brasileiro.

Lima (2019) ensina que no contrato de namoro é possível optar pela separação total de bens, guarda compartilhada de animais de estimação, em caso de separação; indenização em caso de traição, direito ou não a herança em caso de morte, regulação de bens adquiridos conjuntamente.

Borges (2007, p. 48) reforça que a autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado e se materializa pela via dos negócios jurídicos. Contratos são instrumentos que o direito põe à disposição dos particulares para servirem de base aos seus interesses em seus relacionamentos.

Dias (2011, p. 178) explica que o contrato de namoro visa evitar a comunicação entre bens presentes e futuros e assegurar a ausência de comprometimento recíproco. Veloso, um dos defensores do contrato de namoro entende que mesmo que um casal tenha uma vida em comum, durmam na casa um do outro, podem ambos ou um deles não querer constituir família, logo, o contrato seria possível

Para ressalva de direitos e para tornar a situação bem clara, definida e segura, prevenindo pretensões incabíveis, em que declarem expressamente que o relacionamento deles esgota-se em si próprio, representando um simples namoro e não se acham ligados por qualquer outro objetivo, especialmente de constituir uma família, obrigando-se a nada reclamar, a qualquer título que seja, um do outro, se o namoro vier a se extinguir. (VELOSO apud FARIAS; ROSEENVALD, 2012, p. 382)

O contrato de namoro deve possuir validade jurídica, entretanto, o erro que muitos casais cometem é fazê-lo quando, na realidade, já há uma união estável configurada, pois, neste caso, não será considerado pelo Po-

der Judiciário, pois a união estável é uma situação de fato e não será um contrato que irá elidi-la. O contrato de namoro antecede a formalização de união estável.

Mencionar o art. 1.725 como fundamento deste contrato é um tanto arriscado, pois, na realidade, este artigo menciona a criação de contrato em caso de união estável já configurada, pois ele prevê a escolha de regime de bens em caso de união estável, enquanto que o contrato de namoro estaria amparado na autonomia da vontade que permite às partes celebrarem contratos atípicos, inominados, que devem ser interpretados de acordo com os princípios gerais da teoria dos contratos, dentre os quais, a boa-fé.

Quem menciona que as pessoas podem celebrar contratos atípicos é o próprio Código Civil, em seu art. 425, ainda que seja necessário que o contrato atenda aos limites da função social (art. 421), entretanto, quando as partes mentem no contrato que não desejam constituir família e nem que o relacionamento é estável, estará incorrendo no art. 422, que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.” Declarações mentirosas podem eivar o contrato de nulidade.

Assim, é necessário verificar como o Poder Judiciário tem julgado casos relacionados ao contrato de namoro e a união estável, objeto do último item do presente artigo.

3-União estável e contrato de namoro no Poder Judiciário

O fato da legislação não trazer um lapso temporal para que uma união seja considerada estável faz com que demandas de todo gênero relacionada a namoro sejam objeto de processos perante o Poder Judiciário.

Em 28 de junho de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível nº 1025481-13.2015.8.26.0554) não reconheceu um contrato de namoro. Tratava-se de um relacionamento que durou quinze anos mas que ao requerer a dissolução do contrato de namoro, o juiz alegou a impossibilidade jurídica do pedido, decorrente “da ausência de previsão legal que reconheça o denominado “contrato de namoro”. Uma leitura apressada da jurisprudência não se atentaria para o seguinte detalhe: tratava-se de um contrato verbal. E até mesmo ao mencionar o

desejo de evitar união patrimonial, o art. 1.725 do Código Civil exige a forma expressa.

Neste caso, o Relator Berreta da Silveira não desconsiderou o contrato de namoro porque não havia contrato escrito, entretanto, ao mencionar a impossibilidade jurídica do pedido por não estar expresso na lei, ele desconsiderou que o próprio Código Civil permite a realização de uma infinidade de contratos atípicos.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não se verifica tendência à banalização da união estável, pois o *affectio maritalis* tem sido exigido para a caracterização, já que a mera publicidade e estabilidade não traz evidente caráter familiar (Apelação Cível nº 70081056988). Ora, se publicidade e estabilidade não são características garantidoras da união estável se não houver *affectio maritalis* e um contrato de namoro que, expressamente, mencione que não há desejo de constituir família, não estaria ele apto a ser válido? Isso deveria ser levado em consideração pelos que argumentam contra a validade deste tipo de contrato.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa pelo termo contrato de namoro retorna com o resultado no qual contém 1 acórdão e 107 decisões monocráticas.

No acórdão proferido em 2017, ficou estabelecido no acórdão que a união estável se trata de estado de fato e, por isso, demanda para a sua configuração a reiteração do comportamento do casal, que se revele, ao mesmo tempo, a comunhão integral e irrestrita de vidas e esforços, de modo público e de lapso significativo de tempo. “Não é qualquer relação amorosa que caracteriza união estável. Mesmo e pública e duradoura e celebrada em contrato escrito, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento subjetivo fundamental consistente no desejo de constituir família. Neste passo, afastada a configuração de união estável, no caso concreto, reconhece-se como transação particular de direitos disponíveis o acordo firmado entre as partes e apresentação para homologação.”

Em agosto de 2019, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve a oportunidade de se manifestar no caso em que uma mulher, após dois meses de namoro e com apenas duas semanas morando na mesma casa, pleiteava o reconhecimento de união estável para fins sucessórios.

Na instância inferior, a mulher teve seu pedido julgado procedente, mesmo com um lapso temporal tão pequeno (em torno de sessenta dias de relacionamento) e, inconformado, o filho do falecido interpôs recurso especial para reverter a decisão.

Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão destacou o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de determinadas características, que devem ser cumulativas, para a configuração de união estável, tais como estabilidade, publicidade, continuidade, objetivo de constituição de família.

Alguns elementos acidentais também são considerados como a existência de filhos, construção patrimonial em comum, lealdade e coabitação. Ressalta-se que, de acordo com a Súmula 382 do STF, “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório* não é indispensável à caracterização da união estável.” Mas para o Ministro, apesar de não existir tempo mínimo de convivência para a união estável, é necessária a estabilidade da relação e o mero intento de constituir família não basta para concretizar a união de fato.

No âmbito do STF, firmou-se o entendimento que a caracterização da união estável fica ao arbítrio do juiz, pois em 2015 mencionou que o relacionamento não precisa ser duradouro para caracterizar união estável, mesmo que o tempo decorrido tenha sido de 5 anos, pois o Código Civil de 2002 não resgatou este lapso temporal que foi revogado pela Lei nº 9.278/96, até porque durabilidade não se relaciona com estabilidade. No julgamento do Resp 14546, o Supremo aplicou a tese do namoro qualificado para designar o relacionamento amoroso duradouro sem o interesse imediato de constituir família, quando está provado que não existe desejo, por pelo menos um dos envolvidos, a inequívoca vontade de formar família no momento presente, mas, quem sabe, no futuro. (Sérgio, 2019)

Delgado alerta que a concessão direta, sem uma análise caso a caso, a compulsoriedade da nulidade de contratos de namoro acaba acarretando um “casamento forçado”. Nas palavras do autor,

não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e au-

toritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado”. (DELGADO, 2018)

Por fim, vale ressaltar que o art. 23 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, prevê o princípio da liberdade do casamento: “o casamento não pode celebrar-se sem o livre e pleno consentimento dos futuros cônjuges.” E essa liberdade antecede à celebração, quando, de acordo com Delgado (2018), “se manifesta, inicialmente, na fase antecedente à celebração, quando se afasta qualquer força obrigatória às convenções pré-nupciais e às promessas de casamento.”

O fim do desejo de se casar não pode gerar obrigação de casar e, a partir do momento em que se regulamenta um relacionamento constituído para ser uma união livre e não oficial, estar-se-ia alterando sua natureza jurídica liberal. Complementarmente, Dias (2002, p. 307) vê a exaustiva regulamentação da união estável como um dirigismo estatal inconveniente, pois dado o caráter privado do namoro, é questionável a sua publicização, passando o Estado a regular os vínculos que buscam respaldo legal e também os que não desejam a interferência.

CONCLUSÃO

O advento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro foi muito importante para a solução de casos que eram solucionados, muitas vezes, de forma injusta e incondizente com a realidade, acarretando situações de não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, de não divisão de bens ou não obtenção de herança pela mulher ou homem que viveu com alguém durante anos, mas que, por um deles ser apenas separado de fato, era considerado concubino.

Muitas vezes o casal homoafetivo era mais unido do que um deles com sua família ou, a esposa (marido) do separado (a) de fato nem tinha mais contato com este, mas sua existência impedia que a (o) verdadeira (o) companheiro (a) nem mesmo poderia permanecer na casa onde vivia com a pessoa falecida. O direito não poderia mais coadunar

com essas injustiças ou continuar engessado, não acompanhando a realidade social.

Por outro lado, é necessário ponderar, pois uma coisa é o reconhecimento de uma união de acordo com os requisitos legais, outra coisa é, a lei civil permitir a utilização do contrato de namoro para reger questões patrimoniais e a jurisprudência entender que este não tem valor, pois o que importa é a realidade.

Se o Código Civil permite ao exercício da autonomia da vontade para o controle dos efeitos patrimoniais da união estável, ao desconsiderar o contrato, o Tribunal de Justiça está agindo *contra legem*, ou, pior, garantindo mais direitos do que o próprio casamento, uma vez que ao se casarem, as pessoas podem escolher o regime de bens e nada alterará essa escolha. Por que seria diferente em sede de contrato de namoro nas uniões estáveis? Isso é um desrespeito ao princípio da autonomia da vontade em matéria contratual, o qual pode ser limitado por questões de ordem pública ou da função social, mas se estes não são questionados quando um casal decide se casar pelo regime da separação voluntária de bens, não poderia também o ser para as uniões estáveis.

É necessário considerar que a maioria das pessoas brasileiras não têm acesso a informações jurídicas e a falta de informação a respeito do contrato, seja de namoro, seja de união estável, estaria jogando pessoas mais humildes a uma situação equivalente a um casamento forçado. Não se questiona que efeitos pessoais devam ser mantidos, já que normas de Direito de Família são imperativas, mas é necessário que o Poder Judiciário seja prudente ao avaliar a aplicação do regime da comunhão parcial de bens a uniões que apesar de duradouras, não necessariamente são estáveis ou com desejo de constituir família.

O Poder Judiciário está prestando um desserviço para a sociedade quando ignora um contrato de namoro elaborado entre ambas as partes, uma vez que ou estimula casamentos compulsórios no regime da separação de bens a fim de resguardar os seus bens que porventura venham a ser adquiridos, separações entre namorados ou relacionamentos insatisfatórios, em que uma das partes ou ambas cuidam para que a convivência não seja pública ou sentem necessidade de, a todo momento, mostrar que não desejam constituir família, ainda que o desejo.

REFERÊNCIAS

- CONJUR. **Morar Juntos duas semanas não configura união estável.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/morar-junto-duas-semanas-nao-configura-uniao-estavel-stj>. Acesso em 11 de agosto de 2019.
- DELAZERI, Eylen. **As diferenças entre contrato de namoro e contrato de união estável.** Disponível em: <https://www.jobimadvogados.com.br/as-diferencas-entre-contrato-de-namoro-e-contrato-de-uniao-estavel/>. Acesso em 18 de agosto de 2019.
- DELGADO, Mario Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/25/paradoxo-uniao-estavel-casamento-forcado/>. Acesso em 18 de agosto de 2019.
- DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Guilherme Augusto Benfica Fiuza. **Contrato de namoro: saiba a diferença entre a união estável e resgarde seu relacionamento.** Disponível em: <http://www.jornalpopulacional.com.br/noticia/9588-contrato-de-namoro-saiba-a-diferenca-entre-a-uniao-estavel-e-resgarde-seu-relacionamento.html> . Acesso em 18 de agosto de 2019.
- PEREIRA, Fernanda Zanella. Um contrato de namoro pode ser considerado um negócio jurídico válido? 2010. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/contrato-namoro-ser-considerado-negocio-juridico-valido/22>. Acesso em 18 de agosto de 2019.
- SANTOS, Leonardo Goulart dos. Distinguindo os institutos da convivência, namoro e união estável, numa perspectiva de relacionamentos afetivos. **Repensando o direito.** Ano 8, nº 15. Jan./jul. 2018.

SÉRGIO, Caroline Ribas. **O contrato de namoro e suas implicações no âmbito jurídico**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10965/O-contrato-de-namoro-e-suas-implicacoes-no-ambito-juridico>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Recurso Especial 1558015/PR. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 12 de setembro de 2017.

TESSARI, Olga Inês. **Namoro atual: Entrevista concedida para o Jornal Rudge Ramos**. 2005. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

VELOSO, Zeno. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEENVALLD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Jus Podivn, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2007.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Alessandra Guterres Deifeld

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma contextualização histórica da propriedade para, a partir da averiguação dos principais acontecimentos que impulsionaram sua evolução jurídico-social, compreender como esse instituto está inserido no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito cível e constitucional.

Neste sentido, foram abordados os principais marcos histórico-evolutivo da propriedade sob a ótica de diversas culturas e regimes econômico-político-sociais.

O método de abordagem utilizado neste artigo foi o dedutivo e, como método de procedimento, optou-se pelo monográfico.

1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE NA HISTÓRIA

Inicialmente, cumpre ressaltar que a propriedade pode referir-se a bens móveis e imóveis, contudo, esse artigo abrange somente a propriedade imóvel.

Isto posto, o doutrinador Silva³³ traz o seguinte conceito de propriedade:

33 SILVA, De Plácido e. *Vocabulo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 3. p. 1120.

Do latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio) genericamente designa a qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente. Na Linguagem jurídica, em sentido comum, propriedade, sem fugir ao sentido originário, é a condição em que se encontra a coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo a determinada pessoa. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa, atribuída à pessoa. Nesta razão é que, extensivamente, aplica-se mesmo propriedade para designar a própria coisa, ou o bem que pertence exclusivamente a alguém. Mas, conceituada como instituição jurídica, é compreendida como o próprio direito exclusivo ou o poder absoluto e exclusivo, que, em caráter permanente, se tem sobre a coisa que nos pertence. (SILVA, 1987)

Já a doutrinadora Bessone³⁴, afirma que “a propriedade é um dos instintos primeiros do homem e dos seres em geral que, num primeiro momento, levados por necessidades biológicas, buscaram apropriar-se de coisas que lhes garantissem a subsistência, de modo natural” (BESSONE, 2003).

Não obstante, Tartuce³⁵ faz a seguinte elucidação sobre o conceito de propriedade:

[...] a propriedade é um direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional. (TARTUCE, 2014)

Logo, o que se percebe é que a importância da limitação conceitual de propriedade se evidencia principalmente no momento em que se verifica

34 BESSONE, Darcy. In: MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2003. p. 28.

35 TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. v. 4. p. 104.

a existência de conflitos que decorrem e envolvem o senhorio da terra, sem tais conflitos, a propriedade não seria rondada por tantas discussões jurídicas, sequer sendo objeto de previsão legal ou possuindo tamanha importância desde os primórdios da civilização como aqui se vislumbrará.

Dado o exposto e a existência de litígios, no decorrer da história, versando sobre a propriedade, no constante ao ordenamento jurídico brasileiro atual, a propriedade é o direito real mais abrangente por proporcionar ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, além do direito de reavê-la de quem injustamente a possui ou detenha, conforme elucidado no artigo 1.228, do Código Civil Brasileiro – CC/2002³⁶.

Por fim, tem-se por propriedade tudo aquilo que pertence a alguém, ou ainda, possui senhorio. Sendo um patrimônio primeiramente de caráter individual e subsidiariamente coletivo, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho, cuja principal relevância jurídica se dá ante a existência de litígios que versem sobre a mesma.

Conceituada a propriedade, precisamos contextualizá-la historicamente para que tenhamos uma melhor compreensão de sua evolução fático-jurídica e consigamos interligá-la com o atualmente constante em nosso ordenamento jurídico. Afinal, como doutrina Gazzale³⁷, “é impossível a compreensão do Direito sem uma perspectiva histórica” (GAZZALE, 2009).

Dito isso, de modo geral, vamos estudar a história da terra e como o direito foi cercando-a ao longo do tempo até que se chegasse à construção de propriedade que se tem hoje.

Em contraposto à relação da propriedade verificada em cada período histórico exposto, será demonstrado os reflexos e efeitos que as diferentes épocas exerceram sobre o direito brasileiro, abordando brevemente a forma como essas legislações encorparam ou acompanharam as respectivas mudanças.

36 BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

37 GAZZALE, Gustavo Kratz. Posse e ações possessórias. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

1.1 A constituição da propriedade sob o prisma Grego

Ao retornar à Grécia Antiga, é necessário lembrar da *polis*, as cidades-estados da época, visto que foi a entorno delas que a propriedade passou a ter grande importância, servindo para sua manutenção e como forma de proteção contra a invasão estrangeira.

O doutrinador Fustel³⁸ (FUSTEL, 1864) traz ainda o tripé religião, família e propriedade como base para compreendermos como se dava o “direito de propriedade” na Grécia Antiga e de que forma a propriedade se constituía.

Tanto na Grécia quanto em Roma a crença na imortalidade desempenha um papel fundamental envolvendo o pilar da religião, visto que a morte era uma mudança de vida e não o fim da existência e que esses povos viam os mortos como um deus.

Foi a partir dessa crença que se originou a sepultura e o hábito de fixar morada para aqueles que já partiram, sendo que as sepulturas deveriam localizar-se dentro do terreno de cada família e todos os membros daquela família deveriam ser enterrados no mesmo local.

Cada família deveria realizar seus cultos aos seus deuses (ancestrais) de forma particular, não podendo partilhar seus cultos e deuses com os das demais famílias. Logo, a propriedade começa a ter forma na medida em que cada deus cultuado no altar ou lar, passava a tomar posse do solo e deveria ser cultuado de forma exclusiva por seus familiares mais próximos, sendo que as adorações de cada família deveriam ser isoladas e individualizadas. Assim a propriedade foi se delimitando, em respeito aos cultos, cada um tinha a sua porção de terra privativa.

Vislumbra-se, portanto, que na Grécia Antiga a propriedade advinha da religião e não da lei, sendo assegurada pelos deuses-lares, o que, por óbvio, impossibilitava a vida em comunidade, já que cada lar deveria ser individualizado.

Assim sendo, é possível visualizar que o tripé religião, família e propriedade estava tão enraizado nessa cultura que nenhuma família podia renunciar sua terra sem antes abdicar de seus credos.

38 COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal. São Paulo: Martin Claret, 1864. (Série Ouro). p. 58.

Por fim, resumidamente pode-se concluir que por conta da religião, as propriedades eram individualizadas e pertenciam às famílias, contudo, todo o fruto colhido dessas terras era, de certa forma, coletivo. Interessante notar que desde essa época a religião já influenciava diretamente na definição e disposição da propriedade, fato que perdurou por várias gerações e em diversos povos, conforme se verá no decorrer deste artigo. Contudo, na Grécia Antiga ainda não se tinha a ideia de propriedade privada/individual, estando a terra ligada única e exclusivamente com a religião.

1.2 A influência romana exercida sob a propriedade

Nas primícias da civilização romana os homens viviam em tribos e a terra cultivada pertencia à tribo, tendo a propriedade um caráter coletivo por conta da agricultura.

Com o passar do tempo, a propriedade passou a pertencer às famílias e não mais às tribos, perdendo assim o seu caráter coletivo e adquirindo um caráter individual e absolutista, na medida que proporcionava prestígio ao proprietário, e que esse poderia ter a quantidade de terra que tivesse herdado e fazer o que bem entendesse com ela, ou seja, tinha o livre arbítrio de tornar ou não sua terra produtiva.³⁹ (BLANC, 2008)

Assim como os gregos, os romanos também foram ensinados, através das religiões domésticas, a apropriar-se das terras e garantir seus direitos sobre elas, mantendo a tradição do culto aos deuses-lares, tendo a terra como um bem inalienável e imprescritível. Fustel⁴⁰ traz uma explicação abrangente sobre esses adjetivos da gleba que configuram a propriedade privada, conforme veremos a seguir:

Ninguém, aliás, tem o direito de desapossá-los do solo que ocupam; entre os antigos, um túmulo não pode jamais ser destruído nem deslocado, o que é proibido pelas mais severas leis. Eis, por conseguinte, uma parte do solo que, em nome da religião, se torna um objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se dessa terra, nela colocando os seus mortos; com isso,

39 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 24.

40 COULANGES, Numa Denis Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma. p. 77.

implantou-se ali para sempre. O membro vivo dessa família pode dizer legitimamente: Essa terra é minha. Tanto isso é verdade que ela é inseparável dele e ele não tem o direito de cedê-la. A terra onde repousam os mortos é inalienável e imprescritível. A lei romana exige que, se uma família vender o campo em que está o túmulo, permaneça proprietária pelo menos desse túmulo e conserve eternamente o direito de atravessar o campo para ir realizar as cerimônias do seu culto. (FUSTEL, 1864)

Outro ponto onde as duas civilizações se assemelham quanto a propriedade, é na obrigatoriedade dos sacrifícios aos deuses sempre que ocorria a venda de um terreno ou de uma casa, toda transferência de propriedade deveria ser autorizada pela religião, essa que exercia uma forte influência sobre as mais diversas relações desses povos.

Entretanto, a contribuição dos romanos não se limita ao mero reconhecimento da propriedade, pois foi a partir deles que surgiram, os conhecidos, até os dias de hoje, atributos do domínio, sendo eles *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*, respectivamente as faculdades de uso do bem para satisfazer suas necessidades, gozo, lhe garantindo direito de fruição e de usufruir, não só da terra, mas também dos frutos que essa possa lhe proporcionar, e disposição, possibilitando ao proprietário utilizar sua terra da forma que preferir, ou mesmo, não a utilizar. Essas faculdades tiveram grande importância não só para Roma, haja vista que influenciaram fortemente a legislação ocidental, perdurando até os dias de hoje.⁴¹ (BLANC, 2008)

Prova de tal perpetuidade são os três adjetivos encorpados à propriedade desde os romanos até a atualidade, inclusive constantes em nossa legislação vigente, sendo eles o caráter absoluto, exclusivo e perpétuo da propriedade, evidenciados pelo poder do proprietário de utilizar-se da terra como quiser, hoje sempre respeitando o princípio da função social da propriedade, ser o único a opor-se contra terceiros em favor de sua terra e por ser a propriedade transmissível, o que faz com que o seu direito sobre a terra não desapareça nem mesmo com a morte.

41 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 23-24.

O Código Civil Brasileiro de 1916 – CC/1916⁴² trazia, em seu artigo 524, explicitamente os direitos de uso, gozo e disposição da coisa exatamente como caracterizado acima, por sua vez, o CC/2002, que atualmente está em vigência, traz tais adjetivos inerentes à propriedade em seu artigo 1.228, demonstrando, mais uma vez, a grande relevância que teve o conceito de propriedade do direito romano para o direito global, considerando sua ascendência nas diversas legislações, inclusive na nossa.

1.3 Ascensão legislativa da propriedade fruto da Revolução Francesa

O ponto chave da Revolução Francesa de 1789 para esse trabalho acadêmico é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴³ que, pela primeira vez na história, traz o direito de propriedade como um direito inviolável, sagrado, inalienável e natural do homem, prevendo ainda a desapropriação da propriedade nos casos de necessidade pública, conforme constante em seu artigo 17, como se verá a seguir:

Art. 17 Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

A Declaração supracitada surgiu em tempos de crescente desigualdade social, onde poucos tinham muito e muitos tinham pouco ou nada, principalmente no que se refere a propriedade de terra. Esse foi o contexto que impulsionou a criação do artigo acima mencionado e passou a garantir, juridicamente, a terra como um direito humano e fundamental de todos.

42 BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL: faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decretou e eu sanciono a seguinte lei: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

43 FILHO, Manoel Ferreira. *Liberdades Públicas*. Trad. Marcus Cláudio Acqua Viva. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. In: *Textos básicos sobre derechos humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973.

Um dos grandes pensadores da época cujos ideais foram de ampla significância para a consolidação do direito de propriedade como direito fundamental, foi Locke⁴⁴, que afirmava:

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele. (LOCKE, 1978)

Ante a tamanhos estímulos jurídico-filosóficos como o supracitado, tal previsão legal se manteve por meio da Constituição Francesa de 1793⁴⁵ e pelo Código Napoleônico de 1804⁴⁶, onde inclusive havia um livro com 1591 artigos destinados aos diferentes modos de aquisição da propriedade que representam um rompimento definitivo entre as limitações existentes ao direito de propriedade no período feudal.

O Código Napoleônico era fruto da revolução francesa e, sendo assim, nele estavam expressos o pensamento liberal e os princípios que foram pilares da mesma e que influenciaram o direito do século XIX como um todo, inclusive o brasileiro.⁴⁷ (SOUZA, 2017)

A Revolução Francesa, marcada pelos ideais da individualidade, representa além do afastamento do direito público, o início de uma era de liberdade de iniciativa que se deu por intermédio da retomada do direito de propriedade. A partir desse marco o Estado intervencionista recuou a fim de dar liberdade aos proprietários.

44 LOCKE, John. A carta acerca da tolerância: Segundo tratado sobre o governo, ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Andar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978. p. 45.

45 FRANÇA. Constituição (1793). Constituição nº 1793, de 21 de junho de 1793. Constitución Francesa de 1793. França, 21 jun. 1793. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

46 FRANÇA. Código Civil nº 1804, de 21 de março de 1804. Code Civil Des Français. Paris, 21 mar. 1804. Disponível em: <https://fr.wikisource.org/wiki/Code_civil_des_Français_1804/Texte_entier>. Acesso em: 03 maio 2017.

47 SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. Revista da emerj, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p.36-51, jan. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

De modo geral, o Código Napoleônico possui uma importância significativa por ser o responsável pelo impulsionamento e fortalecimento da codificação, visto que foi a partir dele que a ideia de codificar a legislação se expandiu por toda a Europa e, por fim, às Américas, afastando-se, dessa forma, do direito natural e inaugurando a era positivista.

Contudo, a importância de tal código não se limita somente a codificação, haja vista que suas definições de propriedade e delimitações ao direito de propriedade foram reproduzidas por inúmeras legislações estrangeiras, inclusive pela brasileira através do CC/1916, que trouxe, no seu Título II, em seus V capítulos, disposições correlatas às do Código Napoleônico, inclusive fazendo menção ao direito de propriedade como um direito sagrado, acessível a todos e evidenciando os poderes relativos ao domínio, pregando e firmando a individualidade romana, como já mencionado.

1.4 A propriedade e sua forma de exercício a partir do Estado Socialista

Como fruto da Revolução Social de 1948, surge na França, com fundamentos nos ideais de Louis Blanc e inspiração na obra “Contrato Social” de Rousseau, o movimento socialista que se espalha e ganha forças por toda a Europa, se concretizando através de seu intérprete Karl Marx na Alemanha e na Itália.⁴⁸ (CICCO, 2007)

O Estado socialista surge então em contraposição ao capitalismo e aos ideais liberais que geriam a economia e a política na época, e que não conseguiam atender as demandas sociais, gerando assim uma grande polaridade de desigualdade social, o que condenava, a maior parte da população a uma vida precária e miserável.⁴⁹ (BLANC, 2008)

É válido ressaltar que um dos fatores que contribuíram para o fortalecimento do socialismo, foram os efeitos da revolução industrial do final do século XVIII e início do século XIX que, como afirma Blanc⁵⁰ (BLANC, 2008) “serviu para aumentar as desigualdades sociais existentes, obrigan-

48 CICCO, Claudio de. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 3. ed. Guarulhos: Saraiva, 2007. p. 196-197.

49 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 30.

50 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 30.

do milhões de trabalhadores às mais desumanas condições de trabalho”. O socialismo vem então como forma de resposta aos efeitos da industrialização, tais como a superexploração da classe trabalhadora, que como já mencionado, aflorava ainda mais a disparidade econômica na sociedade da época, fato que gerava um conflito de classes.

Os principais propulsores do socialismo foram Marx e Engels, que, além de críticos ao capitalismo, foram responsáveis por fundar e conceituar os ideais do socialismo científico, tais como o do capital, mais-valia, lucro e juro, renda fundiária etc.

Marx⁵¹ (MARX, 1998) dizia que o capitalismo era um círculo vicioso e extremamente cerrado para que o burguês permanecesse acumulando riquezas através da exploração do proletário, que por sua vez, estaria condicionado a trabalhar durante toda a sua vida por um salário que lhe garantisse a sobrevivência e gerasse lucro ao burguês, o que caracteriza o princípio da mais-valia. Marx defendia ainda que essa forma de gerir a economia, o capitalismo, colocava o proletariado, que representava a maior parte da população, num contexto onde lhe era impossível adquirir uma propriedade para investir seu trabalho em algo que lhe pertencesse e não o limitasse economicamente.

Na visão de Marx⁵², o capitalismo era uma forma de acumulação primitiva que já havia se perpetuado na sociedade. Em sua obra “O Capital”, ele afirma ainda que:

Essa acumulação primitiva desempenha na economia política um papel análogo ao do pecado original na teologia. Adão mordeu a maçã e, por isso, o pecado contaminou a humanidade inteira. Pretende-se explicar a acumulação por meio de uma história ocorrida em um passado distante. Havia outrora, em tempos muito remotos, duas espécies de gente: uma elite laboriosa, inteligente e sobretudo econômica, e uma população constituída de vadios, trapalhões que gastavam mais do que tinham. [...]. Aconteceu que a elite foi acumulando riquezas, e a população vadia ficou finalmente sem ter outra coisa para

51 MARX, Karl Heinrich. O capital: crítica da economia política. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 824.

52 MARX, Karl Heinrich. O capital: crítica da economia política. p. 827-828.

vender além de sua própria pele. Temos aí o pecado original da economia. Por causa dele, a grande massa é pobre e, apesar de se esfalfar, só tem para vender a própria força de trabalho, enquanto cresce continuamente a riqueza de poucos, embora tenham esses poucos parado de trabalhar há muito tempo [...]. Mas, quando está em jogo a questão da propriedade, torna-se dever sagrado a defesa intransigente da doutrina infantil do abecedário capitalista, como a única legítima para todas as idades e para todos os estágios de desenvolvimento [...]. Desde o início da humanidade, o direito e o trabalho são os únicos meios de enriquecimento, excetuando-se naturalmente o ano corrente. Na realidade, os métodos de acumulação primitiva nada têm de idílicos [...]. O sistema capitalista pressupõe a dissociação entre os trabalhadores e a propriedade dos meios pelos quais realizam o trabalho. Quando a produção capitalista se torna independente, não se limita a manter essa dissociação, mas a reproduz em escala cada vez maior [...]. A chamada acumulação primitiva é apenas o processo histórico que dissocia o trabalhador dos meios de produção. É considerada primitiva porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção capitalista. A estrutura econômica da sociedade capitalista nasceu da estrutura econômica da sociedade feudal. A decomposição desta liberou elementos para a formação daquela. (MARX, 1998)

Quanto à propriedade, pode-se atestar que as grandes contribuições foram, inicialmente o reconhecimento de que a disparidade social, além de crescente, impossibilitava o proletário de adquirir a gleba e laborar sobre ela, considerando que a terra representa, ainda nos dias de hoje, uma condição primária para a execução de qualquer serviço e, que aqueles que não possuem terra, de modo geral, colocam sua força de trabalho à disposição daqueles que à possuem.

Não obstante, outro grande subsídio proporcionado pelo socialismo à propriedade, é a forma de atuação de Estado. Essa que vinha sendo baseada na intervenção mínima na economia e na política e, segundo o socialismo, deveria ser uma atuação intervencionista ou, de intervenção ativa, com o intuito de valorar e atender as demandas sociais, equilibrar a economia e reduzir a desigualdade social.

Nos termos do pensamento marxista a propriedade deveria a ser socializada entre todos, ou seja, toda terra seria coletiva, para que assim o proletariado também tivesse a oportunidade de ter condições de vida mais dignas e adquirir patrimônio, e a burguesia não acumulasse riqueza com base no trabalho alheio. Pode-se dizer que em termos de propriedade, o socialismo seria o recomeço de um novo ciclo. Tudo de todos, todos com as mesmas oportunidades, todos dispendo da sua força laboral, todos crescem ou todos ficam estagnados na mesma linha econômica.

Outro ponto do sistema capitalista questionado pelo socialismo foi justamente o pequeno número de pessoas com muita terra inutilizada ou com a sua capacidade social produtiva não utilizada e, o grande número de pessoas que dependia exclusivamente da sua força de trabalho para a sua subsistência e de seus dependentes, sem qualquer terra para subsidiar ou protagonizar seu rendimento.

Precisamente, o que o socialismo visou, de fato, foi a substituição dos ideais romanos inerentes a propriedade privada, que era individual e absoluta, pelo ideal de propriedade coletiva. Foi a partir do Estado socialista que o direito de propriedade passou a ser limitado e a ideia de função social da propriedade começou a ser questionada e esquematizada.

2 A PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A contextualização que importa para esse artigo se dá a partir do século XX, portanto, será abordada a propriedade no Brasil desse século em diante, haja vista que a partir do respectivo século que as transformações mais relevantes começaram a ocorrer na esfera fático-jurídico-social brasileira.

Isto posto, nesse momento irá se estudar a propriedade na ótica constitucional e subsequentemente, de forma separada, a propriedade sob a ótica cível, a fim de proporcionar uma maior compreensão sobre as evoluções jurídicas enfrentadas pela legislação brasileira em diferentes épocas.

2.1 Propriedade em termos constitucionais

No que tange ao âmbito constitucional, foi somente através da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934⁵³ que se fez

53 BRASIL. Constituição (1934). Constituição nº 1934, de 16 de julho de 1934. Constituição

menção, pela primeira vez na história do direito brasileiro, “à necessidade de a propriedade atender a interesses outros, que não àqueles exclusivos de seu proprietário”⁵⁴ (BLANC, 2008), ou seja, a Constituição de 1934 trouxe de forma sutil uma mera expectativa de rompimento com os ideais individuais trazidos pelo CC/1916 que até então estavam totalmente enraizados na realidade jurídica brasileira.

Ainda no que se refere a Constituição de 1934, a propriedade era abrangida como um direito individual, pertencente a todos, cujo exercício não poderia se dar contra o interesse social ou coletivo, conforme resta demonstrado em seu artigo 113-A, 17.

Portanto, a Constituição supracitada representa um grande avanço para o direito de propriedade brasileiro que se tem hoje, sendo a primeira a referenciar questões de propriedade que não se limitam a supremacia individualista, prezando, de certo modo, pelo interesse social ou coletivo. Contudo, não chegando ainda a dar à propriedade um conceito funcional concreto.

Ribeiro⁵⁵ apresenta ainda que essa Constituição se destaca, mais uma vez, por ser a primeira a permitir a usucapião de um imóvel rural com a finalidade de regularizar o domínio de pequenas propriedades ocupadas e utilizadas para o cultivo, trazendo tal previsão em seu artigo 125.

A relevância da Constituição supramencionada foi tamanha que a partir dela, as seguintes, ou seja, as Constituições de 1937⁵⁶, 1946⁵⁷,

da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

54 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 33.

55 RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião: Volume 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1029.

56 BRASIL. Constituição (1937). Cons nº 37, de 10 de novembro de 1937. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06. ago. 2017.

57 BRASIL. Constituição (1946). Constituição nº 46, de 18 de setembro de 1946. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06. ago. 2017.

1967⁵⁸ e 1969 também referenciaram o interesse social ou coletivo da propriedade, ainda que de forma superficial, tendo servido a primeira Constituição de fundamento preliminar para o entendimento funcional da propriedade que se tem hoje.

Ao longo do século XX, conforme a sociedade foi progredindo, o Direito, esse que se pauta e se forma a partir de situação fáticas, também progrediu. Como explica Blanc⁵⁹:

A evolução da sociedade e, conseqüentemente, do próprio Direito, fez com que a propriedade recebesse tratamento diferenciado, deixando de ser recepcionada legalmente como uma mera relação entre proprietários, passando a ser vista como uma relação entre o proprietário privado e o Poder Público já que é este o responsável pela definição de interesse público. (BLANC, 2008)

Foi justamente essa gradativa quebra de paradigma que propiciou a abordagem da função social da propriedade e, automaticamente uma evolução conceitual da própria propriedade, pela CRFB/88, que representa uma nova era no direito de propriedade por reconhecer a sua importância funcional para a sociedade como um todo, bem como não dá as costas para os grandes latifúndios enraizados no Brasil e a necessidade de que algo seja feito para que essa situação se altere, que se demonstra através da previsão legal da reforma agrária, o que, considerando que o lema da atual Constituição é o afastamento do teórico e a aproximação com a efetividade, é uma forma de, através da propriedade, concretizar a justiça social.

Quanto a atual CRFB/88, no que se refere a propriedade, pode-se compreender, segundo Giordani⁶⁰, que:

58 BRASIL. Constituição (1967). Constituição nº 67, de 24 de janeiro de 1967. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

59 BLANC, Priscila Ferreira. Plano diretor urbano e função social da propriedade. p. 33.

60 GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. In Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 1991. p. 49.

A norma constitucional protege, portanto, o direito de propriedade da arbitrariedade do Poder Público, deixando a cargo da lei ordinária coibir a prática, por parte dos particulares, de atos atentatórios à propriedade, quer sejam de natureza penal quer sejam de natureza civil. (GIORDANI, 1991)

Tal entendimento demonstra o caráter protetivo que a CRFB/88 traz quanto ao direito de propriedade, não só quanto a sua funcionalidade, mas também em face da atuação do Poder Público, delimitando sua arbitrariedade em prol da liberdade de iniciativa do proprietário.

2.2 Propriedade sob a ótica cível

Tratando-se das leis civis, o que se visualiza no CC/1916 é o aspecto absoluto da propriedade, moldado pelo individualismo e absolutismo ainda enraizados na sociedade da época. O que se tinha era um direito de propriedade que favorecia e concedia direitos irrestritos ao proprietário, assemelhando-se muito ao direito romano, como já mencionado, retratando assim as situações historicamente condicionadas e pautadas na burguesia e numa sociedade patriarcal, chegando a ser chamado de “A Constituição do homem privado”⁶¹.

O que se vislumbra, portanto, no âmbito civil, é que a transição do Código anterior para o CC/2002 foi um rompimento com o individualismo e absolutismo que envolvia o conceito fechado de propriedade até então abordado. Tendo em vista que se quebra a ideia da plenitude da propriedade até então defendida, e passa-se a assegurar não somente o direito, como também o dever que envolve o direito de propriedade.

Sendo assim, o Código Civil vigente caminha lado a lado com a Constituição selando, de uma vez por todas, o conceito de propriedade funcional que restringe o proprietário e o uso da propriedade a direitos e deveres, bem como a terra como direito humano à todos.

61 CICCO, Claudio de. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. p. 280-281.

Ainda quanto ao CC/2002, com base no doutrinador Loureiro⁶², o que se verifica é que o conceito de propriedade tomou uma forma diferente do que se tinha legislativamente até o momento, conforme segue:

Como o contrato ou a família, a propriedade é uma realidade. Antes de ser definida, delimitada e protegida pelo Direito, ela já compunha a ordem social. Ainda que os juristas tendam a esquecer, a propriedade não é apenas um conceito jurídico ou uma noção legislativa, doutrinária e jurisprudencial [...]. O direito de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, consistindo no direito de usar, gozar e dispor do bem, como de reavê-lo do poder de quem injustamente o possua ou o detenha (art. 1.228 do CC). Trata-se de um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade monopolística de uma pessoa, apenas limitada pela lei, pelas suas funções sociais ou por atos de vontade [...].

A inovação conceitual se dá a partir do momento em que a propriedade é regida por sua funcionalidade e não mais de forma arbitrária e unilateral. A atual relação é e continua se encaminhando para um exercício individual consciente que vise a sustentabilidade coletiva da propriedade.

Diante do até aqui exposto, se verifica que toda a evolução conceitual de propriedade, desde a Grécia Antiga até a constante atualmente na legislação brasileira, foi a responsável por propiciar a consolidação do princípio da função social da propriedade, sendo este, até esse momento, o maior progresso da propriedade em si, pois representa um rompimento definitivo com os paradigmas absolutistas que desde Roma privatizavam e elitizavam ainda mais a terra, e abre caminho para uma nova era onde a terra se torna direito fundamental do homem e o proprietário passa a ter limitações quanto ao exercício da propriedade em benefício da coletividade.

Assim sendo, a questão suscitada que impulsionou esse artigo resta comprovada, considerando que a evolução histórica é fundamental para que se chegasse no direito de propriedade que se tem hoje, cuja regência se dá por intermédio da função social da propriedade.

62 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Direitos reais: à luz do código civil e do direito registral. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 109-110.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegado esse momento desse artigo, o que se constata ao final de todo o pesquisado para a constituição do mesmo, é que o se tem por direito de propriedade no que tange ao atual ordenamento jurídico brasileiro, é oriundo de uma construção histórico-jurídica que hoje é representada pelos ideais do Estado Democrático de Direito e que se consolida nos direitos sociais provenientes da 2ª Geração de Direitos Humanos.

Ademais, se verifica que a maior evolução do direito de propriedade está relacionada a implementação do princípio da função social da propriedade, sendo esse o principal mecanismo estatal regulador do exercício da propriedade e, portanto, do direito de propriedade em si.

Logo, resta comprovado que o direito de propriedade da atualidade é fruto de uma evolução histórico-jurídico-social que moldou a sociedade e, por óbvio, o direito e as leis que a regulam, de forma que hoje se compreendesse a necessidade da limitação do exercício da propriedade pautado na sua funcionalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BESSONE, Darcy. In: MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2003. p. 28.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. p. 33.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL: faça saber que o CONGRESSO NACIONAL decretou e eu sanciono a seguinte lei: **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição nº 1934, de 16 de julho de 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1937). Cons nº 37, de 10 de novembro de 1937. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 06. ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição nº 46, de 18 de setembro de 1946. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06. ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição nº 67, de 24 de janeiro de 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

CICCO, Claudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. Guarulhos: Saraiva, 2007. p. 196-197.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal. São Paulo: Martin Claret, 1864. (Série Ouro). p. 58.

FILHO, Manoel Ferreira. **Liberdades Públicas**. Trad. Marcus Cláudio Acqua Viva. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. In: **Textos básicos sobre derechos humanos**. Madrid. Universidad Complutense, 1973.

FRANÇA. Código Civil nº 1804, de 21 de março de 1804. **Code Civil Des Français**. Paris, 21 mar. 1804. Disponível em: <https://fr.wiki-source.org/wiki/Code_civil_des_Français_1804/Texte_entier>. Acesso em: 03 maio 2019.

FRANÇA. Constituição (1793). Constituição nº 1793, de 21 de junho de 1793. **Constitución Francesa de 1793**. França, 21 jun. 1793.

Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

GAZALLE, Gustavo Kratz. **Posse e ações possessórias**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 1991. p. 49.

LOCKE, John. **A carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo, ensaio acerca do entendimento humano. Trad. Andar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978. p. 45.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos reais**: à luz do código civil e do direito registral. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 109-110.

MARX, Karl Heinrich. **O capital**: crítica da economia política. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 824.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**: Volume 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1029.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 3. p. 1120.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da emerj**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p.36-51, jan. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. v. 4. p. 104.

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS COMO UM FENÔMENO HISTÓRICO E CULTURAL

Dulce Maria da Costa Santos

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX diversos avanços foram conquistados pela medicina com o intuito de efetivar a busca por uma vida mais longa e saudável. Dentre as principais contribuições científicas realizadas nessa época, destaca-se o transplante de órgãos, que iniciou de forma simples e experimental, mas hoje se trata de um procedimento fundamental para salvar a vida de milhares de pessoas diariamente.

No Brasil os primeiros transplantes foram realizados na década de 60, quando a tecnologia e a legislação ainda não acompanhavam de forma plena o progresso atingido pelas pesquisas na área médica. Para tentar abarcar o fenômeno do transplante, que até então era recente, foram editadas sucessivas leis ao longo das décadas. Todo esse percurso desembocou na Lei nº 9.434/97, que se encontra em vigor atualmente.

Essa evolução, contudo, esbarra muitas vezes em questões culturais e até mesmo religiosas. Diante da pluralidade de posicionamentos acerca da doação de órgãos, busca-se responder as seguintes indagações: qual é o posicionamento de determinadas religiões no que tange ao transplante de órgãos? O que deve prevalecer: a lei ou o preceito religioso?

Assim, primeiramente almeja-se entender a importância do transplante de órgãos numa esfera global, para depois adentrar nos pormenores históricos e culturais do fenômeno no Brasil.

O presente artigo, portanto, justifica-se pela tentativa de contribuir para o entendimento acerca de questões históricas e culturais envolvendo o Direito Sanitário. O método adotado foi o dedutivo, pois parte-se de conceitos amplos e gerais, para depois tratar de um assunto específico. A técnica de pesquisa utilizada foi a documentação indireta, através de pesquisa documental e bibliográfica, a partir de obras específicas, bem como artigos e notícias sobre o tema.

A primeira parte do artigo visa tratar da questão histórica da doação de órgãos num âmbito global. Num segundo momento, busca-se versar sobre o tema no Brasil. Por fim, a pauta se torna a questão cultural e religiosa.

2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS COMO UM FENÔMENO HISTÓRICO E CULTURAL

Ao longo da história muitas referências à prática do transplante de órgãos podem ser observadas em registros de diversas culturas ao redor do mundo. Para as ditas religiões abraâmicas, que adotam os livros do Antigo Testamento como parte de suas escrituras sagradas, Adão é considerado o primeiro doador de órgãos. Em Gênesis 2: 21-22, tem-se que Eva recebeu o sopro da vida graças a uma costela que foi retirada de Adão e doada a ela (SILVA NETO, 2004).

A tradição chinesa conta a história de dois médicos chamados Itoua To e Pien Tsio, gêmeos nascidos no ano 287 d.C, que tiveram a oportunidade de estudar medicina na Cecília, na Ásia Menor. Conta-se que esses médicos teriam transplantado a perna de um soldado que havia acabado de morrer, em outro homem que tinha perdido a perna naquele mesmo dia (SILVA NETO, 2004).

Eles tinham o costume de atender as pessoas sem cobrar e, por isso, foram perseguidos, julgados e executados por Deocleciano. Os locais e datas desse relato são de difícil comprovação histórica, mas em muitos detalhes se assemelha à história de São Cosme e Damião contada pela Igreja Católica, que após a morte dos irmãos, os elevou à condição de santos mártires (PEREIRA, 2014).

As primeiras tentativas de doação de sangue não funcionaram, até que fossem descobertas questões de compatibilidade referentes aos tipos de sangue. Durante a Primeira Grande Guerra, entre 1914 e 1918, surgiram bancos de sangue com o intuito de que ali fosse armazenado a quantidade necessária para emergências (SILVA NETO, 2004). David Lamb (2000), explica que a questão da transfusão de sangue sofreu menos críticas dos setores de resistência da imprensa e da opinião pública, que concentraram suas forças em criticar o transplante de órgãos.

Acredita-se que em 1905 já existiam avanços nas técnicas de transplante de córneas, porém os métodos só foram consolidados na década de 40, quando o primeiro banco de olhos foi criado (SILVA NETO, 2004). Apesar dos avanços dos anos 40, foi nos anos 50 que começou o grande salto nos transplantes de órgãos.

Emerich Ullman, um cirurgião austríaco, fez contribuições ao realizar testes com animais. Dentre suas tentativas, uma mereceu destaque. Ele retirou um rim de um cachorro e conseguiu mantê-lo em funcionamento por alguns dias no corpo de outro cachorro (LAMB, 2000). O animal acabou morrendo tempos depois, mas esse “fracasso” no teste possibilitou que o cirurgião fizesse constatações sobre o problema da rejeição. Isso impulsionou estudiosos posteriores que, com base nessa informação, demonstraram a necessidade de haver semelhança genética entre aquele que doa e aquele que recebe o órgão (LAMB, 2000).

Ainda na década de 50, os estudos de Aléxis Carrel e Charley Guthrie criaram a técnica de sutura dos vasos sanguíneos, ou seja, fizeram uso dos conhecimentos prévios sobre os pontos cirúrgicos e os aplicaram no trato dos procedimentos relacionados ao manuseio de veias e vasos (SILVA NETO, 2004). Paulo Martinelli (2013) conta que no ano de 1954, em Boston (EUA), um cirurgião chamado Joseph Murray fez um transplante de rim entre gêmeos idênticos. Os irmãos, porém, morrem dias após a cirurgia, por problemas de rejeição.

Tempos depois, já nos anos 60, Peter Madayar realizou pesquisas acerca da imunologia dos transplantes, com isso constatou a relevância da imunidade celular no processo de rejeição dos enxertos. A partir dessa contribuição, foi possível iniciar os trabalhos referentes aos imunossuppressores, ou seja, remédios com o intuito de reduzir a rejeição (SALMELA; AHONE; KOOTSTRA; 1995).

Em 1962 os primeiros transplantes bem-sucedidos foram realizados, destaque para o primeiro transplante de fígado e o primeiro transplante de pulmão, ocorridos nos Estados Unidos (MARTINELLI, 2013). Em 1967, durante a época do *Apartheid*, o cirurgião sul-africano Christian Barnard realizou o primeiro transplante de coração (MARTINELLI, 2013).

Apesar dos avanços, os procedimentos ainda não estavam num patamar estável para confiar a vida das pessoas a eles. O caráter ainda era experimental, devido ao alto risco de insucesso. Por isso, nos anos seguintes o objetivo foi superar o obstáculo da rejeição por meio do aprimoramento dos remédios imunossupressores (SILVA NETO, 2004). Nos anos 60 e 70 diversos medicamentos foram desenvolvidos para melhorar a ação imunossupressora, porém os efeitos colaterais ainda eram muito graves, causavam, dentre outras coisas, neurotoxicidade, neoplasia e outros tipos de infecções (SILVA NETO, 2004).

Esse problema foi reduzido em 1983, após profundos estudos relacionados a um medicamento chamado ciclosporina, que diminuiu consideravelmente os efeitos colaterais (LAMB, 2000). Nesse rumo seguiu a década de 80, que contou com melhoria dos imunossupressores, criação de um padrão para retirada múltipla de órgãos de cadáveres doadores e o desenvolvimento de uma nova solução destinada a conservar os órgãos por mais tempo. Esses avanços proporcionaram uma maior expectativa de sobrevivência dos pacientes transplantados (PEREIRA, 2004).

2.1 Transplante de órgãos no Brasil

A medicina brasileira acompanhou o progresso dos outros países no campo dos transplantes. No ano de 1964, no Rio de Janeiro e em São Paulo em 1965 foram iniciados os trabalhos para os dois primeiros transplantes de rins do país (MARTINELLI, 2013). O caso ocorrido em São Paulo merece destaque pelo pioneirismo e ousadia da equipe que realizou o procedimento na Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP.

Em entrevista dada à Rádio USP, Antônio Carlos Pereira Martins, médico-cirurgião que participou do transplante, conta que naquela época poucos centros no mundo realizavam transplantes daquela magnitude. Devido ao temor dos resultados, a equipe treinou o procedimento em

ções durante 3 anos, até se sentirem plenamente preparados para realizar os transplantes em humanos⁶³.

A maior dificuldade naquela época era com relação à rejeição. O uso de imunossuppressores ainda era muito incipiente e isso causava uma enorme chance de fracasso no procedimento, pois além da rejeição, o receptor ainda corria riscos altíssimos de sofrerem com os efeitos colaterais. Antônio admite que essa era a maior diferença de sua época se comparada com os dias atuais, tendo em vista que do ponto de vista do aparato técnico, não houve severas mudanças⁶⁴.

No ano de 1968 a legislação brasileira ainda era bastante omissa sobre doações de órgãos, pois era um fenômeno global recente. Mesmo assim, a equipe médica tentou atuar da forma mais ética e coerente possível. Como, por exemplo, no que tange à questão do consentimento.

Hoje em dia o assunto já foi discutido e pacificado, mas em 68 não se sabia qual decisão deveria ser tomada. Para evitar problemas, os médicos da conversaram com o cônjuge da doadora que permitiu a retirada do órgão sem nenhum tipo de embargo. O procedimento foi bem-sucedido e feito de maneira ininterrupta, pois naquela época ainda havia uma boa solução para conservar os órgãos⁶⁵.

No mesmo ano, em 1968, um ex-aluno do sul-africano Christian Barnard realizou o primeiro transplante de coração no Brasil, no Hospital das Clínicas em São Paulo. Mesmo que o receptor tenha sobrevivido apenas por 18 dias, o médico Euryclides de Jesus Zerbini foi bastante homenageado pela contribuição (MARTINELLI, 2013).

Atualmente, o cenário da doação de órgãos no Brasil atingiu um patamar até então inimaginável. De acordo com uma pesquisa realizada pelo Portal do Governo em parceria com Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, o Brasil está tendo a maior quantidade anual de doação de órgãos dos últimos 20 anos⁶⁶.

63 Primeiro transplante de rim completa 50 anos em Ribeirão Preto. Rádio USP. MP3 (20min45s). Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/primeiro-transplante-de-rim-completa-50-anos-em-ribeirao-preto/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

64 Ibid.

65 Ibid.

66 Doação de órgãos: Brasil salva número recorde de vidas. Governo do Brasil. 20/06/2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/06/doacao-de-orgaos-bra>

Houve também aumento na taxa de doadores efetivos, ou seja, aqueles que de fato tiveram seus órgãos transplantados nos receptores. A marca atingida em 2017 foi de 16,6 doadores efetivos por milhão de pessoa. Contudo, apesar da melhora, fica claro que ainda é preciso intensificar o apoio à doação de órgãos, pois até o final do ano passado cerca de 34 mil pacientes ficaram na lista de espera, sendo que mil destes eram crianças. A procura maior é por rins e córnea⁶⁷.

Dentre os fatores para a melhora no rendimento do Brasil na questão dos transplantes de órgãos, destacam-se dois decretos assinados pelo Presidente Michel Temer: o Decreto 8.783/16 e o Decreto 9.175/17.

No Decreto 8.783/16 tem-se a previsão de que uma aeronave da Força Aérea Brasileira deve permanecer em solo com o propósito exclusivo de transportar órgãos para a realização de transplantes. Desde que a FAB assumiu a incumbência do transporte, em 2016, foram transportados: 512 órgãos, 235 fígados, 143 corações, 76 rins, 21 pâncreas, 27 pulmões, 6 tecidos ósseos e 4 baços⁶⁸.

Essa previsão está no art. 1º do Decreto 8.783/16 que altera, dentre outras coisas, o inciso X do art. 4º da Lei 9.434/97. *In verbis*:

Art. 1º O Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º

[...]

X - requisitar apoio da Força Aérea Brasileira para o transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, até o local onde será feito o transplante ou, quando assim for indicado pelas equipes especializadas, para transporte do receptor até o local do transplante.

§ 1º Para atender às requisições do Ministério da Saúde previstas no inciso X do caput, a Força Aérea Brasileira manterá permanentemente disponível, no mínimo, uma aeronave, que servirá exclusivamente a esse propósito.

sil-salva-numero-recorde-de-vidas>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

67 Ibid.

68 Ibid.

§ 2º Em caso de necessidade, o Ministério da Saúde poderá requisitar aeronaves adicionais para fins do disposto no inciso X do caput, ficando o atendimento a essas requisições condicionado à possibilidade operacional da Força Aérea Brasileira.

§ 3º Quando as equipes especializadas indicarem que o receptor deva ser transportado ao local da retirada dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano, ele poderá ser acompanhado por profissionais de saúde, por familiares ou por outras pessoas por ele indicadas, desde que existam condições operacionais”.

O Decreto 9.175/17, por sua vez, contribuiu para a celeridade do procedimento ao retirar a exigência de que o diagnóstico por morte fosse feito obrigatoriamente por um neurologista. Agora qualquer médico que seja devidamente capacitado pode dar o diagnóstico, obedecendo ao que estabelece o 17, § 3º do mencionado decreto.

2.2 Questões culturais e religiosas relevantes

A doação de órgãos, embora aos olhos de grande parcela da sociedade seja considerado um ato nobre, na prática o instituto ainda enfrenta algumas barreiras. Dentre esses obstáculos, alguns são por conta de convicções religiosas. Sabe-se que para a maioria das religiões a doação de órgãos é considerado um ato de amor e de entrega ao próximo, contudo, algumas divergências culturais e até mesmo interpretativas podem contribuir para que o transplante de órgãos não seja um assunto pacífico em determinadas religiões.

Para bem elucidar essa questão, faz-se necessário analisar algumas das religiões de maior relevância no Brasil e também aquelas que, apesar de não serem predominantes em território nacional, possuem uma forma peculiar de tratar sobre o assunto.

A Igreja Católica considera que a transplantação de órgãos é uma prática que está de acordo com a lei moral, desde que os perigos e riscos físicos e psíquicos em que o doador incorre, forem proporcionados ao bem que se procura fazer em favor do destinatário. Conforme pode ser visto no art. 5º, item 2.296 do Catecismo:

2296. A transplantação de órgãos é conforme à lei moral se os perigos e riscos físicos e psíquicos, em que o doador incorre, forem proporcionados ao bem que se procura em favor do destinatário. A doação de órgãos após a morte é um ato nobre e meritório e deve ser encorajado como uma manifestação de generosa solidariedade. Mas não é moralmente aceitável se o doador ou os seus representantes lhe não tiverem dado o seu consentimento expresso. Para além disso, e moralmente inadmissível provocar diretamente a mutilação que leve à invalidez ou à morte dum ser humano, ainda que isso se faça para retardar a morte de outras pessoas

Nesse trecho é possível perceber também que o ato é incentivado pela Igreja, que o considera como um ato nobre e meritório, uma manifestação generosa de solidariedade. Contudo, uma ressalva é feita. É preciso respeitar o consentimento da família, ao contrário, o ato passa a ser imoral.

Ademais, não se pode provocar a chamada mutilação, ou seja, um ato que acabe gerando invalidez ou morte para o ser humano em questão, mesmo que seja para bem de uma pessoa ou de uma coletividade. Não se pode, portanto, encurtar a vida de uma pessoa para aproveitar-se de seus órgãos em benefício de terceiros, mesmo que ela esteja necessitada (AZEVEDO JÚNIOR, 2018).

No meio evangélico o pensamento não é muito diferente do ponto de vista defendido pela Igreja Católica. Para os seguidores da Primeira Igreja Batista do Rio de Janeiro, a doação de órgãos é um ato a ser apoiado, pois acreditam que a família que autoriza a doação pode experimentar a graça de se sentir realizada ao contribuir para quem necessita⁶⁹.

Uma das fiéis da PIB/RJ, chamada Raquel Lima, disse que perdeu o filho de 20 anos em um acidente de moto e afirma que recebeu apoio do pastor de sua igreja para tomar a decisão naquele momento:

Ele disse que meu filho poderia continuar sendo uma bênção.
Doei as córneas, rins e fígado. Três pessoas estão sorrindo através

69 Religiões apoiam a doação e o transplante de órgãos. Programa Estadual de Transplantes. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <<https://transplante.rj.gov.br/site/Conteudo/Noticia.aspx?C=fQO8P%2B%2B3Yik%3D>>. Acesso em 5 de agosto de 2018.

da vida do meu filho. Sabemos que, independente da dor que sentimos, fizemos uma família feliz⁷⁰.

Os seguidores da Assembleia de Deus consideram que doar órgãos é um ato de amor. Essa ação em nada contraria os preceitos éticos ou bíblicos, exceto no caso de células-tronco embrionárias. Contudo ninguém deve ser forçado a adotar essa prática, ela deve ser realizada por livre vontade, afinal, o ser humano não pode ser coisificado e nem ter sua vontade desrespeitada. Para eles, doador e receptor são imagem e semelhança de Deus⁷¹.

Para os judeus, o tema não é pacífico. A doação entre pessoas vivas costuma ser permitida, desde que o receptor esteja preparado para receber o órgão prontamente, pois judeus não concordam com armazenamento em bancos de órgãos. Além disso, o doador não pode sacrificar seu bem-estar e nem colocar sua vida em risco no procedimento (GOLDSTEIN, 2016).

As maiores discussões sobre o assunto se dão no contexto em que o indivíduo está à beira da morte, ou caso já tenha falecido. A lei judaica proíbe qualquer um de tocar em uma pessoa que está quase morrendo, não pode haver nenhuma forma de contato físico nesse momento (GOLDSTEIN, 2016).

Depreende-se, então, que não se pode fazer nada que possa causar ou acelerar a morte do indivíduo. Diante do cenário de morte ou quase morte, Zalman Goldstein (2016) preleciona que surgem duas correntes opostas. Para a primeira corrente existe diferença entre uma pessoa oficialmente morta e aquela que está na iminência de morrer. Alguns rabinos consideram que a morte cerebral é uma forma de morte oficial. Isso permite que haja contato físico com a pessoa, para que os órgãos sejam retirados para doação. Para essa corrente o ato de salvar uma vida está acima de grande parte das proibições da Torá.

A segunda corrente é formada por rabinos de tendência mais tradicional. Eles consideram uma pessoa como viva até que “o sopro da

70 Ibid.

71 Lição 7: Ética cristã e doação de órgãos. Escola Dominical. Disponível em: <<https://escoladominical.assembleia.org.br/licao-7-etica-crista-e-doacao-de-orgaos/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018

vida deixe os seus lábios” (GOLDSTEIN, 2016). Nesse contexto, tocar no corpo dessa pessoa é estritamente proibido. Para eles qualquer tipo de mutilação é considerado imperdoável e interfere no descanso e na paz eterna da alma (GOLDSTEIN, 2016).

Para as Testemunhas de Jeová, o transplante de órgãos e de tecidos sem que haja transfusão de sangue é permitido. Ou seja, podem ser transplantados coração, pulmão, rim, córneas, medula óssea e qualquer outro órgão ou tecido sem que no procedimento haja transfusão de sangue. Fazer o transplante sem transfusão pode apresentar riscos, porém a pessoa ao conversar com o médico, tem o direito de declarar sua escolha por essa opção. A doação pode ser feita por pessoa viva ou falecida por morte encefálica⁷².

A partir de 1980 foi estabelecido que os líderes das Testemunhas de Jeová não devem recriminar quem optar pelo transplante de órgãos, pois não há nenhuma menção expressa a essa prática na bíblia. Por isso é uma escolha que cabe apenas ao indivíduo⁷³.

As Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue em obediência à previsão bíblica de que Deus ordena que seu povo se abstenha de sangue, pois o sangue é a vida. Como pode ser visto em Gênesis 9:4 “somente não comam a carne do animal com seu sangue, que é a sua vida”. Em Atos 15:29 também está previsto para se abster, dentre outras coisas, do consumo de sangue⁷⁴.

Os muçulmanos encaram o assunto de forma bastante tranquila, desde que sejam obedecidos os preceitos que tratam sobre o tema. Sheikh Mohamad Al Bukai (2011) afirma que a doação de órgãos é considerada no Islam como uma caridade contínua, ou seja, mesmo após a morte do doador, a sua alma permanece recebendo as bênçãos e glórias pela eternidade.

De acordo com Bukai (2011), as condições para doação de órgãos entre vivos são:

72 Transplante de órgãos. Enciclopédia das Testemunhas de Jeová. Disponível em: <https://testemunhas.wikia.com/wiki/Transplante_de_órgãos>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

73 Ibid.

74 Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?. JW. Disponível em: <<https://jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

1. gozar de pleno juízo para decidir;
2. no caso de menores de idade, os seus responsáveis podem optar pela doação de seus órgãos e tecidos;
3. não doar órgãos que leve à morte do doador, como o caso do coração;
4. não doar órgãos que prejudique a saúde do doador;
5. não doar órgãos em troca de dinheiro, bens materiais ou favores;
6. não adquirir órgãos por meio do comércio legal ou ilegal destes.

Já os requisitos para doação de mortos para vivos, Bukai (2011) afirma que são:

1. permissão da pessoa em vida; caso este não tenha se posicionado em vida, os herdeiros têm o direito de decidir pela doação ou não;
2. não doar órgãos em troca de dinheiro, bens materiais ou qualquer tipo de favor;
3. não adquirir órgãos por meio do comércio legal ou ilegal destes.

Por fim, a visão mais radical sobre a matéria fica por conta da religião rastafári. Popularmente difundida por conta de sua assimilação com a cultura popular, mais especificamente o *reggae*, a religião guarda consigo um rigoroso padrão de conduta com relação ao corpo.

Seguidores da religião Rastafári não podem usar nenhum tipo de remédio que não seja natural e enfrentam duras restrições quanto à possibilidade de frequentarem hospitais. Cintia Ferreira (2018) afirma que, para eles, apenas Jah pode curar os enfermos.

Além disso, para eles o corpo é considerado um tempo, e por isso, não pode ser modificado. Logo não são permitidos desde cortes de barba e cabelo até questões mais sérias como amputações. Essa, inclusive, foi a causa da morte do cantor Bob Marley, que ao sofrer com câncer de pele, precisaria cortar um dedo do pé antes que a enfermidade se espalhasse. Contudo, o cantor optou por não realizar a amputação, para que seu cor-

po não fosse alterado. Devido a isso a doença se espalhou por cérebro, pulmão e estômago, levando o artista a óbito⁷⁵.

Depreende-se, então, que para os seguidores da religião Rastafári, o transplante não é bem aceito. Primeiro porque o corpo, por ser tempo, não pode ser alterado. E segundo, porque não concordam com os procedimentos médicos humanos, a crença deles é que somente Jah decide de a cura de acontecer ou não.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transplante de órgãos já se trata de uma prática consolidada na medicina do mundo inteiro. Apesar de todas as dificuldades iniciais, a ciência evoluiu a ponto de tornar a maioria das técnicas cirúrgicas envolvidas na doação de órgãos e tecidos. Até mesmo a questão da compatibilidade, que era um dos maiores desafios durante a década 60, tornou-se um problema menor, graças aos avanços obtidos no desenvolvimento de imunossuppressores.

Na legislação brasileira nota-se um gradual avanço, na medida em que a lei foi adaptada ao longo do tempo com o escopo de conciliar direito à saúde e o direito de disposição do próprio corpo. A doação “compulsória” deixou de existir e a palavra da família passou a ser autorização final para a doação ou não dos órgãos do *de cuius* por morte encefálica. Com isso, deixou de existir a figura do “doador presumido” e o foco da política nacional de transplantes passou a ser a conscientização da importância de doar órgãos. Ou seja, passou-se a respeitar a decisão de cada família, deixando a doação como um ato de generosidade e não de obrigação.

No que se refere às questões culturais, ficou claro que a maioria das religiões não coloca barreiras para a prática do transplante de órgãos. O que se tem é que algumas delas têm uma postura mais aberta e outras uma mais fechada. A única exceção dentre as religiões estudadas é a crença rastafari, que adota uma postura mais radical ao não permitir nenhuma modificação do próprio corpo e nem a interferência médica, pois para eles apenas Jah é quem cura. Trata-se, entretanto, de um caso isolado. Como

75 Em 11/05/1981: Bob Marley morre, vítima de um tumor no cérebro. Whiplash. Disponível em: <https://whiplash.net/materias/diaadia_mortes/057489.html>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

já foi dito anteriormente, o transplante de órgãos é bem visto pela maioria das religiões.

Portanto, conclui-se que estamos diante de um fenômeno plenamente solidificado tanto no plano jurídico quanto no plano cultural. A doação de órgãos é uma prática considerada altamente positiva e perfeitamente aceita dentro dos padrões éticos das sociedades contemporâneas, assegurando direitos básicos como saúde e assistência médica gratuita, bem como o próprio direito à vida.

REFERÊNCIAS

BUKAI, Sheikh Mohamad Al. Ato Ecumênico e Palestra sobre “Doação de Órgãos” na visão islâmica, realizada em 26/09/2011. **Instituto Central do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP**. Disponível em: <http://www.ligaislamica.org.br/biblioteca_palestra_sheikh_na_usp_doacao_de_orgaos.pdf>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Paulinas, Loyola, Ave-Maria, 1993.

Doação de órgãos: Brasil salva número recorde de vidas. **Governo do Brasil**. 20/06/2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/06/doacao-de-orgaos-brasil-salva-numero-recorde-de-vidas>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

Em 11/05/1981: Bob Marley morre, vítima de um tumor no cérebro. **Whiplash**. Disponível em: <https://whiplash.net/materias/diaadia_mortes/057489.html>. Acesso em: 5 de agosto de 2018

FERREIRA, Cintia. Rastafári: o que é, significados e curiosidades. **GreenMe**. 2018. Disponível em: <<https://www.greenme.com.br/significados/6283-rastafari-significados-e-curiosidades>>. Acesso em: 5 de outubro de 2018.

GOLDSTEIN, Zalman. Doação de órgãos. **Chabad**. 2016. Disponível em: <https://pt.chabad.org/library/article_cdo/aid/3286716/jewish/Doao-de-rgos.htm>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

LAMB, David. **Transplante de órgãos e ética**. Trad. Jorge Curbelo. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos/Editora Hucitec, 2000.

Lição 7: Ética cristã e doação de órgãos. **Escola Dominical**. Disponível em: <<https://escoladominical.assembleia.org.br/licao-7-etica-crista-e-doacao-de-orgaos/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018

PEREIRA, W.A. **História dos transplantes**. In: PEREIRA, W.A. Manual de transplante de órgãos e tecidos. 3ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?. **JW**. Disponível em: <<https://jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

Primeiro transplante de rim completa 50 anos em Ribeirão Preto. **Rádio USP**. MP3 (20min45s). Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/primeiro-transplante-de-rim-completa-50-anos-em-ribeirao-preto/>>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

Religiões apoiam a doação e o transplante de órgãos. **Programa Estadual de Transplantes**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <<https://transplante.rj.gov.br/site/Conteudo/Noticia.aspx?C=f-QO8P%2B%2B3Yik%3D>>. Acesso em 5 de agosto de 2018.

SALMELA, K. AHONE, J. KOOTSTRA, G. **Renal transplantation: clinical transplantation**. In: Ari Harjula, Krister Hockerstedt. Copyright. Recallmed Ltd, 1995.

SILVA NETO, Manuel Lemes da. História dos transplantes. **PUC Goiás**. 2004. Disponível em: <https://pucgoias.edu.br/ufg/institutos/nepss/monografia/monografia_02.pdf>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

Transplante de órgãos. **Enciclopédia das Testemunhas de Jeová**. Disponível em: <https://testemunhas.wikia.com/wiki/Transplante_de_organos>. Acesso em: 5 de agosto de 2018.

**ARTIGOS
TECNOLOGIA E SOCIEDADE**

REFLEXÕES SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E CT&I

Walter Britto Gaspar

1. Considerações sobre propriedade intelectual no Brasil

A propriedade intelectual no Brasil foi frequentemente tratada, na legislação, por uma perspectiva de defesa do interesse nacional em acesso aos bens tecnológicos patenteados e da indústria nacional.

Em 1809, o Alvará atinente a benefícios à manufatura e indústria portuguesas (aí incluídos aqueles nos territórios do Brasil, os “Domínios do Brasil”) tratava explicitamente da preocupação em proteger a produção nacional das perdas em consequência do ingresso em um mercado global, em concorrência com as demais nações europeias – uma preocupação que provaria ter fundamento, já que a abertura dos portos em 1808 praticamente aniquilou os rudimentos de uma atividade artesanal existente na colônia (PRADO JÚNIOR, 2012).

Outras medidas incluíam a isenção de taxas de importação de matérias-primas para a indústria e manufatura e a isenção de taxas de exportação, além de um estipêndio anual sem obrigação de retribuição derivado da Loteria do Estado para o financiamento de “manufacturas e artes, que mais necessitarem deste socorro, particularmente das de lã, algodão, seda, e fábricas de ferro e aço”. Firmava o prazo de proteção do privilégio de propriedade intelectual em 14 anos.

Em 1830, durante o Império, este prazo é determinado entre 5 e 20 anos, a cargo do avaliador do pedido e segundo a qualidade da invenção. Interessante notar que a suficiência descritiva e a novidade já estão presen-

tes nesta lei. Desde então, já se observa uma obrigação de uso efetivo do objeto protegido, sob pena de perda do privilégio, um requerimento que traduz o interesse em que o mercado nacional visse em circulação os objetos patenteados. Isto estaria presente em todas as normas de propriedade intelectual posteriores.

A lei de 1882 estabelece privilégio de no máximo 15 anos, mesmo no caso de patente estrangeira. A lei introduz o uso público da patente – a sua “vulgarização” por necessidade ou utilidade pública. Outras proteções ao interesse público contra o desabastecimento de produtos patenteados são a caducidade da patente em caso de seu não uso efetivo por três anos ou da interrupção do uso por um ano, bem como a possibilidade de restrição geográfica da patente em caso de insuficiência de abastecimento. Ressalte-se também que a lei estabelece procedimento privilegiado de análise de pedidos de patentes para produtos químicos ou farmacêuticos.

O tratamento do melhoramento em relação a uma patente original é interessante, criando um mecanismo que obriga a negociação de direitos de uso entre terceiros inventores dos melhoramentos e o inventor original, e em qualquer caso mantendo o limite de 15 anos de proteção da patente original. Exige novidade e suficiência descritiva. Pode-se dizer que a lei do Império de D. Pedro II era a que continha mais e mais severos mecanismos de restrição da proteção concedida pela patente.

A lei de 1923 estabelece procedimentos administrativos e cria órgãos para geri-los. Cria a Diretoria Geral da Propriedade Industrial, órgão público análogo ao atual Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Ela mantém a exigência de uso efetivo e os requisitos de novidade e suficiência descritiva e estabelece prazo máximo de 15 anos para a proteção. Aprimora o sistema de prioridade da norma anterior, descrevendo mais casos em que a exposição do objeto da patente não acarreta perda do direito antes do pedido; cria a Revista de Propriedade Industrial; e institui anuidades para a manutenção das patentes. A partir desta lei, licenças e cessões do direito são condicionadas à averbação no órgão.

A lei de 1971 recupera a previsão de desapropriação da patente (presente anteriormente na lei de 1882), bem como prevê possibilidade de licença obrigatória no caso de não haver uso efetivo (3 anos após a concessão ou 1 ano de interrupção). Regula o invento realizado sob a égide de

contrato de trabalho. O uso efetivo, nesta norma, não inclui a importação do produto. Esta pode ser considerada uma medida favorável à indústria nacional, pois obriga a produção em território brasileiro para a caracterização de uso efetivo. Pela primeira vez, a norma exclui explicitamente do patenteamento produtos farmacêuticos, exceto os seus processos de obtenção. Também pela primeira vez usa e define o termo “estado da técnica”. O privilégio é de 15 anos. Prevê, ainda, caducidade da patente caso não haja uso efetivo até 4 anos após a concessão ou após 2 anos de interrupção.

Esta recapitulação das normas a respeito da propriedade intelectual no Brasil é importante porque dá indicativos de como a questão era encarada em cada ponto da história pelos formuladores da política pública. Desde o começo a legislação dá indicativos do uso da propriedade intelectual como mecanismo de fomento à indústria nacional e de meios de contornar os possíveis abusos do privilégio: as condições de uso público, o requerimento de uso efetivo em território nacional – inclusive, em um caso, com produção nacional – e a necessidade de se regular o melhoramento em relação à invenção original, por exemplo.

A lei atual, nº 9.279 de 1996, perde a vedação ao patenteamento de produtos químico-farmacêuticos e medicamentos presente na lei anterior. Introduz, por outro lado, a vedação ao patenteamento de seres vivo no todo ou em parte. Pela primeira vez há menção à atividade inventiva, mais um requisito de patenteabilidade ao lado da novidade, aplicação industrial e da suficiência descritiva.

O prazo de proteção da patente de produto é de 20 anos, porém o dispositivo do parágrafo único do artigo 40 da lei permite extensão – em tese ilimitada – desse prazo. A norma tem um longo capítulo sobre licenças – as voluntárias continuam tendo que ser averbadas, agora junto ao INPI –, incluindo uma igualmente minuciosa seção sobre licenciamento compulsório, com diversas hipóteses de incidência.

Esta lei foi a responsável pela implementação do chamado acordo TRIPS no Brasil, introduzindo os parâmetros mínimos exigidos pelo acordo internacional e algumas medidas ainda mais protetivas, chamadas “TRIPS-plus” (CHAVES et al., 2007, 2017). Para compreender a atual lei de propriedade industrial brasileira, é importante entender esse acordo em seu contexto histórico e político.

2.Considerações sobre o sistema de propriedade industrial

O sistema internacional de proteção de propriedade intelectual, na forma que tem hoje, começou a se estruturar em 1883 com a Convenção da União de Paris e em 1886 com a Convenção de Berna. O Brasil e mais dez países assinaram os acordos, que seriam posteriormente unificados sob a autoridade do *Bureaux for the Protection of Intellectual Property* (BIRPI) em 1893, que se tornaria, em 1970, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) (OMPI, [s.d.]).

Os acordos de Paris e Berna ocupavam-se prioritariamente de garantir paridade no tratamento de patentes estrangeiras nas jurisdições nacionais de seus signatários, além de tratar de requisitos de patenteabilidade e tempo de proteção. Os acordos não tratavam, no entanto, do escopo da matéria patenteável, de modo que os Estados dispunham de grande soberania neste aspecto. Isto mudou quando, em 1994, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC), um esforço de uniformização das normas de comércio em nível global, que incluía em seu bojo uma série de acordos cuja ratificação era condição para o ingresso no órgão.

Dentre eles estava o acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC, ou TRIPS na sigla em inglês). Este acordo foi a pedra fundamental da conformação atual do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual. Segundo Pereira e Silva (PEREIRA E SILVA, 2014), o TRIPS foi:

Veículo de enrijecimento normativo e padronização de limites amplos de proteção, o acordo em questão, além de determinações semelhantes (porém mais rígidas) às que constavam em acordos anteriores, inovou quando trouxe determinação de regras-padrão mínimas de proteção à propriedade intelectual, introduziu mecanismos de aplicação para os países signatários, declarou que qualquer inovação em qualquer campo tecnológico é passível de patenteamento e instituiu um sistema internacional de solução de controvérsias (PEREIRA E SILVA, 2014, p. 15).

O TRIPS refletia os padrões de proteção da propriedade intelectual almejados pelos países desenvolvidos, onde se localizavam as sedes das companhias transnacionais que tinham mais a ganhar com uma intensificação e recrudescimento do controle em nível global (MUZAKA, 2009,

2011; SELL, 2011; SILVA, 2017). Reconhecendo que, diante da disparidade no avanço tecnológico, estrutura de pesquisa e desenvolvimento e indústria dos países em desenvolvimento, o estabelecimento desses padrões levaria a um aprofundamento da distância entre uns e outros, foram estabelecidas no TRIPS flexibilidades em relação à proteção da propriedade intelectual. Estas seriam: a possibilidade de importação paralela; uso experimental; a exceção bolar; a licença compulsória; uma cláusula geral de defesa do interesse público, saúde pública e nutrição, desenvolvimento socioeconômico, tecnológico e de controle de abusos dos direitos de propriedade intelectual; e, finalmente, um período de transição em que os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos estariam desobrigados de implementar as normas do acordo, se assim escolhessem.

3. Transformações no regime de propriedade intelectual

A formação do sistema internacional de propriedade intelectual descrita anteriormente é a face normativa de um processo mais profundo de transformação. Ela demonstra também algumas das interpretações para a fundamentação da proteção da propriedade intelectual. As normas que revolvem a exclusividade do direito do inventor podem ser tradução de um interesse em proteger uma indústria nascente; representar uma compensação justa em face de seu esforço criativo; ser um mecanismo de controle sobre o monopólio abusivo, quando implementadas flexibilizações à proteção.

Ao mesmo tempo, podem ser o reflexo dos interesses das companhias transnacionais e, conseqüentemente, dos países em que estão sediadas; da redução simplificadora de um processo de descoberta, invenção, desenvolvimento, testagem de hipóteses etc. que é fundamentalmente coletivo a uma verve criativa individual; e da criação de entraves à livre circulação do conhecimento.

Novos arranjos institucionais, especificamente a ampliação de matérias patenteáveis, o fortalecimento dos sistemas de PI, complementaridades institucionais entre o sistema financeiro e o sistema de PI e a harmonização global dos direitos de PI, levaram a um cenário atual de “commoditização” do conhecimento. Uma análise mais pormenorizada da história do significado, dos usos e do debate a respeito de patentes revela como elas

mudaram radicalmente desde o século XIX, passando pelo Fordismo, o capitalismo corporativo e financeiro e a atual economia do conhecimento (CORIAT; WEINSTEIN, 2009; ORSI; CORIAT, 2006).

A norma comumente enunciada como marco inicial do sistema de propriedade intelectual é o Estatuto dos Monopólios inglês, de 1623, emanado da prerrogativa da Coroa de conceder privilégios. No entanto, antes disso direitos de exclusividade já eram prática comum em outros países europeus desde o século XVI. A lei inglesa foi um primeiro marco legal específico a fazer menção a um “verdadeiro e primeiro inventor” (true and first inventor), em uma adoção precoce dessa normatização – a lei de patentes seria adotada na França apenas em 1791, nos Estados Unidos em 1793 e em diversos países europeus apenas após a primeira década do século XIX (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 2–3).

Foi também no século XIX que o conceito do direito de exclusividade do inventor tornou-se objeto de controvérsias. Na Inglaterra, em 1827, a legislatura discutia alterações ao Estatuto, considerado pouco favorável aos próprios inventores, quando um movimento pela abolição dos direitos de propriedade intelectual teve início e ganhou força no país e no resto da Europa.

Em consequência, o Parlamento inglês instituiu uma série de inquéritos sobre o sistema de propriedade intelectual e a possibilidade de sua abolição era considerada uma possibilidade real e concreta (PENROSE; MACHLUP, 1950). Em 1869, escrevendo à *Revue de droit international et de législation comparée*, George Matile, examinador do escritório estadunidense de patentes, afirma que:

A Inglaterra parece se encaminhar para uma abolição completa deste sistema. A questão já foi submetida uma primeira vez às Câmaras, e os autores do projeto (que representam um partido) não têm o hábito de abandonar seus ideais. Eles vencerão um dia esse processo. Recordo-me de que a Suíça rejeitou, há dois anos, uma petição pela introdução do regime de patentes. [...] De forma alguma nós admitiremos estar em atraso em relação às outras nações em matéria de liberdade; e se os Estados estrangeiros nos antecederem neste ponto, devemos segui-los prontamente (MATILE, 1869, p. 311) (tradução do autor).

O processo culminaria em uma lei reformada que reduzia o tempo de proteção patentária para 7 anos, determinava avaliação mais cuidadosa

e restrita dos pedidos de patentes, revogação de patentes não aplicadas dentro de 2 anos e a possibilidade de licença compulsória.

Assim como na Inglaterra, em outras partes as leis de patentes estavam sob ataque na primeira metade do século XIX. Na Confederação Germânica, como reação a propostas de reforma da lei de patentes e de unificação da legislação para todos os Estados-membros do Zollverein, um forte movimento pela abolição das patentes emergiu. Entre os opositores mais convictos estavam os economistas, que na reunião anual do Kongresses deutscher Volkswirte (Congresso de Economistas Alemães) do ano de 1863 adotaram por grande maioria a seguinte resolução:

Considerando que as patentes prejudicam, ao invés de promover, o progresso de invenções; que elas atrasam a pronta utilização das invenções pelo público em geral; que em suma elas causam mais ônus do que benefícios para os próprios inventores e, portanto, são uma forma de compensação profundamente enganosa; o Congresso de Economistas Alemães resolve: que patentes de invenção são injuriosas para o bem-estar geral (KONGRESSES DEUTSCHER VOLKSWIRTHE, 1863); apud (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 8) (tradução do autor).

Na Suíça, as legislaturas já haviam recusado projetos de leis de patentes nos anos de 1849, 1851 e 1854 quando, em 1863, mais uma vez o fizeram, considerando o princípio da proteção patentária “pernicioso e indefensável” (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 5). Na Holanda, igualmente, havia forte resistência às patentes e, em 1869, a lei de patentes holandesa foi revogada.

Isto não significa que a opinião pública a respeito das patentes era unanimemente negativa. O debate entre economistas a respeito da concessão de privilégios aos inventores tinha defensores em ambos os lados. Alguns afirmavam serem as patentes formas especiais de privilégio que não poderiam ser consideradas monopólios e, portanto, não poderiam ser vistas como prejudiciais ao livre-mercado.

Por outro lado, outros consideravam que o privilégio da patente era indevido porque a invenção tecnológica não derivava de um ato criador individual, mas era apenas o reflexo de um tempo e de uma sociedade, e assim poderia ser criado por qualquer um dos indivíduos inseridos naquele contexto. Alguns ainda consideravam razoável e vantajoso recompensar inventores pelos seus esforços, porém não viam na patente o melhor meio

de fazê-lo. Havia, além de tudo, as posições radicais por um lado, como Simonde de Sismondi, economista suíço que considerava que toda invenção deveria ser divulgada e sujeita à cópia imediatamente, pois

o resultado do privilégio garantido a um inventor é dar-lhe uma posição de monopólio no mercado contra outros produtores no país. Como consequência, os consumidores se beneficiam muito pouco da invenção, o inventor ganha muito, outros produtores perdem, e seus trabalhadores são relegados à miséria (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 8) (tradução do autor).

E, no extremo oposto, os propositores franceses de direitos de propriedade intelectual eternos e hereditários, os majorats (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 9). Em meio às posições antagônicas a respeito da instituição das patentes, uma transformação pequena, aparentemente sem importância, mas na realidade crucial ocorreu: os direitos anteriormente chamados de privilégios de inventor, ou alguma variação semelhante, passaram a ser chamados de propriedade intelectual. Caracterizar privilégios – monopólios concedidos, anteriormente pela Coroa, posteriormente pelas leis e escritórios de patentes – como propriedade significava dar-lhes roupagem aceitável diante dos apetites libertários da época. Penrose e Machlup explicam:

Acontece que aqueles que começaram a usar a palavra propriedade em conexão com invenções tinham um propósito muito definido em mente: eles queriam substituir por uma palavra com uma conotação respeitável, “propriedade”, uma palavra que soava incômoda, “privilégio”. Esta foi uma escolha deliberada da parte dos políticos trabalhando pela adoção da lei de patentes na Assembleia Constitucional francesa. De Bouffler, relatando o projeto à Assembleia, sabia que o “o espírito dos tempos era tanto pela liberdade e igualdade, e contra privilégios e monopólios de qualquer tipo” que não havia esperança de salvar o instituto dos privilégios patentários exceto sob uma teoria aceitável. Portanto, de acordo com Rentzsch, De Bouffler e seus amigos em deliberada insinceridade “construíram a teoria artificial dos direitos de propriedade do inventor” como parte dos direitos do homem (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 16) (tradução do autor).

A construção dos privilégios de exclusividade como direitos de propriedade era considerada indevida por muitos economistas e juristas à

época devido às próprias características da propriedade. Tudo aquilo o que deriva do direito de propriedade material – as capacidades de usar, gozar e dispor – não se aplica da mesma forma aos de propriedade intelectual⁷⁶. Em outras palavras,

“A propriedade das ideias, uma vez publicadas, é uma contradição insolúvel”. Aquele que reclama do “roubo” das suas ideias “reclama que algo foi roubado que ele ainda possui, e que ele quer recuperar algo que, se lhe dado mil vezes, acrescentaria nada à sua posse” (RENTZSCH, 1866), apud (PENROSE; MACHLUP, 1950) (tradução do autor).

A ideia do privilégio de monopólio como um direito natural de propriedade intelectual era apenas uma dentre quatro vertentes de justificativa da instituição desses privilégios simultânea e complementarmente propostas.

Dois eram de caráter ético, a do direito natural do homem em sua propriedade intelectual e a ideia de que o monopólio é compensação justa pela contribuição do inventor à sociedade. As outras duas, baseadas em assunções econômicas e políticas: a ideia de que sem o incentivo da exclusividade o inventor deixaria de inventar ou o faria com menos dedicação e frequência; e a ideia de que sem a garantia da exclusividade mais inventores escolheriam manter o sigilo sobre suas invenções, e a sociedade perderia em bem-estar em consequência disso.

Todas foram sistematicamente refutadas pelos pensadores da época, e muitos de seus argumentos são ainda repetidos atualmente (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 11). Por exemplo, no trecho abaixo, J. E. T. Rogers elucida parte do pensamento contrário às patentes:

O que as pessoas inventam – trato aqui de utilidades materiais – é ou o resultado de uma concepção súbita, ou a elaboração de leis naturais bem conhecidas. Em qualquer caso, apenas caso o inventor assuma que sua genialidade na descoberta é compartilhada com mais nenhuma outra pessoa, e que o que ele inventou não pode ser inventado por nenhum outro ser humano, ou que a sequência lógica pela qual tornou sua concepção disponível para propósitos de utilidade humana pertence tão-so-

76 Há formas de propriedade imaterial – títulos e ações, por exemplo – que se prestam aos mesmos usos que a propriedade material. A característica que diferencia a propriedade intelectual é a impossibilidade de sua disposição: ela é essencialmente composta por ideias, que são, por natureza, compartilháveis sem que se as subtraia daquele que as transmite.

mente a ele, e que não poderia ter sido alcançada por nenhum outro, será ele merecedor de propriedade em tal processo inventivo. Não é necessário dizer que uma tal afirmação seria objeto de insolência vaidosa. [...] Seu direito tem uma origem fabricada, e não natural (ROGERS, 1863, p. 125) (tradução do autor).

E o seguinte trecho do editorial da revista *The Economist* descreve bem a ideia de que a invenção não é senão uma produção coletiva, um retrato de um tempo e de um povo, e, portanto, não deveria ser individualmente monopolizada:

Antes... [de os inventores] poderem... estabelecer um direito de propriedade sobre suas invenções, eles devem divulgar todo o conhecimento e assistência que tiveram do conhecimento e invenções de outros. Isto é impossível, e a impossibilidade demonstra que suas mentes e suas invenções são, de fato, partes de um grande todo mental da sociedade, e que eles não têm direito de propriedade sobre suas invenções, exceto o de manterem-na para si se quiserem e de ser donos de todos os objetos materiais em que tenham realizado suas concepções mentais ((THE ECONOMIST, 1850, p. 1434) apud (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 15)) (tradução do autor).

Finalmente, o seguinte trecho de Prince-Smith descreve com clareza a ideia de que a propriedade intelectual, ao invés de direito natural do homem, é uma produção das instituições da sociedade concretizada no poder coercitivo do Estado e, como tal, deve servir ao interesse público:

Qualquer requerimento de proteção de propriedade privada é uma demanda pela intervenção do poder do Estado, que deveria seguir exclusivamente os ditados do bem-estar geral. Com relação à propriedade sobre objetos o ditado do bem-estar é firmemente estabelecido. E como é com relação à dita propriedade intelectual e, acima de tudo, as patentes? ((PRINCE-SMITH, 1863) apud (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 15)) (tradução do autor).

As teorias e citações elucidativas do amplo debate conduzido à época seriam intermináveis. O ponto central que se pretende demonstrar é que havia controvérsia, que a ideia da “propriedade” intelectual era contestada e que o instituto é historicamente atrelado a privilégios de monopólio comercial.

Na segunda metade do século XIX, no entanto, a instituição da proteção patentária venceria a disputa. Algumas hipóteses consideram que a explicação para essa prevalência do pensamento pró-patentes seria a depressão econômica a partir de 1873 (até 1879 ou 1896, dependendo da métrica adotada), que atingiu fortemente os Estados Unidos e a Europa e deu ensejo a uma preferência pelas políticas protecionistas em detrimento daquelas identificadas como próximas da ideologia do livre-mercado (PENROSE; MACHLUP, 1950, p. 6).

O sistema de proteção da propriedade intelectual que se formou a partir de então tinha uma característica marcante: era focado no patenteamento por parte de inventores individuais. Tanto que, nos Estados Unidos, em 1885, apenas 12% das patentes concedidas eram de titularidade de empresas (NOBLE, 1977, p. 205). Daí originou-se um verdadeiro mercado de tecnologia baseado no licenciamento dos inventores individuais para empresas, que preferiam buscar invenções externas a investir na pesquisa e desenvolvimento in-house.

Isto continuaria até o início do século XX, quando toma forma o capitalismo corporativo e a dinâmica de pesquisa in-house apropriada pelas companhias por meio da propriedade intelectual prevalece (CORIAT; WEINSTEIN, 2009). Essa passagem de um sistema baseado no inventor individual para outro baseado nas grandes corporações segue, interessantemente, a transição do pensamento Schumpeteriano. Em seus primeiros escritos, Joseph A. Schumpeter considerava o empreendedor capitalista a chave para o desenvolvimento tecnológico e econômico, porém posteriormente seu pensamento gravitou na direção de ver as grandes empresas como o lócus da inovação tecnológica – e, em consequência, do desenvolvimento econômico.

A grande corporação um fator crucial neste ponto foi. Seus traços marcantes de centralização de ativos e atividades, adoção de uma estrutura hierárquica, integração vertical das atividades da cadeia produtiva e adoção da administração e organização do trabalho dentro da firma estabeleciam terreno fértil para a passagem de um sistema focado no inventor para outro dominado pelo capitalismo corporativo. A partir daí desenrolam-se processos de institucionalização e profissionalização do desenvolvimento tecnológico, paralelo e relacionado ao sistema de pesquisa científica em instituições acadêmicas.

Os dois campos, da pesquisa tecnológica corporativa e da pesquisa científica acadêmica, funcionam sob prerrogativas distintas – o primeiro é marcado pelo segredo e a concorrência, o segundo, pelo compartilhamento e difusão do conhecimento, a colaboração e a avaliação por pares. Para a propriedade intelectual, isto significou uma cisão na matéria patenteável: inventos eram o objeto das patentes, não o conhecimento em si, pois este era o domínio da ciência (CORIAT; WEINSTEIN, 2009).

O fortalecimento da pesquisa in-house significou o desenvolvimento de verdadeiras “fábricas de inovação” (CORIAT; WEINSTEIN, 2009, p. 7). Processos de rotina foram criados para a pesquisa, e a integração dos funcionários dentro da firma passava necessariamente pelo controle do seu know-how e dos processos, técnicas e conhecimentos (inclusive aqueles elementos potencialmente patenteáveis) por parte da companhia. Isto se concretizou por meio da legislação trabalhista.

Especificamente, nos Estados Unidos, pela doutrina do shop right, que admitia o uso e até a propriedade das invenções pela companhia quando inventadas em suas dependências por seus funcionários, e os contratos de trabalho contendo cláusulas no mesmo sentido. Estes fenômenos, então, completaram a formação de um sistema de propriedade intelectual centrado na empresa, e não no indivíduo, em que o novo status trabalhista, por meio da propriedade corporativa dos inventos e a capacidade das empresas de definir os modos de sua remuneração ao inventor, efetivamente anula a justificativa do incentivo individual à criação (CORIAT; WEINSTEIN, 2009).

Nesse novo panorama, a propriedade intelectual assume a forma de um interesse estratégico das empresas. Patentes tornam-se, assim, instrumentos de controle de mercado, e primeiras instâncias de comportamentos anticoncorrenciais envolvendo o seu uso surgem já no começo do século XX – a formação de um patent thicket em torno da tecnologia de comunicação e telefones permitiu à Bell System (posteriormente AT&T) dominar aquele mercado, e a formação de patent pools é uma faceta clara da colusão.

Este foi mais um dos elementos formadores do sistema de propriedade intelectual como se desenha atualmente: os sistemas de controle de comportamentos anticoncorrenciais. Dos anos 1940 aos 1970 nos Estados Unidos, a aplicação do Sherman Act, a lei antitruste estadunidense, foi

severa. As complementaridades institucionais entre os sistemas de PI e concorrência levaram a que as companhias dependessem mais da P&D in-house, pois a severa política de defesa da concorrência dificultava aquisições de outras empresas no mesmo setor; e a uma intensificação das atividades de licenciamento de tecnologias entre empresas, fruto de litígios antitruste, que promoveu a difusão do conhecimento tecnológico (CORIAT; WEINSTEIN, 2009).

A partir dos anos 1980, esse cenário se transformaria. No campo da concorrência, o pensamento econômico a respeito da disputa propriedade intelectual versus concorrência penderia no sentido da redução do controle antitruste. Além disso, a firma se veria mais uma vez transformada, com o modelo de grandes corporações integradas perdendo parte de seu espaço para firmas menores, com menor integração vertical, focadas em um capital tecnológico e na externalização da atividade inventiva (SCOTT MORTON; KYLE, 2011).

Além disso, a acumulação e alocação do capital e as escolhas de investimento (inclusive em P&D), que na fase Fordista anterior se desenvolviam dentro da firma, passam a depender grandemente dos mercados financeiros e seus agentes. Neste contexto, o sistema de propriedade intelectual veria mais três transformações fundamentais que ditariam uma nova forma de funcionamento: primeiro, a extensão da matéria patenteável; segundo, a propriedade intelectual passaria a compor o capital intangível de empresas listadas em bolsa e impactaria as decisões de investimento de acionistas; e terceiro, o processo de harmonização global das normas de PI chegaria ao seu auge nos anos 1990 com a assinatura do Acordo TRIPS (CORIAT; WEINSTEIN, 2009; ORSI; CORIAT, 2006).

A partir dessas transformações, forma-se um novo sistema de propriedade intelectual cujos objetivos são muito distantes daqueles que o fundamentaram inicialmente. A narrativa a respeito desse processo nos Estados Unidos é importante pois em linhas gerais aquele é o modelo que acaba prevalecendo com a harmonização das normas de PI no cenário global.

Esse modelo é caracterizado por uma profunda commoditização do conhecimento. Isto se dá por meio da formação de companhias totalmente especializadas em pesquisa; de mercados de capital para companhias inovadoras; e a possibilidade de patenteamento e licenciamento – até mes-

mo exclusivo – da pesquisa realizada em universidades, com a edição do Bayh-Dole Act. (CORIAT; WEINSTEIN, 2009; ORSI; CORIAT, 2006). Sobre esta legislação, Coriat e Weinstein escrevem:

Até a Lei Bayh-Dole, a política pública era organizada em torno de um princípio relativamente claro: o financiamento público era destinado à pesquisa básica (principalmente universidades e laboratórios públicos); a maioria dos resultados eram, então, livremente publicizados aos agentes de inovação. Inovadores privados, por outro lado, (utilizando seus próprios recursos) eram recompensados pela atribuição de monopólios temporários por meio de patentes. Esta “dicotomia” (subsídios para a pesquisa básica, patentes para a invenção privada) seguia largamente a teoria do desenvolvimento apresentada por Arrow (1962), que a via como uma forma de proteger o bem-estar coletivo mesmo com a proteção patentária. Ao autorizar patentes sobre o resultado de pesquisas realizadas com financiamento público, a Lei Bayh-Dole quebrou esse princípio cardinal de “ciência aberta” do período Fordista. Nesse sentido, a lei está em ampla contradição com os princípios de “bem-estar” que marcaram a política pública nesse domínio por tanto tempo (CORIAT; WEINSTEIN, 2009, n. 28) (tradução do autor).

4. Breves anotações sobre propriedade industrial e ciência, tecnologia e inovação

O novo paradigma para a propriedade intelectual ora exposta apresenta uma série de desafios para a continuidade do sistema de ciência, tecnologia e inovação. Primeiro, muita ênfase recai sobre o patenteamento e licenciamento em universidades, sendo que não há evidências convincentes de que isto seja sustentável: em alguns anos após o Bayh-Dole, a renda proveniente de licenciamento por universidades estadunidenses aumentou significativamente, porém de forma extremamente concentrada: apenas 10 universidades representavam 66% da renda de licenciamentos em 2000 (CORIAT; WEINSTEIN, 2009).

Segundo, paralelamente, o sistema cria incentivos para o atraso na divulgação de descobertas científicas – deixa-se de publicar imediatamente para aguardar a realização do pedido de patente; deixa-se de compartilhar

resultados ou até insumos de pesquisa devido a considerações contratuais no licenciamento da propriedade industrial com parceiros privados.

Terceiro, uma série de empresas especializadas na comercialização da pesquisa básica ganha corpo, dando ensejo ao problema dos “patent trolls” e arriscando o progresso científico e tecnológico, ao tornar inacessível a pesquisa upstream que poderia dar frutos tecnológicos variados.

Quarto, outras estratégias que desvirtuam as normas de PI ganham espaço, como o evergreening baseado no patenteamento secundário e formação de emaranhados de patentes (patent thickets). Enfim, uma série de entraves à difusão do conhecimento são criados e o caráter de bem público da informação gradualmente se perde.

A pesquisa no Brasil sempre esteve ligada ao impulso do Estado de uma maneira ou de outra. Desde a formação de um sistema de institutos de pesquisa em função das necessidades de saúde da população brasileira, as aproximações entre público e privado têm sido essenciais para a formação do sistema nacional de inovação.

Esse sistema também não passou incólume pela flutuações da história econômica brasileira, e ao mesmo tempo que estas últimas conclusões são gestadas, a ciência brasileira vê recordes de falta de financiamento, de professores e pesquisadores que não recebem salários, de cientistas que são obrigados a abandonarem suas pesquisas por falta de recursos, em consequência de uma política de austeridade que vê CT&I como gasto, e não como investimento.

Este artigo foi pensado como um convite à reflexão. Não se trata aqui de decidir com urgência o modo ideal de garantir que as inovações que produzimos contribuam da melhor maneira possível ao bem-estar social. Trata-se, senão, de uma reflexão sobre o futuro que queremos. A questão é que traçado dar hoje ao tratamento da propriedade intelectual, elemento crucial da nossa política de CT&I, para que, no futuro, ela tenha a profundidade e a amplitude de que o país necessita.

Referências

CORIAT, B.; WEINSTEIN, O. Intellectual Property Right Regimes, Firms and the Commodification of Knowledge. SSRN Electronic Journal, v. 5, n. 3, 2009.

- CHAVES, G. C.; OLIVEIRA, M.A.; HASENCLEVER, L.; MELO, L. M. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 2, p. 257–267, fev. 2007.
- CHAVES, G. C. ; GASPAR, W. B.; VIEIRA, M. F. *Tratado de Livre Comércio União Europeia- Mercosul: Estudo de impacto de medida Trips-plus nas compras públicas de medicamentos no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017.
- CHAVES, G. C.; GASPAR, W. B.; VIEIRA, M. F. *Mercosur-EU Free Trade Agreement: Impact analysis of TRIPS-plus measures proposed by the EU on public purchases and domestic production of HIV and Hepatitis C medicines in Brazil*. Rio de Janeiro: Shuttleworth Foundation, 2017.
- MUZAKA, V. *Shaping Global Rules: Proprietary Pharmaceutical Companies as Global Political Actors*. *New Political Economy*, v. 14, n. 2, p. 289–301, jun. 2009.
- MUZAKA, V. Some empirical and theoretical issues. In: *The politics of intellectual property rights and access to medicines*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.
- NOBLE, D. F. *America by Design*. New York: Random House, 1977.
- OMPI. WIPO — A Brief History. Disponível em: <<http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>>. Acesso em: 30 jan. 2018.
- ORSI, F.; CORIAT, B. The New Role and Status of Intellectual Property Rights in Contemporary Capitalism. *Competition & Change*, v. 10, n. 2, p. 162–179, 2006.
- PEREIRA E SILVA, S. H. *Propriedade intelectual e efetivação dos direitos fundamentais: a evolução do sistema internacional de proteção da propriedade intelectual e o direito à saúde*. Pouso Alegre: FDSM, 2014.
- PENROSE, E.; MACHLUP, F. The patent controversy in the nineteenth century. *The Journal of Economic History*, v. 10, n. 1, p. 1–29, maio 1950.

PRADO JÚNIOR, C. História Econômica do Brasil. São Paulo: Brasileira, 2012.

ROGERS, J. E. T. On the rationale and working of the patent laws. *Journal of the Statistical Society of London*, v. 26, n. 2, p. 121–142, jun. 1863.

SELL, S. K. TRIPS was never enough: Vertical forum shifting, FTAs, ACTA and TPP. *Journal of Intellectual Property Law*, v. 18, n. 447, p. 447–478, 2011.

SCOTT MORTON, F.; KYLE, M. Markets for Pharmaceutical Products. *Handbook of Health Economics*, v. 2, p. 763–823, 2011.

SILVA, S. H. P. Inovação em saúde: uma análise da parceria para desenvolvimento de novos produtos farmacêuticos entre UNICAMP e DNDi. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

A AUTORIA DE OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS

Pedro de Abreu Monteiro Campos

Luís Antônio Monteiro Campos

I. INTRODUÇÃO

O Direito, de uma maneira geral, está sempre lidando com uma de suas falhas estruturais: no momento em que nasce já está atrasado, pois busca regular questões anteriores à sua própria existência. (NUNES, 2012) Com as novas tecnologias, esse problema se acentua, uma vez que as transformações técnicas ocorrem em velocidade jamais vista antes. (LANDAUER, 2016)

Dentro desse contexto, os Direitos de Propriedade Intelectual são uns dos mais afetados pelos avanços tecnológicos ágeis, que representam enormes desafios. Pensada para um mundo analógico, a regulação para Direitos do Autor, em seus traços atuais, tem origens no século XV.

Na Antiguidade, havia pouca ou nenhuma noção de propriedade intelectual. (CARBONI, 2015) Com a invenção da prensa de tipos móveis de Gutenberg, em cerca do ano de 1450, a cópia de obras intelectuais se tornou mais rápida, barata e massificada. Desse modo, discussões sobre propriedade de obras intelectuais começaram a ser introduzidas e a ganhar destaque. Alguns séculos depois, foi promulgada aquela que é considerada a primeira legislação sobre Direitos Autorais nos termos atuais: o Estatuto de Ana, de 1710.

Schirru (2016) explica que, no século XVIII, ratificou-se a visão romantizada do autor e da obra – noção tradicionalmente associada ao

Direitos Francês. O autor passou a ser visto como um gênio e a obra como uma extensão de sua própria alma – de sua essência. (WOODMANSE, 1984)

Desde então, os Direitos do Autor sofreram poucas alterações fundamentais. A Convenção da União e Berna, de 1886, foi o primeiro e principal tratado internacional a regulamentar as proteções de direitos autorais. Naturalmente, naquele momento, sequer se pensava na possibilidade de Inteligências Artificiais capazes de produzir obras.

Exemplo disso é o tempo de proteção das obras autorais. O Artigo 7 estabelece como marco inicial de contagem a morte do autor. Caso Inteligências Artificiais tenham direitos autorais, então, como contar o seu tempo de proteção? Considerando que uma Inteligência Artificial não morre, por que sempre pode ser transferida para outro corpo físico, as obras de autoria de robôs nunca entrariam em domínio público? E no caso de obras feitas por Inteligências Artificiais com base em artistas humanos que as precederam?

Nenhuma legislação no mundo é capaz de lidar de forma clara com perguntas como essas – pelo menos não de forma preconcebida e intencional. Como contextualização, a Lei Brasileira de Direitos Autorais (Lei n. 9.610) data de 1998, o começo da era da internet. Houve tentativas de atualizar a legislação, mas restaram infrutíferas.

O movimento mais intenso de atualização da legislação acerca de Direitos Autorais no Brasil ocorreu nos meados da década de 2010. (REIA, 2015) Desde então, a situação se agravou mais ainda – uma nova discussão de atualização da legislação teria que começar praticamente de seu início, visto que novas tecnologias foram desenvolvidas desde então.

Dentre tantas tecnologias que se expandiram desde a última tentativa de atualização da legislação, está a Inteligência Artificial. Se, naquela época, era vista como objeto de ficções científicas, hoje, já é relativamente comum. Ainda que poucas pessoas compreendam bem do que se trata e de seu potencial, a Inteligência Artificial vem sendo desenvolvida para além do que o censo comum imagina. Dentre muitas utilidades surpreendentes do uso da Inteligência Artificial, está a criação de obras artísticas e intelectuais.

O projeto “The Next Rembrandt” foi desenvolvido pelo Grupo Ing, instituição financeira holandesa, em parceria com a Microsoft, o Museu

Het Rembrandthuis, o Museu Mauritshuis e a Universidade Técnica de Delft.⁷⁷ As empresas tinham como objetivo determinar e desenvolver aquela que seria a próxima obra de Rembrandt, caso não tivesse falecido.

Alimentando um sistema de Inteligência Artificial com todas as obras conhecidas do artista, os cientistas conseguiram reduzir as obras do autor às características principais que a nova peça deveria possuir: um retrato, de um homem caucasiano, com barba, idade aproximada de trinta a quarenta anos, vestindo roupas pretas, com gola branca e um chapéu, e virado para a direita.

Tendo o objeto identificado, os cientistas precisavam dominar o estilo de Rembrandt, conhecido por seu excepcional domínio de sombra e luz. Para isso, projetaram um software que analisou os retratos do autor com base em geometria, composição e materiais de pintura. Um algoritmo de reconhecimento facial identificou e classificou os padrões geométricos mais típicos usados por Rembrandt para pintar características humanas. Em seguida, usou os princípios aprendidos para replicar o estilo e gerar novos recursos faciais para a nova pintura.

Agora que já tinham a imagem em duas dimensões, os cientistas precisavam “dar vida” à obra, haja visto que pinturas contêm elementos tridimensionais relativos à forma como se faz pinceladas, a força aplicada, o tipo de tinta, entre outras características.

Tendo escaneado em três dimensões todas as obras do pintor, os cientistas possuíam uma grande base de dados sobre a textura de Rembrandt, a força que aplicava em suas pinceladas, os pigmentos que utilizava etc. Criaram um mapa de altura usando dois algoritmos diferentes que encontraram padrões de textura de superfícies de tela e camadas de tinta. Essa informação foi transformada em dados de altura, permitindo que o software imitasse as pinceladas usadas por Rembrandt,

Por fim, utilizaram uma técnica de impressão elevada em uma impressora 3D que produz várias camadas de tinta UV à base de tinta óleo. O mapa de altura final determinou a quantidade de tinta que foi liberada na tela durante cada camada do processo de impressão. No final, treze camadas de tinta foram impressas, uma sobre a outra, para criar uma textura de pintura fiel ao estilo de Rembrandt.

77 Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com/>

Esse caso pode parecer único e inusitado. Contudo, casos em que Inteligências Artificiais desenvolvem obras intelectuais e artísticas se tornam mais comuns a cada dia. Não se trata de futurismo, mas de uma transformação que já está ocorrendo – uma tecnologia que já existe. Outros exemplos envolvem criações de músicas com base na obra dos Beatles⁷⁸ e do rapper brasileiro Sabotage⁷⁹. Um exemplo mais corriqueiro são as traduções desenvolvidas pelo Google Tradutor. Sabe-se que a Lei de Direitos Autorais protege as traduções com os chamados Direitos Conexos.⁸⁰ Assim, está ao alcance, gratuitamente, de todos que possuem acesso à internet, utilizar uma Inteligência Artificial para produzir obra protegida por direitos de Propriedade Intelectual.

O surgimento, aprimoramento e popularização dessa nova tecnologia levanta diversos debates no campo ético, moral e até religioso – visto que se aproxima da própria imortalidade dos autores. A despeito de haver uma ampla gama de debates oriundos desse contexto, este trabalho visa responder a duas perguntas: (i) no âmbito do direito autoral brasileiro, uma Inteligência Artificial – um robô – pode ser considerado autor de uma obra?; (ii) Inteligências Artificiais – robôs – deveriam ser considerados autores de obras?

II. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CRIATIVIDADE

Ainda que brevemente, é necessário trazer uma conceituação de Inteligência Artificial. A palavra “inteligência” tem origem no grego e sua etimologia decorre da combinação das palavras “inter” (que significa “entre”) e “legere” (que significa “escolher”). A inteligência, portanto, é a capacidade de escolher entre diversas opções a partir de um parâmetro predeterminado.

O termo Inteligência Artificial foi cunhado em 1956 por John McCarthy (2007) que, em uma conferência na Universidade de Dartmouth definiu Inteligência Artificial como “a ciência e engenharia de produzir máquinas inteligentes”.

78 Disponível em <http://www.flow-machines.com/>

79 Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Cultura/noticia/2016/11/como-o-spotify-ressuscitou-o-rapper-sabotage-com-inteligencia-artificial.html>.

80 Artigo 7, inciso XI, LDA.

Andreas Kaplan e Michael Haenlein (2018) definem a inteligência artificial como “uma capacidade do sistema para interpretar corretamente dados externos, aprender a partir desses dados e utilizar essas aprendizagens para atingir objetivos e tarefas específicos através de adaptação flexível”. Há, ainda, autores que definem Inteligência Artificial como “o ramo da ciência da computação que se ocupa do comportamento inteligente”. (LUCAS, 2004)

O censo comum, muitas vezes, associa a Inteligência Artificial com robôs humanoides. Essa relação não é necessariamente verdade. A base da Inteligência Artificial é o tratamento de dados e se constitui, basicamente, de um software.

A criatividade, seja decorrente de inteligência humana ou artificial, é composta por esses três processos: copiar, transformar e adaptar. (FLA-TFH, 2007) A partir do momento em que um software com Inteligência Artificial é capaz de analisar uma base de dados com o intuito de copiar, transformar e adaptar obras, ele é dotado de criatividade.

Nesse sentido, o resultado desse processo de criatividade – a obra – não é essencialmente diferente quando vinda de uma Inteligência Artificial ou humana. Tanto o ser humano quanto a máquina analisaram uma base de dados (que no caso do autor humano pode ser descrita romanticamente como suas “referências”), copiaram, combinaram e transformaram, criando uma nova obra.

Se as obras advindas de Inteligências Artificiais não possuem nada de fundamentalmente diferente das obras produzidas por Inteligências Humanas – pelo menos em relação ao processo criativo –, a legislação deve tratar máquinas como autores? Para responder essa pergunta, é preciso olhar para as justificações por trás de Direitos Autorais.

III. O QUE DIREITOS AUTORAIS PROTEGEM? QUEM É O AUTOR NO DIREITO BRASILEIRO?

No Brasil, seguindo a tradição francesa de Direito do Autor – em contrapartida com o copyright anglo-americano – a legislação de Direitos Autorais comporta duas dimensões: os direitos morais e os direitos patrimoniais.

Os direitos morais, elencados no artigo 24 da LDA, estão ligados à personalidade do autor e, por isso, são inalienáveis e irrenunciáveis,

nos termos do artigo 27 da mesma lei. Essa dimensão dos direitos do autor está intimamente ligada com determinadas teorias justificadoras do estabelecimento de direitos autorais, em especial aquelas românticas, que entendem a obra como uma extensão da alma e da essência do autor. A propriedade à obra autoral seria, dessa maneira, um direito natural. (JASZI, 1991)

No mesmo sentido dos Direitos Autorais enquanto direitos naturais, está uma justificativa profundamente associada à filosofia Lockeana sobre propriedade. Por se tratar de um fruto do seu trabalho, ainda que intelectual, o autor teria um direito natural à propriedade, nos termos originalmente pensados por Locke (1690): “os indivíduos possuem direito de possuir como propriedade qualquer coisa que produza por sua própria iniciativa, inteligência e indústria”. (tradução livre)

A premissa desse raciocínio Lockeano é que os indivíduos possuem direito natural ao próprio corpo, dado por Deus. Como consequência, sendo o trabalho uma expressão produtiva do próprio corpo, o indivíduo tem direito natural aos frutos do seu trabalho. (CRAIG, 2002) Como será visto adiante, essa perspectiva justificadora de direitos autorais se torna infundamentada quando se depara com criações de Inteligências Artificiais.

A dimensão patrimonial dos Direitos Autorais, por sua vez, está profundamente ligada a teorias filosóficas teleológicas. Os artigos 28 e seguintes da LDA elencam os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra como expressão de uma lógica de compensação ao autor pelo investimento financeiro, de tempo e de outros recursos para a confecção da obra.

Um autor muito citado por sua perspectiva teleológica dos direitos de propriedade intelectual é Richard Posner. Analisando a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito, Posner (1974) destaca um *tradeoff* para justificar a propriedade intelectual:

“é o benefício dinâmico dos direitos de propriedade, e o resultado é o *tradeoff* de “acesso versus incentivos”: cobrar um preço por um bem público reduz o acesso a esse bem (é um custo social), tornando-o artificialmente escasso, mas, antes de tudo, aumenta o incentivo para que seja inventado, o que possivelmente é um valor social mais valioso.”

O argumento de Posner se assimila em muito a uma concepção utilitarista de justiça. O autor reconhece haver um “custo social” decorrente da propriedade intelectual – a redução do acesso ao bem em questão. Contudo, entende que o “valor social” gerado pelo incentivo à criação se sobrepõe a esse custo, justificando o tratamento das obras intelectuais como propriedade e, assim, dando o direito ao autor de excluir terceiros.

Como se verá adiante, essa lógica também não se aplica a obras criadas por Inteligências Artificiais. Uma vez desenvolvido, o *software* não precisa de nenhum incentivo para desenvolver novas obras. Pode-se argumentar que é necessário algum tipo de incentivo para que desenvolvedores tenham interesse em programar *softwares* capazes de criar obras. Contudo, tais incentivos não se confundem: o primeiro diz respeito a incentivar a criação de obra – trata-se de Direito Autoral. O segundo diz respeito a incentivar desenvolvimento de *software* – trata-se de proteção pela Lei de Software.

IV. A AUTORIA DAS OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Por escolhas legislativas que, certamente, não tinham relação com a possibilidade de Inteligência Artificial vir a produzir obras protegidas por Direitos Autorais, a legislação brasileira fornece respostas claras à pergunta sobre a possibilidade de uma Inteligência Artificial ser considerada autora para fins da lei.

O artigo 11 da Lei de Direitos Autorais evidencia um problema basilar para que robôs sejam autores. O dispositivo determina que apenas Pessoas Físicas podem ser consideradas autoras para fins da lei brasileira. Por não ser Pessoa Física – por sequer ter personalidade e, portanto, não ser sujeito de Direitos – um robô não pode ser considerado autor.⁸¹

A doutrina especializada (RAMOS, 2010) também aponta ao fato de que o artigo 7 da LDA traz o termo “criação do espírito” como condição para que uma obra seja protegida por Direitos Autorais. A interpretação

81 Há debates profundos na academia sobre a necessidade ou não de robôs se tornarem sujeitos de Direito. Vide CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade. Quando os Robôs serão sujeitos de Direito*. Curitiba. Editora Juruá. 2013.

desse termo, para essa parte da doutrina, exigiria que para que um indivíduo fosse tido como autor, ele deveria ter algum grau de previsibilidade sobre o resultado final da obra. Nesse sentido:

“Se o resultado final é previsível e quem opera o computador se dirige à caracterização de uma determinada idéia criadora – o vínculo de autoria individual não é posto em causa. [...] O resultado não deixa de ser previsto e intencionalmente prosseguido pelo operador. Este e só este é o autor, e as regras normais da autoria não são afetadas. III – Diferente é a situação quando se atinge um grau de indeterminação que escapa a todo o controle ou previsão do operador. Isto é tornado possível através de programas adequados. O operador pode programar a produção de um resultado cujos parâmetros determina, mas não pode prever o conteúdo desse mesmo produto. [...] Neste caso, é de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal de autor.”

Schirru (2016), citando Ascensão (1997) e Ramos (2010), explica que:

“parte da doutrina trata do critério da previsibilidade do resultado para fins de aferição da titularidade, e até mesmo da tutela pelo direito autoral, sobre uma determinada criação, apontando que, havendo imputação por um resultado final, poderia se falar em uma autoria por parte do programador, que estaria utilizando um sistema de IA como mera ferramenta.”

O critério da previsibilidade não parece ser o mais adequado para resolver a questão em tela. No caso de obras construídas com base em um artista específico, por exemplo, há um elevado grau de previsibilidade sobre o resultado final da obra – ainda que não total. É o caso do *The Next Rembrandt*, exemplo já trazido ao início deste trabalho. Ainda que não se soubesse exatamente como seria o resultado final, à medida que o processo foi se desenvolvendo, a obra final ia se tornando cada vez mais previsível – principalmente após a definição do objeto: um retrato, de

um homem caucasiano, com barba, com idade aproximada de trinta a quarenta anos, vestindo roupas pretas com gola branca e um chapéu, e virado para a direita.

Além disso, nem sempre obras artísticas criadas por seres humanos possuem resultados previsíveis. O Dadaísmo, por exemplo, movimento artístico do começo do Século XX, se fundamentava, justamente, na aleatoriedade, no acaso e no caos. A expressão máxima da aleatoriedade do resultado final buscado por artistas desse movimento é uma poesia de Tristan Tzara, um dos líderes do movimento:

“Pegue um jornal.

Pegue uma tesoura.

Escolha no jornal um artigo do tamanho que você deseja dar ao seu poema.

Recorte o artigo.

Recorte em seguida com atenção algumas palavras que formam esse artigo e meta-as num saco.

Agite suavemente.

Tire em seguida cada pedaço um após o outro.

Copie conscienciosamente na ordem em que elas são tiradas do saco.

O poema se parecerá com você.

E ei-lo um escritor infinitamente original e de uma sensibilidade graciosa, ainda que incompreendido do público.”⁸²

Na música, também há um movimento em que o resultado final da obra não era previsto pelo autor. A Música Aleatória, movimento ocorrido

82 Excerto de *The Dada Almanac*, ed Richard Huelsenbeck [1920], re-edited and translated by Malcolm Green et al., *Atlas Press*, with texts by Hans Arp, Johannes Baader, Hugo Ball, Paul Citröen, Paul Dermée, Daimonides, Max Goth, John Heartfield, Raoul Hausmann, Richard Huelsenbeck, Vincente Huidobro, Mario D'Arezzo, Adon Lacroix, Walter Mehring, Francis Picabia, Georges Ribemont-Dessaignes, Alexander Sesqui, Philippe Soupault, Tristan Tzara. [ISBN 0-947757-62-7](https://doi.org/10.1017/9781107304444)

no século XX, inventado por Pierre Boulez, era baseado na possibilidade aberta das composições.⁸³ Tal movimento teria sido baseado em uma prática antiga, atribuída a Mozart, de compor músicas completamente aleatórias com base em parâmetros definidos no lançamento de dados.⁸⁴

Os teóricos da arte não falham em reconhecer o valor artístico desses movimentos e de sua influência para o desenvolvimento autoral que se seguiu no século XX e XXI. (DADA, 2005) Desse modo, o estabelecimento do parâmetro da previsibilidade do resultado final parece falho para determinar se uma obra é merecedora de proteção autoral e de quem é sua autoria.

O presente trabalho, contudo, não busca responder à pergunta sobre a quem pertence a autoria das obras criadas por Inteligência Artificial no Brasil. O que se visa é analisar se esses *softwares* dotados de Inteligência podem ser considerados autores e se devem ser considerados autores. Desse modo está respondida a primeira pergunta: por não possuírem personalidade nos termos da legislação brasileira, robôs não são autores.

Ainda assim, vale ressaltar que não há que se falar em direitos autorais do programador sobre a obra derivada pela Inteligência Artificial. O software não é um mero instrumento do programador para produzir a obra. Como visto, o processo criativo é elaborado pelo programa – ele que combina, transforma e copia, ele que é criativo. No caso do pincel, o processo criativo ocorre na mente do pintor que o expressa através do pincel. No caso do software, é o próprio que realiza o processo criativo, de modo que não há como atribuir ao programador a autoria de um processo criativo criado por terceiro (mesmo que esse terceiro seja um robô).

Contudo, vale ressaltar que a constatação de que o software não é autor da obra cria dificuldades práticas para fins legais, uma vez que o programador também não é o autor. Sem autoria, não há que se falar em titularidade (BRANCO, 2011) e, portanto, a obra já nasceria no Domínio Público.

83 Excerto de The Canadian Encyclopedia: "Aleatoric Music" <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=u1ARTU0000045> The Canadian Encyclopedia: "Aleatoric Music"

84 Ver Mozart's Musikalisches Würfelspiel <http://sunsite.univie.ac.at/Mozart/dice/> Mozart's Musikalisches Würfelspiel

Pode-se estranhar tal constatação, mas as lições de Denis B. Barbosa (2006) ajudam a combater essa estranheza: “não parece haver uma antinomia entre o domínio público e a economia de mercado”. No mesmo sentido, Ascensão destaca que o domínio público não deve ser encarado como “o cemitério das obras que perderam interesse”, mas como o “espaço de diálogo social livre”. (ASCENÇÃO, 2007)

Passa-se, então, à pergunta seguinte: robôs deveriam ser autores para fins da legislação?

V. ROBÔS DEVERIAM SER AUTORES?

Como visto anteriormente, a concepção de direitos autorais se dá por dois prismas de justificativas. As teorias de justificação deontológica costumam estar assimiladas a uma visão romântica da autoria – as obras merecem proteção por serem uma extensão da alma do autor.

Parte da doutrina se dedica a criticar essa visão de um modo geral. A professora escocesa Carys Craig (2002) alega que utilizar a visão Lockeana para justificar Direitos Autorais é ignorar algumas das normas estabelecidas pelo próprio autor. A primeira delas é que o direito natural aos frutos do próprio trabalho só existe na hipótese de a apropriação desse bem não causar danos a terceiros. Pela própria natureza restritiva de acesso, a autora entende que a propriedade intelectual fere tal premissa de Locke.

A segunda norma Lockeana é que o indivíduo não pode se apropriar de tantos bens que não consiga dar utilidade a todos, causando seu perecimento. Para a autora “ideias podem estragar: uma vez apropriadas, sua vida útil e a extensão de sua utilidade se torna extremamente reduzida e restrita”.

Se as teorias românticas e deontológicas de justificação para direitos autorais já enfrentam críticas em relação a autores humanos, essas críticas ganham dimensão ainda mais ampla no caso de Inteligência Artificial. Primeiro porque a premissa dessas teorias é a existência de uma alma – algo que uma Inteligência Artificial, enquanto objeto, não possui. Segundo porque outra premissa dessa teoria é a existência de personalidade: a personalidade expressa na arte. A arte seria uma exteriorização dos sentimentos, angústias, pensamentos, gênio e outras características efêmeras do autor que, novamente, uma Inteligência Artificial não possui.

Terceiro porque a premissa de todo o raciocínio é a propriedade do próprio corpo, cedida diretamente de Deus ao indivíduo. Ora, uma Inteligência Artificial não foi criada por Deus e nem sequer possui um corpo. Assim, o argumento perde força desde sua concepção.

As justificativas teleológicas do Direito do Autor também encontram críticas gerais. A ideia de que a criação artística, científica e intelectual necessita de incentivos financeiros por meio de monopólios é constantemente refutada com um fato incontestável: a autoria precede os direitos autorais. (BARBOSA, 2003)

Ainda assim, não se pode negar que incentivos à inovação e à criação autoral são benéficos de uma maneira geral. O que muito se critica é a extensão desses direitos e seus abusos. (LESSIG, 2004) Contudo, ainda que se entenda que a criação de incentivos financeiros é fundamental para que indivíduos produzam obras, o mesmo não se pode dizer sobre Inteligência Artificial.

Uma vez desenvolvido, o software dotado de Inteligência Artificial não precisa de nenhum tipo de incentivo financeiro para continuar a produzir obras. Imagine, por exemplo, o caso ilustrativo do projeto The Next Rembrandt. Os softwares já foram criados e são capazes de produzir obras – basta que um indivíduo esteja disposto a repetir o processo.

O que se poderá dizer é que esse indivíduo ou pessoa jurídica precisará de incentivos para continuar investindo no aprimoramento e no desenvolvimento de outros softwares de Inteligência Artificial. Tal proteção, contudo, não se confunde com a autoria da obra, mas sim com a titularidade sobre o software desenvolvido.

A proteção de software, no Brasil, é regida pela Lei 9.609/98. Desenvolvida há mais de 20 anos, essa lei cria um sistema de proteção similar aos direitos autorais, porém com certas divergências. Especialmente sobre os temas debatidos nesse trabalho, uma das principais diferenças são os direitos morais mitigados (artigo 2º).

Um problema para o novo paradigma de Inteligências Artificiais criando obras artísticas e intelectuais, contudo, não é uma diferença com a lei de direitos autorais, mas uma semelhança. Sem disposição em contrário na legislação específica e seguindo a regra geral dos direitos autorais, apenas pessoas físicas podem ser autoras de softwares. Essa disposição legal mantém as dificuldades conceituais de estabelecimento de autoria

e, certamente, não resolve por completo o problema do incentivo para desenvolvimento de softwares.

Apesar de haver críticas ao sistema, contudo, o incentivo para o desenvolvimento desses softwares dotados de criatividade já está presente através da legislação de software. Esse incentivo não se confunde com a criação de obra autoral em si. Talvez, portanto, fosse produtiva uma alteração na legislação de proteção de softwares para incluir que as obras derivadas do programa de computador desenvolvidos por um programador são de propriedade deste último.

Tais incentivos criados não se confundem com direitos autorais, visto que não há autoria. Também excedem os direitos de software conforme estabelecidos pelas normas nacionais e os tratados internacionais vigentes. Desse modo, parece que o direito vive um momento de transformação em que, possivelmente, seja desenvolvida uma nova seara de direitos de propriedade intelectual que não se confundem com direitos autorais, de software ou nenhum dos demais já existentes hoje.

De todo modo, as justificativas teleológicas de proteção autoral também perdem seu sentido quando aplicadas a robôs.

Sem motivos para tanto, visto que as justificativas deontológicas e teleológicas para a proteção autoral perdem força quando aplicadas aos softwares, não há razão para transformar robôs em possíveis autores. No lugar disso, parece ser mais frutífero desenvolver mecanismos eficientes de incentivo ao desenvolvimento de softwares.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Inteligências Artificiais criativas já são uma realidade que se expande e se aprimora a cada segundo. A legislação não está preparada para lidar com questões de direitos autorais referentes a esses novos artistas, mas fornece resposta fácil: no Brasil, Inteligência Artificial não pode ser autora por sequer possuir personalidade civil. O argumento do contributo mínimo, pensado como a necessidade de previsibilidade do resultado final não parece suficiente.

Uma análise das teorias que justificam a criação e o estabelecimento de direitos autorais mostram que tais lógicas não se aplicam ao caso de autores robôs. Desse modo, robôs não devem ter direitos de autor. No que pese

essa constatação, é possível que se pensem mecanismos de incentivos ao desenvolvimento de softwares dotados de Inteligência Artificial criativa. O meio de realizar tais incentivos é pela legislação específica de software, não de atribuição de autoria a robôs.

É interessante notar que muitos dos problemas referentes à autoria de robôs são similares, em alguma medida, às críticas do próprio sistema de direitos autorais em si. Nesse sentido, essa nova tecnologia funciona como uma lente de aumento que mostra os problemas sistemáticos de forma mais clara, como as críticas acerca da filosofia Lockeana como justificadora da propriedade intelectual e das teorias teleológicas para justificar as proteções legais.

VII. BIBLIOGRAFIA

ANDREAS Kaplan; Michael Haenlein (2018) Siri, Siri in my Hand, who's the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence, *Business Horizons*, 62(1)

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. Ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 762

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Fundamento do Direito Autoral como Direito Exclusivo*. Manuscrito, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. *Domínio Público e Patrimônio Cultural*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga e WACHOWICZ, Marcos (coord.), *Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. Texto de 2005, disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bruno.pdf>.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro: Uma Obra em Domínio Público*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

CARBONI, Guilherme. *Direitos Autorais e Novas formas de autoria: processos interativos, meta-autoria e criação colaborativa*. *Revista de*

- Mídia e Entretenimento do IASP. Ano I, Vol I. Coordenação de Fábio de Sá Cesnik e José Carlos Magalhães Teixeira Filho. Jan-Jun. 2015.
- CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. Direito e Pós-Humanidade. Quando os Robôs serão sujeitos de Direito. Curitiba. Editora Juruá. 2013.
- CRAIG, Carys J. Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean approach to Copyright Law. Available at: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=851091091009083087089113113106073099034023058067019062072066000100008096081021099123034016097101060099003106123098013093112094026058012038004024004112105110076005101042026047065078121077093083089065011115099100117075010095024023087026016075121099085069&EXT=pdf>
- DADA : La révolte de l'art, Paris, Gallimard / Centre Pompidou, collection "Découvertes Gallimard" (nº 476), 2005.
- FLATH, C.M., Friesike, S., Wirth, M. et al. J Inf Technol (2017) 32: 306. <https://doi.org/10.1057/s41265-017-00439>
- JOHN Locke, "Second Treatise of civil Government", 3d ed., Cambridge University Press.
- LANDAUER, Carl. From Moore's Law to Moore's Utopia: The candy crushing of internet law. Leiden Journal of International Law. Vol 29. Dez, 2016;
- LESSIG, Lawrence (2004). *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity (US 1st hardcover ed.)*. Penguin Press HC. ISBN 1-59420-006-8.
- LUGER, George F (2004). Inteligência Artificial. Estruturas e Estratégias para a Solução de Problemas Complexos 4ª ed. Porto Alegre: Bookman. p. 23. 774 páginas. ISBN 85-363-0396-4

MCCARTHY, John; Hayes, P. J. (1969). “Some philosophical problems from the standpoint of artificial intelligence”. *Machine Intelligence*. 4: 463–502. CiteSeerX 10.1.1.85.5082. Archived from the original on 10 August 2007. Retrieved 30 August 2007.

Mozart’s Musikalisches Würfelspiel <http://sunsite.univie.ac.at/Mozart/dice/> Mozart’s Musikalisches Würfelspiel

NUNES, Loreny. BUSSINGER, Elda. **TEMPO SOCIAL X TEMPO LEGISLATIVO: UMA ANÁLISE DA PRODUÇÃO DE LEIS NO BRASIL. Associação dos juizes do Rio Grande do Sul. 7 jan. 2012.**

PETER Jaszi, “Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of Authorship” (1991) Duke L.J.POSNER, Richard A.; LANDES, William M. *The Economic Structure Of Intellectual Property Law*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 1974.

REIA, Jhessica; MIZUKAMI, Pedro. Reformando a lei de direitos autorais: desafios para o novo governo na área da cultura. *RECIIS - Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, v. 9, 2015.

RAMOS, C.R. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de PósGraduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica. Rio de Janeiro, 2010. 211fl.

SCHIRRU, Luca. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO AUTORAL: O DOMÍNIO PÚBLICO EM PERSPECTIVA**. 2016.

SCHIRRU, Luca. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O DIREITO AUTORAL: O DOMÍNIO PÚBLICO EM PERSPECTIVA**. 2016.

The Dada Almanac, ed Richard Huelsenbeck [1920], re-edited and translated by Malcolm Green et al., Atlas Press, with texts by Hans Arp, Johannes Baader, Hugo Ball, Paul Citroën, Paul Dermée, Daimonides, Max Goth, John Heartfield, Raoul Hausmann, Richard Huelsenbeck, Vincente Huidobro, Mario D'Arezzo, Adon Lacroix, Walter Mehring, Francis Picabia, Georges Ribemont-Dessaignes, Alexander Sesqui, Philippe Soupault, Tristan Tzara. ISBN 0-947757-62-7

The Canadian Encyclopedia: "Aleatoric Music" <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=u1AR-TU0000045> The Canadian Encyclopedia: "Aleatoric Music"

WOODMANSEE, Martha. The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author". Eighteenth-Century Studies, Vol. 17, No. 4. Special Issue: The Printed Word in the Eighteenth Century. The John Hopkins University Press. 1984. pp. 425-448.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO PROCEDIMENTO ARBITRAL BRASILEIRO

Yasmin Xavier Vianna Galhardo

INTRODUÇÃO

Com a inserção das novas tecnologias no cotidiano da sociedade, observa-se grande potencial para a aplicação de ferramentas como algoritmos e inteligência artificial (IA) nos mais variados aspectos das relações humanas.

No que tange o Direito, a inteligência artificial tem apresentado benefícios quanto à automatização de tarefas, gerando maior agilidade e precisão, como pode ser observado por exemplo no procedimento arbitral, atividades de tribunais e escritórios de advocacia.

O desenvolvimento da tecnologia da IA está conferindo a computadores a capacidade de aprender e atuar de forma autônoma, independente de instrução particular de um ser humano. A partir desse cenário, apresentam-se diversos questionamentos na seara regulatória como a responsabilidade civil e penal por danos causados pelos atos autônomos da IA, a personalidade jurídica de robôs, o direito à explicação, dentre outros.

A arbitragem no Brasil, prevista através da Lei 9.307/96 é um meio alternativo de solução de conflitos, sendo em determinadas situações mais vantajosa do que o processo judicial.

A participação da tecnologia neste procedimento pode ser entendida como um instrumento facilitador para as partes e juristas, na medida em que viabiliza videoconferências, registros eletrônicos, pesquisas jurídicas, nomeação de árbitros, processamento analítico e até mesmo a elaboração de decisões. Neste último aspecto, o uso da IA seria para elaborar seções da decisão arbitral, tais como a identificação das partes, a história processual, a cláusula de arbitragem, a lei aplicável, as posições das partes e os custos.

Contudo, não se deve deixar de observar as problemáticas envolvidas no tema como a confidencialidade de sentenças, base de dados de análise, princípio do contraditório e igualdade entre as partes.

No Brasil, a aplicação das ODR – Online Dispute Resolution tem ganhado cada vez mais notoriedade, uma vez que se revela como uma alternativa que viabiliza organização e aferição de resultados de solução de controvérsias através de plataformas digitais, o que proporciona maior acessibilidade e baixo custo à sociedade.

Este artigo tem por objetivo traçar um paralelo entre Direito e inteligência artificial, analisando o emprego desta tecnologia ao procedimento arbitral no Brasil, examinando como os algoritmos são formulados, os erros e possíveis correções.

Desta forma, a compreensão dos impactos que a IA pode ter sobre os indivíduos, bem como a capacidade de desafiar decisões tomadas com base em seu uso revela-se essencial para otimizar os resultados de sua aplicação para toda a sociedade.

1 O DIÁLOGO ENTRE DIREITO E TECNOLOGIA NA ERA DA CONTEMPORANEIDADE

As determinações jurídicas de uma época são oriundas dos fatos e características de uma sociedade, visando assim atender os anseios que surgem em uma comunidade. Estes regulamentos possuem fortes influências sobre as transformações sociais e constantemente precisam ser adequados.

No que diz respeito aos elementos que ensejam alterações recíprocas entre as relações jurídicas, econômicas e a formulação de políticas públicas, o desenvolvimento tecnológico tem grande destaque e impacto, pois além de ser contínuo, a tecnologia pode auxiliar nas relações sociais, mas também colocar em risco interesses que o Direito visa proteger.

1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO E A INSERÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS NA VIDA SOCIAL

A história da tecnologia está intrinsecamente relacionada à da ciência e a forma como o ser humano adquire conhecimento de modo a tornar determinados instrumentos úteis e criar inovações a partir de elementos do meio.

O surgimento da Internet se deu no contexto da Guerra Fria, em que o Departamento de Segurança dos Estados Unidos procurava aprimorar a comunicação em suas Forças Armadas e evitar possíveis ataques soviéticos, criando, então, um sistema descentralizado de computadores nomeado de Arpanet (CASTELLS, 1999).

No Brasil, o que viabilizou a sua chegada foi a processadora de rede chamada BitNet (rede de universidades norte americanas) que conectava a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) ao Fermilab, laboratório de física especializado no estudo de partículas atômicas, localizado em Illinois (CORRÊA, 2002).

Com a Internet, um novo espaço de interação social surgiu e, assim, diante de uma série de consequências jurídicas oriundas deste novo ambiente, a necessidade de um regramento.

Lidar com questões decorrentes da Internet como a proteção de dados pessoais, crimes cibernéticos, aspectos trabalhistas e valor probatório de suportes de informação são apenas alguns dos aspectos que devem ser analisados sob o ponto de vista jurídico.

A origem do direito digital está relacionada às relações sociais e ao alcance proporcionado pela interatividade entre os indivíduos, instituições e Estado, identificando que toda transformação tecnológica também se configura como uma mudança social e, consequentemente, jurídica.

Pode-se dizer que o direito digital reflete a evolução do próprio direito, uma vez que reúne áreas já existentes diante de situações que passam a integrar as relações tecnológicas, abrangendo os princípios fundamentais e institutos existentes, bem como demandando novo regramento.

Nesse sentido, a advogada e professora Patricia Peck (2016, p.77-78) afirma:

O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicadas até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional, etc.

O direito digital, apesar de ser um ramo relativamente novo e de demandar uma legislação específica, consegue também dialogar com outros ramos já existentes como por exemplo o Civil, através de ação por danos morais ocasionada por divulgação de fotos íntimas na internet; o Penal, pelos crimes cometidos pela internet e Tributário, através da incidência de impostos sobre transações online.

A incorporação da tecnologia no cotidiano da sociedade é constante e ocorre cada vez mais com uma velocidade surpreendente. Já a evolução da legislação ocorre de modo mais lento, e isto se concretiza como um grande desafio para o Direito, visto que situações que antes não ocorriam no cotidiano de uma comunidade passam a integrar episódios inéditos com consequências muitas vezes desconhecidas.

Saber como regular a falha de uma máquina durante uma cirurgia, um acidente doméstico causado pela falha na automação de equipamentos, hora extra realizada pelo uso de smartphone, função fiscalizatória entre governo e empresas são algumas das hipóteses que retratam a relação entre Direito e tecnologia.

Dessa forma, por lidar com um ambiente em que as relações jurídicas se apresentam em diferentes contextos, o direito digital deve atentar para como a sociedade se comporta diante de novos recursos tecnológicos que são criados, bem como os consequentes fatos jurídicos.

1.2 AUTOMAÇÃO E A ECLOSÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A adequação de leis e normas, faz com que os operadores do Direito precisem observar a evolução da história do homem, bem como a inserção de inovações no dia a dia da sociedade.

A compreensão da crescente automação de atividades laborativas, bem como o surgimento da inteligência artificial é essencial para que a interlocução entre Direito e mundo real seja satisfatória.

Entende-se que a automação de um processo corresponde àquele que responde a comandos, mas com o mínimo de interferência humana, ao passo que a inteligência artificial possibilita máquinas a agirem de modo autônomo a partir de ações e dados recebidos (GABRIEL, 2018).

Com a automação é possível verificar qualidade no processo, reduzindo erros e tempo de entrega. Com a IA os benefícios são ainda maiores na medida em que é possível fazer o cruzamento de informações, monitoramento e apresentação de resultados que revelam maneira mais eficiente para executar determinada tarefa (TEGMARK, 2017).

Um exemplo clássico é o do uso de aparelho GPS (global positioning system). A automação pode ser exemplificada quando procuramos uma rota para chegar em determinado lugar, enquanto a inteligência artificial apresenta o melhor caminho, garantindo o menor tempo de chegada ao destino.

Máquinas e softwares automatizados, capazes de tomar decisões, trazem resultados notáveis para a sociedade e exigem adaptação dos indivíduos. Para o Direito não é diferente e grande parte dos escritórios de advocacia por exemplo, já possuem sistemas de automação que otimizam atividades rotineiras.

O surgimento das lawtechs e legaltechs (desenvolvedoras de produtos e serviços tecnológicos voltados à prática jurídica) a partir dos anos 2000, evidenciam esta tendência. Softwares e plataformas digitais colaboram no acompanhamento e monitoramento de processos, sendo capazes de criar pareceres e conclusões, elaborar petições e até mesmo realizar pesquisas jurídicas.

No Brasil, o serviço de ODR (online dispute resolution) configura como uma ferramenta importante no sistema de arbitragem nacional, oferecendo maior eficiência e baixo custo comparado aos métodos tradicionais de solução de controvérsias, além de maior satisfação e compreensão das partes.

Outro exemplo é o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) que já utiliza três robôs (Alice, Monica e Sofia) na tarefa de fiscalizar a existência de fraudes em licitações, como através da análise de editais,

auxílio na elaboração de textos pelos auditores, levantamento de número de processos por estado, criando inclusive documento em que aponta a possibilidade de fraude.

2 O ELO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COM O DIREITO

As novas tecnologias correspondem a um importante fator que impulsiona a transformação do Direito.

A inteligência artificial é uma destas ferramentas e para explorar o tema sob o viés jurídico é necessário compreender, minimamente, um método de IA. Diante disto, a formação interdisciplinar do profissional que atuará na área torna-se essencial para potencializar soluções e alternativas jurídicas.

O procedimento de arbitragem é um instrumento importante na resolução de conflitos não só pela economia de tempo e dinheiro, mas também por descentralizar do judiciário demandas conflitivas.

A utilização da inteligência artificial em procedimentos arbitrais pode impulsionar a eficiência nas resoluções, contudo, em paralelo é necessário observar possíveis fragilidades capazes de afetar o processo decisório.

2.1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O SISTEMA DE APRENDIZAGEM

Ao analisar a origem da inteligência artificial sob a perspectiva moderna, verifica-se que, apesar de ter sido criada em 1956 na Universidade de Darmouth College nos Estados Unidos, começou a ganhar aplicação prática apenas a partir do século XXI (MCCORDUCK, 2004).

Muito deste movimento se atribuiu pelo crescimento exponencial da capacidade de processamento (conhecida como Lei de Moore) e de armazenamento dos computadores a preços baixos. Paralelo a isto, a evolução da internet permitiu que diversas modalidades de dados fossem coletadas a baixo custo, o que contribuiu para a criação de algoritmos de IA.

Entende-se por algoritmo o conjunto de instruções aplicadas a um número de dados que permite solucionar problemas de classe semelhante, ou seja, são as diretrizes seguidas por uma máquina. Já a inteligência

artificial se caracteriza pela habilidade da máquina de executar tarefas que são características da inteligência humana, como planejamento, compreensão, raciocínio e aprendizado.

O machine learning ou aprendizado da máquina é um ramo da IA que envolve a criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados. Os desenvolvedores de software, neste caso, treinam o algoritmo através de grande quantidade de dados, de modo que este aprenda e consiga resultados que nem mesmo foram esperados. Ou seja, é a área da IA que busca desenvolver técnicas computacionais sobre aprendizado e construir sistemas capazes de adquirir conhecimento de forma autônoma (PARTRIDGE, 1990).

Desta forma, a partir do aprendizado, o programa de computador toma decisões baseadas em experiências bem sucedidas acumuladas anteriormente.

Adicionalmente, ainda devemos observar alguns aspectos sobre o machine learning caracterizados pelo: (i) aprendizado supervisionado, que ocorre quando o conhecimento é obtido a partir de dados já catalogados, inseridos por humanos em um sistema que busca encontrar conexões de causa e efeito para realizar previsões; (ii) o aprendizado reforçado, verificado quando o computador é treinado para encontrar um resultado satisfatório a partir de reforços positivos ou negativos e que o papel do supervisor é valorar os resultados obtidos pela máquina; e (iii) o aprendizado não-supervisionado, caracterizado quando o conhecimento é obtido por dados coletados por humanos, porém não catalogados, ou seja, a máquina cria modelos capazes de demonstrar conexões lineares.

Seguindo esta linha, o deep learning (aprendizado profundo) corresponde a um viés do machine learning inspirado na estrutura e funções do cérebro humano, bem como nas interligações dos neurônios.

Logo, as redes neurais artificiais são algoritmos que simulam a estrutura biológica do cérebro humano em que cada camada escolhe um recurso específico para aprender. O termo ‘profundidade’ presente no nome se refere à utilização de diversas camadas em oposição a uma única de aprendizado pelo algoritmo e que rapidamente podem ultrapassar a capacidade humana de compreensão e previsão de todo o seu processo e funções.

Sendo assim, é fundamental destacar a contribuição de Alan Turing⁸⁵, que ao desenvolver o Teste de Turing a partir da hipótese na qual uma máquina fosse capaz de imitar o comportamento humano, proporcionou embasamento para uma das premissas mais importantes do que se sabe a respeito da IA: uma máquina só pode ser considerada efetivamente inteligente se tiver a capacidade de comunicar-se com um humano em linguagem natural, sem que este saiba que não está tratando com outro ser humano (PARTRIDGE, 1990).

Como desafio, entende-se que os algoritmos não são imparciais em sua essência, podendo conter preconceitos retransmitidos por seus criadores ou pelos dados inseridos. Ou seja, o resultado do processo decisório das máquinas depende da qualidade dos dados nele inseridos.

2.2 DOS TIPOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A classificação da inteligência artificial é importante para auxiliar na compreensão de seus níveis de complexidade, bem como graus de inteligência.

A weak AI (ou IA fraca) é a categoria mais básica, especializada em uma única área sendo capaz de lidar com uma grande quantidade de dados, mas com um único objetivo. Exemplo disto é a IA utilizada para vencer um campeão especificamente de um determinado jogo e IA de reconhecimento facial.

Ainda nesta categoria, temos uma subdivisão, referente ao nível de consciência que a IA pode ter: (i) Máquinas Reativas que não tem capacidade para criar memória e (ii) Memória Limitada que conseguem fazer memória para fundamentar uma decisão. Os carros autônomos operam com esse princípio, na medida que observam a velocidade e a direção dos outros carros para decidir o que fazer, e isso não pode ser feito em apenas um momento, pois requer identificação de objetos específicos e seu monitoramento ao longo do tempo (NORVIG, 2004).

Outra categoria é a Strong AI (IA forte), também conhecida como Human Level AI (IA nível humano) ou inteligência artificial geral que se refere à máquina com a mesma capacidade intelectual e de habilidades que um ser humano.

85 Cientista matemático britânico que teve relevante contribuição para a ciência da computação.

As IA fortes são máquinas que estão muito associadas à Teoria da Mente⁸⁶ e podemos observá-las através daquelas cientes, que não apenas enxergam o mundo, mas também outros agentes ou entidades e máquinas autoconscientes que são aqueles sistemas de IA capazes de ter consciência não só sobre o seu exterior, mas também sobre si mesmos (GABRIEL, 2019).

2.3 APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA EM PROCESSOS DECISÓRIOS

O impacto do uso da tecnologia nas relações sociais é surpreendente e gera consequência muitas vezes ainda desconhecidas.

Tribunais e advogados cada vez mais aperfeiçoam o emprego destes instrumentos com o intuito de otimizar atividades repetitivas, contudo, é importante também compreender os riscos de seu uso em processos decisórios.

O congestionamento dos tribunais e a lentidão da justiça tornaram-se pontos de atenção dos juristas e, ao mesmo tempo em que vivenciamos uma democratização tanto do Direito quanto da justiça, também observamos a perda da funcionalidade do próprio poder judiciário, o que acaba atrasando a solução de conflitos e ferindo o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Otimizar os resultados dos tribunais através da gestão adequada de recursos é essencial e a IA se revela como uma importante ferramenta a ser utilizada e cuidadosamente compreendida, identificando suas fragilidades.

Como exemplo de fragilidade pode ser citado o processo de machine learning, em que deturpações cognitivas dos sistemas através da alimentação de dados viciados ou padrões ocultos podem deturpar a realidade e gerar equívocos nos resultados, culminando em decisões discriminatórias, por exemplo.

Outro aspecto relevante é o acesso a esta tecnologia, já que profissionais que investem nesta área tendem a desenvolver vantagem perante outros e isto pode ocasionar a disparidade crescente entre as partes litigantes, já que decisões estratégicas podem ser tomadas com base em acessos desiguais de informações.

86 É a habilidade de atribuir estados mentais para si mesmo e para os outros e compreender que os outros tem crenças, intenções e perspectivas diferentes das nossas.

Por exemplo, o uso de Analytics para a previsão de resultados de decisores e órgãos jurisdicionais mediante a análise preditiva vem ampliando este diferencial. O que era antes realizado a partir da experiência de um profissional ou de um grupo seletivo deles, hoje já é possível ser realizado a partir de algoritmos que trabalham com padrões de fatos, julgados e precedentes (MCCORDUCK, 2004).

A análise preditiva traz o benefício de acessar uma enorme quantidade de informações e sistematizá-las de modo a extrair um provável resultado para determinado caso. A vantagem da IA reside neste aspecto, o de lidar com big data e a partir de dados desestruturados extrair elementos decisórios (SANTOS, 2018). Logo, ao conhecer as tendências de julgamento de um magistrado, abrem-se diversas possibilidades para as partes analisarem os riscos, valores e linhas de defesa.

Outro caso em que se utiliza a IA é através do uso da e-discovery - processo pelo qual computadores pesquisam banco de dados e extraem informações estruturadas - por alguns tribunais como ferramenta preditiva de descoberta de informações que auxiliarão na tomada de decisões relevantes. Exemplo disto é o uso do projeto Victor pelo STF, que realiza análise de identidade de temas já adotados em repercussão geral para novos recursos extraordinários interpostos, conforme explica o professor Nilton Correia da Silva (2018, p.89):

O projeto de pesquisa e desenvolvimento (P&D), intitulado VICTOR, tem como objetivo aplicar métodos de AM [aprendizado de máquina] para resolver um problema de reconhecimento de padrões em textos de processos jurídicos que chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF). Especificamente, o problema a ser resolvido é a classificação (vinculação) de processos em temas de Repercussão Geral (RG) do STF. Isto é, trata-se de um problema de Processamento de Linguagem Natural (PLN), o que especificamente requer o desenvolvimento de um sistema composto por algoritmos de aprendizagem de máquina que viabilize a automação de análises textuais desses processos jurídicos. Isso está sendo feito com a “arquiteturação” de modelos de AM para classificar os recursos recebidos pelo STF quanto aos temas de RG mais recorrentes, com o objetivo de integrar o parque de soluções do STF para

auxiliar os servidores responsáveis pela análise dos recursos recebidos e identificar os temas relacionados com eficiência e celeridade.

O TJ-MG igualmente, mediante o projeto RADAR, tem utilizado ferramentas análogas para estruturar processos idênticos e subsidiar a seus desembargadores a possibilidade de realização de julgamentos agrupados.

A chamada virada tecnológica no Direito é um fenômeno contemporâneo e desafiador. Desta forma, a adaptação dos juristas a este novo contexto é essencial para criar bases e análises dos institutos jurídicos, compreendendo as fragilidades e possíveis equívocos, para assim buscar soluções.

3 O PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM NO BRASIL E O USO DA IA

A inteligência artificial se enquadra no conceito de tecnologias disruptivas que correspondem àquelas que transformam padrões previamente estabelecidos. Neste sentido, no Direito, a IA modifica as relações jurídicas como um todo, gerando assim impacto na vida dos indivíduos.

O uso destes instrumentos em meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, torna a resolução de disputas mais eficiente e satisfatória. Contudo, também traz à tona discussões importantes acerca da imparcialidade, princípios, decisões, nomeação de árbitros e valoração de provas.

3.1 O PROCEDIMENTO DE ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DO DIREITO

A arbitragem é entendida como um instituto especial, através do qual promove-se a resolução de conflitos fora dos tribunais (extrajudicial), em que as partes submetem questões litigiosas ao crivo de um árbitro ou de um tribunal arbitral.

A origem da arbitragem é considerada a partir do costume e de soluções amigáveis identificadas em povos como os que ocuparam a Europa e Oriente Médio no passado. No que diz respeito à forma mais organizada, observamos que em Roma a primeira organização de arbitragem surgiu

com o Período da Cognição em que a figura do pretor (aquele que tinha carreira política na Roma antiga) enquadrava a ação na Lei e a direcionava a um árbitro que não integrava o corpo funcional romano, ou seja, era um particular incumbido de julgar (ALVES, 1971).

No Brasil, a doutrina identifica a origem da arbitragem através das Ordenações Filipinas, ainda sob a colônia portuguesa. Mais tarde, este procedimento surgiu pela primeira vez na Constituição do Império em 1824 em seu Art. 160 ao estabelecer que as partes podiam nomear juízes – árbitros para solucionar litígios cíveis – e que suas decisões seriam executadas sem recursos caso as partes assim convencionassem no particular.

Em 1996, através da Lei 9.307 juntamente a outros tratados internacionais como a Convenção de Arbitragem de Nova Iorque (1958) e a Lei Modelo UNCITRAL, a arbitragem ganhou nova feição no Brasil, dentre elas a equiparação do laudo arbitral à sentença judicial e a possibilidade de conversão de cláusula compromissória em compromisso arbitral.

O árbitro é juiz de fato e de direito, devendo julgar todas as questões com exceção das prejudiciais e a sua sentença produz coisa julgada material só podendo ser desconstituída mediante decretação de nulidade. A decisão arbitral deve ser cumprida voluntariamente ou, caso a parte vencida se recuse, instaura-se um processo de execução com a intervenção do Judiciário.

3.2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA A NOVAS ALTERNATIVAS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os novos métodos automatizados que recorrem às aplicações autônomas e inteligentes demandam um ‘novo pensar’ sobre o Direito, tanto no que concerne a uma nova abordagem de tradicionais institutos jurídicos, quanto à necessidade de desenvolvimento de novos meios processuais.

No ano de 2016, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos prevista na Resolução nº 125/2010 (CNJ), passou a dispor sobre os métodos eletrônicos de solução de conflitos a partir das alterações introduzidas pela Emenda nº 2 (ARBIX, 2017).

A partir de 2000, a criação de plataformas digitais fruto da Revolução 4.0 passou a ser cada vez mais estimulada e novas alternativas para a resolução de litígios fora dos tribunais surgiram, como a ODR (online dispute

resolution) que pode ser avaliada como uma reformulação da ADR (Resolução Alternativa de Conflitos).

A ODR representa um processo mais flexível e menos formal de resolução conflitos, podendo ser facilitador, consultivo ou determinativo, e a tecnologia opera como meio de comunicação, em que as partes em litígio podem estar em diferentes localizações físicas, tal como um eventual mediador ou árbitro, mas todos podendo se comunicar através de redes telemáticas.

Outra perspectiva é a tecnologia se revelar como a quarta parte no processo de resolução do litígio, ou seja, como uma espécie de assistente de um mediador ou árbitro.

No Brasil, as empresas privadas de ODR são abrigadas pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), que surgiu em 2017. O crescente surgimento destas companhias está em consonância com a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos, antes já mencionada, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que incentiva a adoção dos métodos eletrônicos de solução de controvérsias.

Todavia, mesmo com todos os benefícios proporcionados pela tecnologia quando aplicada à solução consensual de conflitos – com a redução de litígios desafogando assim o judiciário – é preciso avançar no debate sobre o tema e problematizar questões como o acesso à justiça, preservação de direitos, sistemas de máquinas inteligentes, dentre muitos outros.

3.3 O USO DAS MÁQUINAS EM PROCESSOS DE ARBITRAGEM NO BRASIL

No que tange à arbitragem e às possibilidades práticas quanto ao uso de inteligência artificial, observamos algumas funções que tendem a se intensificar não só no âmbito internacional, mas também no cenário doméstico, visto que otimizando determinadas ações, as partes envolvidas ficam com maior liberdade para focar em tarefas intelectualmente mais exigentes.

Considerando que atualmente as bases de dados são mantidas em plataformas online, a revisão de documentos e a pesquisa jurídica são alternativas para o uso da IA que pode, por exemplo, recomendar a convenção de arbitragem mais compatível, bem como indicar a instituição arbitral adequada.

Quanto à escolha do árbitro ser intermediada pela inteligência artificial, de modo que auxilie a parte a escolher o melhor e o mais adequado para sua disputa, em alguns países existe certa omissão quanto à necessidade do árbitro ser uma pessoa, como observa-se no Chile e México. Já no Brasil, através do Art. 13 (Lei 9.307/96) é clara a exigência de que os árbitros sejam pessoas.

Ainda, o exame de sentenças arbitrais pela tecnologia permite a otimização dos ritos, como por exemplo, verificar se todas as questões levantadas pelas partes foram respondidas ou até mesmo se as regras obrigatórias foram observadas.

A possibilidade de utilizar os sistemas de IA no âmbito das provas testemunhais, documentais e periciais é de grande valia na medida em que seja observado o limite da máquina e a necessidade da intervenção do ser humano. Atualmente, existem diversos programas capazes de usar a codificação preditiva para revisar e descobrir documentos em formato eletrônico filtrando dados relevantes, assim como prever resultados avaliando a probabilidade de sucesso ou fracasso das partes, todavia nenhum deles ainda aplicado à arbitragem.

A aplicação da IA no proferimento de sentenças é um dos temas mais controversos, pois traz à tona um cenário em que as partes confiam a um sistema computacional a decisão a ser tomada. Na arbitragem, as preocupações são as mesmas daquelas existentes no processo judicial.

Em 2014, uma equipe da Chicago-Kent Faculdade de Direito criou um algoritmo para prever os resultados de 7.700 decisões do Supremo Tribunal dos EUA, proferidas entre 1953 a 2013, atingindo 70% de precisão dos resultados (SANTOS, 2018).

A vantagem é que os sistemas de aprendizado de máquina têm uma base de dados infinitamente maior que o cérebro humano e constroem conclusões fundamentadas em estatísticas, lógica e técnicas já conhecidas, a exemplo do raciocínio baseado em casos. Contudo, estes sistemas não possuem empatia, que justamente permite a avaliação da boa-fé das partes envolvidas, aplicar conceitos jurídicos indeterminados e a percepção social de justiça na formação da sentença. A falta de reconhecimento adequado das reações emocionais das partes dificulta a compreensão do caso pelos árbitros, uma vez que desconsidera o papel desempenhado pelas emoções das partes nas circunstâncias que levaram à disputa.

Outro aspecto importante é a fundamentação das decisões, que provavelmente será exigida pelas partes, ou seja, o acesso aos algoritmos e explicações quanto ao mecanismo utilizado para a formação da sentença arbitral. Identifica-se que os processos que utilizam de redes neurais são difíceis de serem auditados.

Desta forma, nota-se que os impasses jurídicos na arbitragem pelo uso da IA são bastante ligados às características humanas fundamentais à adaptação do direito ao caso concreto, a exemplo da empatia, bem como aqueles relacionados à publicidade dos algoritmos utilizados.

A partir do exposto, observa-se que as tecnologias devem assumir um papel auxiliador na condução do processo arbitral, prestando assistência aos árbitros e as partes, contudo, não as substituindo, pois, o ser humano, mesmo com todas as falhas e limitações, ainda é o personagem principal mais indicado para conferir segurança jurídica às normas e aos princípios da arbitragem.

No Brasil, o Novo Código de Processo Civil trouxe algumas inovações ao ordenamento jurídico, como a obrigatoriedade da realização da audiência para autocomposição (exceto se as partes manifestarem, expressamente e por escrito, o seu desinteresse). Ou seja, diante de um judiciário com uma alta demanda processual e que não atende satisfatoriamente a sociedade nos quesitos de eficiência e agilidade, o novo CPC veio tentar desafogar os tribunais, incentivando a autocomposição como forma de resolução dos conflitos.

A partir deste incentivo, visualiza-se também na seara privada um crescimento de duas modalidades de ADR: a mediação e a arbitragem.

Na arbitragem online todo o procedimento ocorre através de plataforma conectada à internet, havendo a participação de um árbitro ou um tribunal arbitral, que analisará o caso e dará uma sentença ao final.

Portanto, a arbitragem, tanto online quanto presencial, deve seguir os preceitos contidos na Lei nº 9.307/96 e, inicialmente, as partes deverão possuir um contrato com uma cláusula compromissória ou então um compromisso arbitral, especificando que a competência para a resolução dos conflitos decorrente daquela relação.

Como exemplo de ODR que atua em procedimentos de arbitragem temos a Justto, Concilie Online e a ArbTrato. A Justto surgiu a partir de uma plataforma chamada Arbitranet, que consistia em uma câmara

de arbitragem online, mas que com o passar dos anos, além de resolver conflitos por meio da arbitragem, passou também a resolver conflitos consumeristas e trabalhistas. Outro caso é o da Concilie Online que oferece solução de conflitos e gestão de contencioso e o da ArbTrato, que disponibiliza um ambiente online através do qual a arbitragem garante a segurança jurídica do procedimento e torna a alternativa mais ágil e econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a tecnologia inserida no cotidiano das relações sociais, sua regulamentação se revelou necessária frente a um ambiente de características fluidas, uma vez que a ausência de regras dificulta a determinação de direitos, deveres e a responsabilização dos indivíduos.

A elaboração do presente trabalho permitiu explorar a importância das discussões sobre a aplicação cada vez maior da inteligência artificial ao Direito, em especial à arbitragem que por si só já representa uma alternativa de solução de conflito a qual as partes recorrem visando uma simplificação e maior satisfação do processo.

Como qualquer tecnologia, a IA exige constante aperfeiçoamento das normas e a parceria entre programadores e juristas parece ser a tendência de modo a permitir a identificação de desafios e soluções.

Por ora, é possível observar que a inteligência artificial aplicada à arbitragem ainda está limitada ao oferecimento de ambientes online para a resolução de conflitos, bem como na área de pesquisas jurídicas. Ainda não parece viável que o computador substitua o árbitro humano, contudo, a utilização da IA como assistência aos advogados e ao árbitro para complemento e verificação das decisões, parece trazer vantagens em termos de redução de custos e eficácia a instituto.

Como desafio, verifica-se a necessidade de observar princípios importantes da arbitragem como o livre convencimento do árbitro, imparcialidade do julgador, igualdade das partes. Os preconceitos por exemplo que estão presentes nos dados inseridos na máquina são refletidos pelos algoritmos criados. Estes desvios podem ser inerentes aos dados, como também oriundos do próprio desenvolvedor, criando assim um viés tendencioso.

Outro aspecto que também precisa ser levado em consideração é a opacidade, quando não se pode rastrear o processo de decisão utilizado pela máquina. E sendo via rede neural então, sabemos sobre a impossibilidade de ser auditável e assim saber como determinada resposta foi obtida.

A partir das ideias apresentadas é preciso analisar em qual medida os processos decisórios por máquinas podem ser atingidos por erros. Portanto, conclui-se que a inteligência artificial será tão boa quanto a qualidade dos dados inseridos, pois, se forem considerados dados mal estruturados, seja via árvore decisória ou via neural, é possível obter respostas e decisões finais adulteradas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. *Direito Digital*. Goiânia, 2009. Disponível em <<http://aldeia3.computacao.net/greenstone/collect/trabalho/import/Direito%20Digital.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p.203–204. v.3.
- ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Controvérsias**. São Paulo: Intelecto, 2017.
- CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1999.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v.1.
- SANTOS, Cleórbete. **Direito Digital: novas teses jurídicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GABRIEL, Martha. **Você, Eu e os Robôs: Pequeno Manual do Mundo Digital**. São Paulo: Atlas, 2018.
- KNIGHT, Will. **The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that**

could be a problem. MIT Technology Review, abril 2017. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>> Acesso em: 09 Jun. 2019.

MCCORDUCK, Pamela. **Machines who think:** a personal inquiry into the history and prospects of artificial intelligence. Massachusetts: A K Peters, 2004.

NORVIG, Peter; RUSSELL, Stuart J. **Inteligência artificial.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.19

SILVA, Nilton Correia da. **Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do VICTOR:** o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89-94

PECK, Patrícia. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 405-653.

PARTRIDGE, D.; WILKS, Y. **The Foundations of Artificial Intelligence.** Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996

SANTOS, Marco Aurélio da Silva. **Inteligência Artificial.** Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/informatica/inteligencia-artificial.htm>> Acesso em: 02 jun. 2019.

TEGMARK, Max. **Life 3.0 - Being Human in the Age of Artificial Intelligence.** New York: Alfred A. Knop, 2017.

A NATUREZA JURÍDICA E SUCESSÃO HEREDITÁRIA DE BENS, CONTEÚDOS E SERVIÇOS DIGITAIS

Alexandre Tsuyoshi Nakata
Fujie Kawasaki

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade moderna atingiu um nível de desenvolvimento tecnológico que permite a desmaterialização das relações sociais. As mídias físicas que continham obras artísticas são substituídas por serviços de *streaming*.⁸⁷ O dinheiro em papel cede espaço para transações financeiras eletrônicas. E não se recorre mais aos álbuns fotográficos para registrar e compartilhar momentos da vida, mas sim às redes sociais.

Tais constatações são reforçadas por dados concretos. A distribuição fonográfica em formato digital, por exemplo, corresponde a 58,9% do mercado mundial da música, e já é predominante em 38 mercados (INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY, 2019).

Ocorre que, adotando-se esta rápida transformação social tecnológica como premissa, é razoável extrapolá-la para afirmar que não se ponderara a destinação final destes dados pessoais e “pertences” digitais.

87 “Streaming: Tecnologia que é capaz de reproduzir áudio ou vídeo enquanto ainda está carregando [...]” In: SAWAYA, 1999, p. 449.

Ilustra-se com a recente conclusão estatística (ÖHMAN; WATSON, 2019) de que nos próximos cinquenta anos, tudo o mais constante, a Rede Social *Facebook* contará com mais usuários falecidos do que vivos.

Nesse cenário, a inovação tecnológica impõe uma releitura do imemorial Direito das Sucessões: devem-se antever as consequências deste novo paradigma de um patrimônio digital abstrato e acessível por meio de *login*, e indagar sobre seu destino *post mortem*, notadamente para prevenir litígios decorrentes de especificidades da informática e da ausência de norma legal.

1 OS BENS DIGITAIS

A Internet não se reduz a um meio de comunicação, mas uma gama de serviços e utilidades que agregam acentuada importância pela massificação de seu uso. Inegável que referida tecnologia deixou de ser um simples “canal” para constituir direitos e obrigações, tornando-se verdadeira fonte criativa dos mesmos, com existência puramente virtual.

Lacerda (2017, p. 59) exemplifica com o correio eletrônico, redes sociais, sites de compras e pagamentos, *blogs*, plataformas de compartilhamento de fotos ou vídeos, e contas em jogos online, armazenamento de dados ou para aquisição de músicas, filmes e livros digitais.

Tais serviços digitais parecem possuir valor econômico, o que os torna relevantes para o tema das Sucessões. Contudo, sua natureza digital revelam aspectos técnicos e regulamentares que não podem ser ignorados pelo Direito.

1.1 Revisão conceitual

O Código Civil (CC) vigente, ao tratar de “Bens”, na parte geral, traz normas conceituais e classificatórias (móveis e imóveis, singulares e complexos, etc.) e regula efeitos jurídicos decorrentes. Por outro lado, na parte especial, a temática das “Coisas” trata das relações de direito real, ou seja, entre bens e pessoas.

Além desta capitulação legal, a doutrina vislumbra alguns fatores de distinção entre coisa e bem. Para Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 117), ao passo que “coisa” designa um objeto corpóreo existente no universo,

“bem” designa objetos de direito com valor econômico, individualizáveis, úteis e apropriáveis. Assim, uma coisa pode ser reconhecida como um bem, caso preencha esses requisitos.

Nenhum deles se confunde, entretanto, com o “patrimônio”: universalidade de “relações jurídicas (direitos e obrigações de crédito e débito) valoráveis economicamente de uma pessoa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 50-51). Todos têm patrimônio, ainda que nada titulem, eis que é um atributo da personalidade.

A propriedade, por sua vez, é um direito real que confere ao titular as faculdades de usar, fruir, dispor e reivindicar certo bem ou coisa (art. 1.228 CC). É uma relação de domínio e sujeição, entre pessoa e coisa – teoria realista – ou uma obrigação passiva universal de abstenção – teoria personalista (TARTUCE, 2018, p. 863).

1.2 Bens digitais e valor econômico conforme o Direito Civil vigente

O economista Danny Quah (2002, p. 13-19) reconhece o valor econômico dos bens digitais, pela existência de demanda mercadológica por tais informações, fenômeno que persiste mesmo com sua “expansibilidade infinita” – possibilidade de serem copiadas com reduzido custo e tempo.

A doutrina também vislumbra economicidade em bens digitais. À uma, inegável que a virtualização de serviços tradicionais não prejudica seu caráter patrimonial, a exemplo do *Internet Banking* e corretagem de valores mobiliários (LEAL, 2018, p. 195). À duas, deve-se quebrar o falso paradigma da gratuidade dos serviços de Internet, pois existem exemplos pagos – bibliotecas, musicotecas, jogos eletrônicos – que inequivocamente formam relações jurídicas patrimoniais aos contratantes (SILVEIRA, 2018, p. 605). À três, novos modelos de negócio geram renda a usuários de Internet pela visualização do conteúdo que produzem, a exemplo do Youtube e Instagram, tanto pelo Provedor de Aplicação de Internet,⁸⁸ quanto por terceiros interessados em campanhas publicitárias com a visibilidade setorializada que a Internet proporciona (VIEGAS; SILVEIRA 2017, p. 293).

88 “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VII: aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;” In: BRASIL, Lei 12.965/2014.

Subsumindo este panorama ao Direito Civil vigente, temos que os bens digitais não podem ser considerados coisas, visto que estas necessariamente possuem existência corpórea. Suportes físicos (discos rígidos, ópticos, cartões de memória) são coisas, porém, não se confundem com as informações que armazenam.

Por outro lado, como afirma Costa Filho (2016, p. 190), essas informações não se reduzem a meras energias com valor econômico, apesar de isso equipará-los a bens móveis (art. 83, I, CC). Apesar da descrição acurada – informação armazenada ou transmitida com uso de eletromagnetismo – o valor intrínseco da energia não se confunde com a informação inteligível. Não se precificam as ideias de um livro pela tinta aposta em suas páginas.

Lacerda (2017, p. 50-51) prefere eleger a própria informação à categoria de bem. Justifica que a mesma pode ter valor econômico e constituir eventual prestação obrigacional. Exemplifica com contratos de consultoria e assessoria empresarial. Acrescente-se que, adotando a informação como um bem, mitiga-se a relevância dos suportes físicos que a contém, o que contribui com a objetividade da análise; e permite-se abranger todas as categorias de bens digitais – aplicações de Internet, arquivos pessoais, bibliotecas virtuais, etc.

Reconhecendo a informação como um bem jurídico com valor econômico, natural que integre a universalidade de bens do indivíduo, *sic*, seu patrimônio.

Por fim, há de se analisar a relação júri-real entre o bem digital e seu titular. Seria o proprietário da informação aquele que a “possui armazenada” ou aquele que a “produziu”? Para Lacerda (2017, p. 72), o proprietário da informação seria aquele que exerce as faculdades do art. 1.228 CC, afirmando que os ativos digitais poderiam até mesmo ser objeto de oneração e alienação. Este entendimento parece válido em relação a alguns arquivos digitais, como as criptomoedas.⁸⁹

Ressalvam-se, contudo, as obras musicais, literárias e cinematográficas, cujo titular será necessariamente seu autor intelectual, sendo que consumidores adquirem meramente uma licença para seu uso (SILVA, 2005, p. 276). A distinção se faz importante, pois a respectiva sucessão intersubjetiva tem como fundamento a transmissão do suporte físico corpóreo.

89 Moedas com existência puramente virtual.

Ademais, havendo intermediação do uso do bem digital por um provedor de aplicações, qualquer ato de disposição implicaria necessariamente numa cessão do contrato de adesão (termos de uso da aplicação), preservando-se os direitos e obrigações do novo titular da posição contratual, mediante anuência do Provedor-cedido.

Neste caso, a concordância do cedido é essencial à cessão de contrato (TARTUCE, 2018, p. 432), e se houver cláusula proibitiva, referido negócio restaria prejudicado. Entretanto, a doutrina aponta que a transmissibilidade deve prevalecer sobre tais vedações contratuais, sob pena de violar o direito à herança (LACERDA, 2017, p. 161), e também pela possível abusividade de se impor indevida limitação à faculdade de dispor sobre bens, sem qualquer fundamento lógico (COSTA FILHO, 2016, p. 212).

Frequentemente, a aplicação de Internet é apenas um meio de utilizar o ativo digital, o qual, pelas conclusões aduzidas neste tópico, é de titularidade do usuário, e não do provedor. Razoável, portanto, que a sucessão de tais posições contratuais seja admitida, embora existam, em certos casos, limitações decorrentes da natureza personalíssima da informação que compõe o bem digital.

1.3 Direitos da personalidade e conteúdo existencial de bens digitais

A teoria dos direitos da personalidade é a construção jurídica de prerrogativas inerentes a todas as pessoas, que decorrem de sua dignidade humana, com a finalidade de garanti-la perante a sociedade e o Estado (LEAL, 2018, p. 193). No Diploma Civil constam em rol exemplificativo (IV Jornada de Direito Civil, 2004) e foram organizados em três grandes grupos – integridade física, intelectual e moral (TARTUCE, 2018, p. 108). São caracteristicamente essenciais, inatos, vitalícios, oponíveis *erga omnes*, extrapatrimoniais, intransmissíveis e irrenunciáveis (SILVA, 2012, p. 42-43).

Em alguns contratos, um direito da personalidade figura em seu objeto. Apesar de extrapatrimonial e irrenunciável, pode excepcionalmente ser “disposto” (autolimitação voluntária), inclusive de forma remunerada. É o caso do uso da imagem de atletas e os *reality shows* (TARTUCE, 2018,

p. 116): cede-se a exibição da imagem da pessoa, mas esta não pode ser distorcida, recombinada ou satirizada pelo contratante.

Outros se destinam a efetivá-los, como a reprodução assistida em relação ao direito de planejamento familiar, sendo por isso vedado ao contratado livremente utilizar ou descartar o material genético armazenado (BERMEJO; ESPOLADOR, 2017, p. 70).

No ambiente virtual, esta realidade se mantém. Inegável que certos conteúdos digitais possuem “valor sentimental” (SILVEIRA, 2018, p. 602) em relação a seus titulares, quando lhes invoquem emoções ímpares sobre sua pessoa. Para Leal (2018, p. 181), a própria identidade individual é projetada e ressignificada na Internet, representada por *nicknames*, páginas *web*, fotografias, geridas por seu titular conforme sua autodeterminação informativa, *i.e.*, a liberdade individual de controlar a publicidade das próprias informações pessoais. Por isso mesmo diferenciam-se dos bens patrimoniais.

Indo além, alguns bens digitais podem ter cunho “existencial” quando conexos aos direitos da personalidade de seu titular, destinados a efetivá-los, ou os tenham por objeto (LACERDA, 2017, p. 58). Exemplo disso são as redes sociais: registram e publicizam a imagem, honra, intimidade e vida privada de seus usuários.

Pontifique-se, contudo, que mesmo um contrato existencial pode conferir vantagens patrimoniais ao contratante, como um mútuo para a aquisição da casa própria (LACERDA, 2017, p. 44). Oportuno retomar o exemplo do “Youtube”, em que a imagem e manifestação do pensamento do blogueiro⁹⁰ (caráter existencial) são remunerados pelo Provedor de Aplicação (caráter patrimonial).

A ordem existencial de certos bens digitais, portanto, não pode ser ignorada no Direito das Sucessões, que amplia a complexidade da discussão diante do vácuo legislativo e a incerteza na sucessão de bens digitais, sobretudo quando ligados a Provedores de Aplicações de Internet (BARRETO; NERY NETO, 2016).

90 “O blogueiro pode ser um jornalista, um chefe de cozinha, uma pessoa antenada em moda, um militante político. À medida que as pessoas passam a se interessar por aquele endereço eletrônico, esta audiência pode ser convertida em recursos financeiros.” In: LACERDA, 2017, p. 113.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES SOBRE BENS DIGITAIS

Reconhecidas as espécies de bens digitais em patrimoniais, existenciais e mistos, questiona-se sua destinação após o óbito de seu titular.

2.1 Considerações principiológicas das Sucessões

A “Saisine” (art. 1.784, CC) implica na transmissão *pleno iure* da titularidade dos bens do falecido aos seus herdeiros, tão logo ocorrido o óbito (LÔBO, 2016, p. 45-46). Traduz uma ficção jurídica para substituir a titularidade da relação júri-real em benefício dos sucessores, garantindo a continuidade dominial e definindo desde logo quem responde pelos mesmos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 73). Tais motivações se fizeram presentes desde sua inserção no ordenamento brasileiro, pelo Alvará de 9 de novembro de 1754 concebido por Marquês de Pombal (LÔBO, 2016, p. 47).

Outros princípios se sintetizam brevemente, como a máxima “*intra vires hereditatis*”, *i.e.*, a limitação da responsabilidade do herdeiro às forças da herança (TARTUCE, 2018, p. 1450); e a igualdade material (art. 227, §6º, Constituição Federal – CF), que proíbe a discriminação dos herdeiros pela natureza da filiação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 65-66).

Finalmente, o princípio “*favor testamentii*” impõe o respeito à vontade manifestada do falecido. A partir dele, a real vontade do testador deve prevalecer mesmo em face de irregularidades formais, modificações supervenientes de fato, etc. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 82-83).

Em síntese, aberta a sucessão, o patrimônio digital se transmite de pleno direito aos herdeiros, igualmente, definindo desde logo sua responsabilidade, limitada esta ao valor da respectiva quota parte. Também podem ser objeto de testamento, e a vontade real do testador deve prevalecer em face de vícios formais e transponíveis.

2.2 Sucessão Legítima e Testamentária

A herança é um direito fundamental com proteção constitucional (art. 5º, XXX e XXXI). Segundo LÔBO (2016, p. 196), o mesmo é garantido

aos herdeiros necessários (art. 1.845, CC) com no mínimo a metade dos bens do falecido no momento da abertura da sucessão (art. 1.846, CC).

Para o tema, oportuno sintetizar que a sucessão legítima é aquela em que os sucessores, denominados herdeiros, são determinados pela Lei, ao passo que na testamentária, são determinados pela vontade do testador (TARTUCE, 2018, p. 1442). De outro giro, pode-se deferir aos herdeiros a título universal, com uma fração ideal do espólio; ou a título singular, com legados, *i.e.*, bens ou direitos específicos individualizados em testamento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 57).

Assim, pautando-se na economicidade e no direito constitucional à herança, é natural que os bens digitais com valor patrimonial se incluam no espólio, podendo compor a legítima, ou ainda serem dispostos por testamento.

E, tendo tais bens valor econômico, inevitavelmente haverá a incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis, de competência estadual. Por serem presumidamente móveis – “energias com valor econômico” – o tributo deve ser recolhido ao respectivo Estado onde se processe o inventário e partilha (art. 155, §1º, II, CF).

2.3 As formas de testamento e sua aplicação aos bens digitais

Segundo Lôbo (2016, p. 196-197), o testamento é um negócio jurídico: (i) unilateral, por consubstanciar a vontade do testador, manifestada em vida; (ii) formal, sob pena de nulidade; (iii) personalíssimo, visto que somente o testador pode dispor de seus bens; com (iv) eficácia suspensa por termo incerto, sendo este o óbito do testador. Tartuce (2018, p. 1526) acrescenta a revogabilidade a qualquer tempo.

A liberdade de testar pode ser exercida por toda pessoa capaz, desde os dezesseis anos (art. 1.860, CC), independentemente de assistência, por ser personalíssimo. É, contudo, limitada por fatores como a legítima dos herdeiros necessários (art. 1.846), a vedação ao pacto de corvina (art. 426), e a forma prescrita em Lei (art. 1.862 e seguintes).

Do outro lado, podem ser agraciados pelo testador entes (i) personificados: pessoas físicas ou jurídicas; (ii) não-personificados com capacidade processual: sociedade em comum, em conta de participação; e (iii) futu-

ros: nascituro, prole eventual de pessoa existente, fundação futura, etc. (LÔBO, 2019, p. 62-63). Mesmo herdeiros legítimos do testador podem ser beneficiados com seus bens disponíveis (art. 1.849, CC).

O testamento, quanto à forma, será por escrito particular; público, lavrado por tabelião de notas; ou cerrado e registrado por tabelião de notas e devolvido ao testador. Há ainda os testamentos especiais – marítimo, aeronáutico e militar. Cada qual possui seus requisitos de forma, e exigem, em regra, a assinatura por testemunhas sobre a autenticidade do documento.

Estas formas testamentárias típicas podem contemplar a destinação *post mortem* dos bens digitais, não apenas patrimoniais, como também existenciais, uma vez que cláusulas extrapatrimoniais – *v.g.*, relativas ao estado civil e familiar das pessoas – são igualmente admitidas (LÔBO, 2016, p. 200).

Além daquelas, o Direito moderno habilita outros meios para disposições de última vontade, como o codicilo e a diretiva antecipada de vontade.

Na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 371), o codicilo “é um negócio jurídico unilateral de última vontade, pelo qual o autor da herança pode dispor sobre o seu enterro e valores de pequena monta”.

Silveira (2018, p. 607) entende que os bens digitais podem ser legados por codicilos, com a vantagem de prevenir litígios entre os herdeiros, por permitir disciplinar a privacidade e intimidade digital para após a morte.

Evidentemente, exige-se o cumprimento de seus requisitos formais – ser redigido, datado e assinado pelo autor da herança – além da reduzida ou inexistente economicidade dos bens digitais codicilados, correspondendo à pequena fração patrimonial do falecido, sendo que este requisito deve ser analisado casuisticamente “do ponto de vista econômico em cotejo com o patrimônio transmitido com a morte” (SÃO PAULO, 2016).

Outro instrumento é a diretiva antecipada de vontade ou “testamento vital”. Não é propriamente ato de disposição para após a morte, mas sim para a hipótese de incapacidade (PEREIRA, 2018, p. 154). Não possui previsão legal no Brasil, razão pela qual inexistem solenidades para sua validade, exceto aquelas do negócio jurídico comum (LACERDA, 2017, p. 180).

Seu conteúdo é limitado a questões existenciais, para orientar médicos, curadores, familiares, etc. na tomada de decisões sobre o exercício de seus direitos da personalidade, quando sucumba do discernimento para tanto. Exemplifica-se com a prévia opção de doar de órgãos, de submeter-se a certos tratamentos médicos, e até para designar administrador provisório para seus bens (PEREIRA, 2018, p. 154).

Por isso, bens digitais existenciais, como as redes sociais, poderiam ser dispostos por esses “testamentos vitais”, acerca de sua destinação final ou mesmo a indicação de um gestor para os mesmos (LACERDA, 2017, p. 180).

3 Dificuldades ontológicas da natureza existencial de bens digitais

Delineou-se que os bens digitais podem ter conteúdo patrimonial, existencial ou misto. Na primeira hipótese, consignou-se que tendo valor econômico, o bem ou relação jurídica digital inequivocamente deve ser partilhado aos herdeiros. Contudo, há dificuldades na sucessão de bens existenciais, devido aos direitos da personalidade do falecido, e também de terceiros.

3.1 Bens digitais puramente existenciais

Os conteúdos digitais puramente existenciais do falecido não podem ser objeto de sucessão. Isso porque, ao concebê-las como projeções virtuais de direitos da personalidade da pessoa falecida, adota-se também seu caráter intransmissível (LEAL, 2018, p. 194).

Assim, para Bossoi (2015, p. 115), os dados pessoais coletados sobre a atividade da pessoa na Internet (*profiling*)⁹¹ devem ser excluídos com seu óbito. É a mesma conclusão de Viegas (2017, p. 290) para perfis de redes sociais, embora reconheça a viabilidade de sua transformação em um memorial virtual, “congelando-o” (não se permitindo novas postagens) e restringindo interações com demais usuários. Trata-se de uma solução

91 “As informações do internauta podem ser transformadas em verdadeiros dossiês contendo: telefones, padrões de consumo, renda familiar, [...] score de crédito, [...] tendências de compras e preferências pessoais, e-mails, entre outros.” In: BOSSOI, 2015, p. 115.

autorregulamentar razoável, compatível com a intransmissibilidade dos direitos da personalidade e o valor sentimental que os supérstites atribuem a tais informações.

Necessário pontuar, contudo, que pode haver interesse legítimo dos sucessores em acessar essas informações personalíssimas: documentos importantes para a administração do espólio, ou de valor sentimental, podem constar em seus arquivos digitais, armazenamento em nuvem, ou serviços de e-mail (LACERDA, 2018, p. 129).

Outro fator que limita esta sucessão de bens existenciais é a tutela presente da intimidade, vida privada e sigilo das comunicações de terceiros, quando tenham interagido virtualmente com o falecido. O fundamento está tanto na Constituição (art. 5º, X e XII) como também no Marco Civil da Internet, que acrescenta a imprescindibilidade de ordem judicial para seu acesso por terceiros (art. 7º).

Por exemplo, diversas aplicações de Internet permitem a comunicação eletrônica: WhatsApp, Facebook Messenger, Skype, etc.. Não seria razoável permitir que, falecendo um usuário, fosse o respectivo *login* fornecido aos sucessores, não porque se pretende tutelar a intimidade e vida privada do falecido, mas sim a daqueles com quem se comunicara, supérstites (VIEGAS; SILVEIRA, 2017, p. 290-291).

Com estas considerações, cabe ponderar: conjugando-se a admissibilidade de cláusulas extrapatrimoniais em testamentos com o caráter puramente existencial de certos bens digitais, é possível que o testador pretenda legá-los a seus herdeiros legítimos ou mesmo terceiros. Deveria o Estado pretender limitar esta faculdade, prezando pela lógica sistemática da Teoria da Personalidade? Não se pode permitir a insegurança jurídica de se simular a sobrevivência do falecido no ambiente digital. A liberdade de testar não pode legitimar o sucessor a agir como se fosse o falecido, num “apossamento” de sua personalidade digital, eis que abriria margem a fraudes, permitindo que a sociedade supusesse se tratar de pessoa presente.

Por outro lado, apesar de findar a personalidade, obviamente sua projeção virtual na Internet remanescerá, e esta deve ser excluída ou preservada por alguém. O Direito Moderno não admite a transmissão dos bens existenciais digitais em si, mas não frustra o indivíduo da liberdade de autodeterminar-se pela exclusão dos mesmos, ou confiar certa pessoa à

sua gestão, desde que com a estrita finalidade de preservar sua memória, imagem e honra *post mortem* (art. 12, CC).

3.2 Bens digitais mistos

No tocante aos bens digitais mistos, inegável que seu conteúdo patrimonial deve se incluir no monte-mor, apesar do óbito extinguir a personalidade e os respectivos direitos de igual nomenclatura.

Neste caso, parece razoável empregar tutela semelhante àquela dos direitos autorais (LEAL, 2018, p. 194). Estes encontram fundamento constitucional ao art. 5º, XXVII, por meio de duas tutelas: a propriedade intelectual, que engloba (i) direitos morais: prerrogativas do autor em conservar inédita, reivindicar, ser citado no uso, etc.; e (ii) patrimoniais: remuneração pela exibição, distribuição ou reprodução da obra.

Há transmissibilidade *causa mortis* deste último aos herdeiros legítimos ou testamentários do autor intelectual. Esta titularidade sucessória perdurará pelo prazo de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento, após o qual a obra pertencerá ao domínio público (SILVA, 2005, p. 276).

Para Lacerda (2017, p. 60-61), contudo, a Lei de Direitos Autorais é incapaz de solucionar todas as questões decorrentes de bens digitais, porque cogitada como uma regulamentação específica a ditos direitos, sem antever as diversas formas de produção e utilização de conteúdos digitais atualmente existentes.

A melhor solução seria uma norma específica a tais bens, que considerem tanto o papel dos Provedores de Aplicações quanto as características de bens digitais apontadas por Danny Quah. Enquanto isso, razoável reconhecer a sucessão de direitos autorais como fonte normativa analógica relevante à disciplina.

4 OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE O TEMA

Apesar da síntese estabelecida acerca da aplicabilidade do Direito vigente à transmissão de bens digitais, a ausência de norma específica contribui com a insegurança jurídica que orbita a temática.

4.1 Soluções da autorregulamentação

Scherkerkewitz (2014, p. 112) afirma que a Internet se autorregulamentou, fixando regras mínimas de conduta consentidas pelos usuários, por se tratar de um meio de comunicação em escala global, não sujeito a soberania de nenhum país em específico. Por tal meio já se propuseram soluções ao presente tema.

Algumas aplicações de Internet permitem a exclusão da conta de usuário. É o caso do Twitter, mediante requerimento instruído com a prova do óbito; e do Outlook e OneDrive, que preveem a perda do conteúdo armazenado pela inatividade da conta de usuário por prazo superior a um ano (COSTA FILHO, 2016, p. 211).

Por outro lado, além do já mencionado exemplo do Facebook, que permite a “memorificação” de perfis, o Google permite que contas vinculadas a seus serviços – Gmail, Google Drive, Google+, Blogger, YouTube, etc. – sejam transferidos a terceiros em certas hipóteses, inclusive o óbito, se seu titular assim determinar, nas configurações da aplicação de Internet (SILVEIRA, 2018, p. 607).

Existem ainda gerenciadores de senhas, destinados a proporcionar a conveniência de uma “senha mestra” para acessar aplicações de Internet, sem perder a segurança de senhas fortes e diversificadas – *v.g.*, SecureSafe e PasswordBox. Tais serviços também permitem configurar a transferência dessas senhas a terceiro predeterminado, com o evento óbito (COSTA FILHO, 2016 p. 210-211).

Lacerda (2017, p. 172) vislumbra que tais mecanismos da autorregulamentação corresponderiam a testamentos particulares. Contudo, relembre-se que o art. 1.876, CC, exige a solenidade de leitura e assinatura por três testemunhas, que deverão confirmar sua autenticidade em Juízo, caso haja esta controvérsia (art. 737, §2º, CPC). Mesmo o codicilo deve ser escrito, datado e assinado pelo codicilante (art. 1.881, CC). Assim, discorda-se daquela equiparação, pois existem requisitos formais invalidantes e incompatíveis com um simples *checkbox* ou formulário de *website*.

Ao revés, temos que esse “testamento digital” se assemelha a uma cláusula contratual, inserida nos termos de uso de uma aplicação de Internet. Terão eficácia resolutiva a termo incerto (óbito) com a respectiva obrigação de excluir os dados pessoais, ou fornecer o acesso às pessoas indicadas.

4.2 Legislação futura

Tramitavam no Congresso Nacional alguns Projetos de Lei (PL) pertinentes ao tema, mas todos se encontram atualmente arquivados. Para alterar a disciplina de sucessões no CC, o PL 4.847/2012 propunha que “qualquer bem e serviço digital de titularidade do falecido” fosse “transmitido aos herdeiros legítimos”, conferindo poderes a estes para determinar o destino de tais contas digitais. O PL 4.099-A/2012, por sua vez, previa a transmissão de “todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

Para Silveira (2018, p. 608), a aprovação desses projetos sanaria o vácuo legislativo sobre a temática. Entretanto, as redações mencionadas não resguardam o direito de privacidade do falecido ou de terceiros (LEAL, 2018, p. 187), e conferem poderes ilimitados aos herdeiros quanto aos bens digitais do acervo, sem ponderar seu eventual caráter existencial (COSTA FILHO, 2016, p. 195).

O PL 1.331/2015, também arquivado, propusera a alteração do Marco Civil da Internet legitimando o cônjuge, ascendentes e descendentes até o terceiro grau para requerer a exclusão definitiva de dados pessoais fornecidas a provedores de aplicações.

Contudo, a redação não prevê a possibilidade de sucessão dos bens digitais, apenas o direito de requerer sua exclusão. Ademais, a legitimidade pretendida não se defere estritamente aos herdeiros, eis que destoa do rol de legítimos (art. 1.829, CC) e não se estende aos testamentários. Faria mais sentido, pelo todo exposto, vincular esta legitimidade aos herdeiros, ou a quem couber o encargo de inventariança (art. 1.797, CC).

Diante desse breve panorama, nota-se que as propostas não se alinham às conclusões deste debate. Deveria o legislador inspirar-se na ambição do Marco Civil da Internet, para regular em linhas gerais a sucessão de bens digitais, enfrentando todas estas especificidades delineadas pela doutrina.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitável que a digitalização da vida se estende às relações patrimoniais modernas, realidade econômica e social que não pode ser ignorada pelo Direito.

Consagrar a informação *per se* um bem jurídico torna o debate mais objetivo, desvinculando-o das especificidades de seus suportes físicos, consagrando sua intrínseca economicidade. Tais conteúdos são compatíveis com as faculdades inerentes ao direito de propriedade (usar, fruir, dispor e reivindicar), ilimitáveis por contratos de adesão arbitrários e abusivos em aplicações de Internet. Também se denotou que tais bens, por serem “energias com valor econômico” se equiparam a bens móveis. Citaram-se como exemplos serviços de Internet pagos.

Além da economicidade, alguns bens digitais vinculam-se aos direitos da personalidade, adquirindo caráter existencial, quando algum deles figurar em seu objeto ou se destine a efetivá-lo; ou ainda sentimental, quando tenham significância emocional ímpar a seu titular. Citou-se o exemplo das redes sociais.

Esclareceu-se que tais caracteres podem se unificar em um *tercium genus* – bens digitais mistos – com fundamento na autolimitação remunerada dos direitos da personalidade, tese esta já amplamente reconhecida na doutrina civilista. Citou-se o exemplo de blogueiros remunerados por Provedores de Aplicações.

Concluiu-se que, observando os princípios regentes do Direito das Sucessões, o caráter patrimonial de bens digitais implica necessariamente em sua transmissibilidade *causa mortis*. A natureza existencial, por outro lado, a impossibilita, devido ao caráter intransmissível dos direitos da personalidade do falecido, e também pela intimidade, vida privada e sigilo da comunicação de terceiros. Por fim, quando misto, apesar de se extinguirem os direitos da personalidade com o falecimento, os direitos patrimoniais deles decorrentes devem ser sucedidos, tal como ocorre no microsistema dos direitos autorais.

O testamento, em suas variadas formas, se demonstrou aplicável aos bens digitais, patrimoniais ou existenciais, por permitir ao testador agradecer alguém com seu patrimônio digital, ou mesmo lhe legar a “curadoria” de seus bens digitais existenciais, com poderes para excluí-los, preservar sua honra, memória, imagem e história *post mortem*.

Escrutinado o tema à luz do Direito vigente, trouxera-se à baila outras perspectivas que incrementam o debate. A autorregulamentação da informática inaugurou o “testamento digital”, a opção manifestada perante certo Provedor de Aplicações para que a conta de usuário seja trans-

ferida a terceiros em caso de falecimento do titular. Apesar da nomenclatura, não podem tais mecanismos se equipararem a testamentos, pois estes são atos solenes e formais. Melhor se adequam às cláusulas contratuais a termo incerto. Por fim, estudaram-se propostas legislativas pertinentes à temática, dialeticamente com as conclusões aduzidas nesta pesquisa, indicando pontos de melhoria para potencializar sua efetividade legal e social.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Alesandro Gonçalves. NERY NETO, José Anchiêta. Herança Digital. In **Direito & TI**, v. 1, Porto Alegre, 2016. ISSN 2447-1097. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/BARRETO-Alesandro-Gon%C3%A7alves-NERY-NETO-Jos%C3%A9-Anchi%C3%AAta-Heran%C3%A7a-Digital.pdf>> . Acesso em 21 jul 2019.

BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. ESPOLADOR, Rita de Cassia Resquetti Tarifa. A autodeterminação nos negócios biojurídicos: uma necessária releitura da autonomia privada sob o aspecto liberal. In: **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**, v. 3, n. 1, jan-jun/2017, p. 57-73, Brasília, e-ISSN: 2525-9695.

BOSSOI, Roseli Aparecida Casarini. **Os Bens Virtuais e o Direito de Propriedade**. 2015. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1622>>. Acesso em: 13 mai 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1.331/2015**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet, dispondo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1326564> . Acesso em 28 jul 2019.

_____. **Projeto de Lei 4.099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para

dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679> . Acesso em 28 jul 2019.

_____. **Projeto de Lei 4.847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733> . Acesso em 28 jul 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.660.168 RJ**, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andriighi, j. 08 mai 2018, p. 05 jun 2018.

COLOMBO, Cristiano. Sociedade Digital e os Novos Rumos do Direito Sucessório. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, nº 33, 2015, p. 157-176. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfadcdir/article/download/69157>>. Acesso em 28 jul 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Vol. único – São Paulo : Saraiva, 2017.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY. **IFPI Global Music Report 2019: State Of The Industry**. 2019. Disponível em <<https://www.ifpi.org/downloads/GMR2019.pdf>>. Acesso em 07 mai 2019.

IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 274** – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2004.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais** – Indaiatuba : Foco Jurídico, 2017.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>>. Acesso em 28 jul 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Sucessões**. 3ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

ÖHMAN, Carl. WATSON, David. **Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online.** ScienceDaily. 27 abr 2019. Disponível em: <www.sciencedaily.com/releases/2019/04/190427104813.htm>. Acesso em 5 mai 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** Vol. VI, 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

QUAH, Danny. **Digital goods and the new economy.** CEP discussion paper, n. 563, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AP 0003968-44.2010.8.26.0210**, 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Ronnie Herbert Barros Soares. j. 27 set 2016, p. 29 set 2016.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Direito e Internet** – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed., rev., atual. – São Paulo : Malheiros, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação** / Regina Beatriz Tavares da Silva, Manoel J. Pereira dos Santos, coordenadores. 2ª ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Thaís Menezes da. A Destinação dos Bens Digitais Post Mortem. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 996/2018, out/2018, p. 589-621, DTR\2018\18472.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Vol. único. 8ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo : Método, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. SILVEIRA, Sabrina Bicalho. A Herança digital: Considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 986/2017, dez/2017, p. 277-306, DTR\2017\6945.

AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DA COMUNICAÇÃO VIA INTERNET: A IMPORTÂNCIA DO LETRAMENTO DIGITAL NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

René Vial

1 INTRODUÇÃO

Em apertada síntese, autonomia é um processo de escolha, tendo como pressuposto a liberdade para decidir o que fazer ou não fazer. A deliberação impressa no agir autônomo é acompanhada da atividade racional do indivíduo que após fazer suas ponderações, pode se determinar conforme entender ser mais conveniente.

Nas relações jurídicas, o espaço reservado à autonomia sempre desafiou o Estado em seu ofício de agente normativo. Declarações de direitos estimulando os atos praticados no exercício da liberdade econômica surgem ao mesmo tempo em que planos nacionais levam pessoas a serem internadas sem consentimento, desde que haja motivos que justifiquem a medida.

As questões que cercam a regulação estatal da autonomia convidam à reflexão sobre as manifestações de vontade que originam os contratos eletrônicos. Ante a era da informação, na qual os comportamentos são mediados por interações em rede, torna-se inevitável repensar os pressupostos da liberdade contratual.

O presente trabalho espera dar a sua contribuição destacando a importância do letramento digital. Ao reconhecer que a comunicação no

âmbito do ciberespaço é um fenômeno singular, propõe a criação de políticas educacionais que instruem as pessoas a respeito dos signos próprios dessa linguagem.

Entende-se que o papel do Estado é investir na qualidade da educação, garantindo aprendizagens que assegurem plenas condições de atuação em uma sociedade informatizada. Assim, as medidas públicas, antes de interferirem na liberdade individual, tornam compreensível o processo racional de escolha que integra o exercício da autonomia.

A partir dessa hipótese se pode deduzir que a falta do letramento digital inviabiliza manifestações autônomas de vontade e, portanto, torna o contrato eletrônico passível de questionamentos quanto a sua validade. Do ponto de vista social, o desconhecimento da linguagem articulada na internet prejudica a interação das pessoas em detrimento da formação de uma cibercultura genuinamente democrática.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Sob uma perspectiva filosófica, autonomia significa liberdade, condição do indivíduo que toma decisões sobre os projetos de sua vida, sem subordiná-los a terceiros. É, pois, o contrário de heteronomia, termo que indica a sujeição das escolhas pessoais a um padrão de comportamento definido pela sociedade, por intermédio de suas instituições.

É comum dizer que a autonomia é um atributo inerente à espécie humana pelo qual ela exerce autodeterminação, ou seja, a faculdade individual de decidir o próprio destino. Assim, as pessoas, enquanto seres racionais dotados de vontade, seriam capazes de escolher entre duas ou mais maneiras de agir a fim de alcançar um determinado objetivo.

Nota-se que uma decisão autônoma requer alternativas pelas quais se possa optar e, ao mesmo tempo, o respeito pelo caminho eleito. Não haverá propriamente o exercício da autonomia quando os atos forem praticados por extrema necessidade pessoal, imposição social, ou ainda que facultados ao sujeito, contem com uma única maneira de serem realizados.

Vale dizer que haverá maior probabilidade de se encontrar ações pautadas na autonomia da vontade em regimes políticos que sejam efetivamente democráticos. Nos ambientes repressores, onde as convicções não usuais são questionadas, os indivíduos deixam de ser tratados como agentes autônomos.

A esse respeito, Schreiber (2013, p.28) menciona, em seu livro, uma frase de Pietro Perlingieri que diz exatamente o que se deve pensar a esse respeito. O prestigiado jurista italiano teria advertido que ao Estado não compete negar “a função expressiva de uma verdade diversa e anticonformista, às vezes destinada a se tomar a verdade de amanhã”.

Nesse contexto, a autonomia passa ao Direito como sendo a oportunidade de elaborar normas para definir os efeitos de certas relações jurídico-sociais. Em sentido estrito, o sujeito autônomo, na maior parte das vezes em acordo com outro da mesma natureza, detém o poder de criação das regras negociais dotadas de caráter patrimonial.

Como afirma Vicente (2016), trata-se de um fenômeno que ocorre, inclusive, no plano internacional. Segundo o professor catedrático da Universidade de Lisboa, a autonomia confere a possibilidade de conformar o regime normativo estatal a ser aplicável aos contratos internacionais, salvaguardando ao máximo a liberdade de vinculação e a segurança do tráfico jurídico.

De fato, espera-se estabilidade dos relacionamentos erigidos sob o pálio da autonomia. Isso porque livres declarações de vontade tendem a ser respeitadas, ainda que por intermédio de sanções que forem ajustadas por convenção. É desse raciocínio que advém o “*pacta sunt servanda*”, expressão latina a demonstrar o tradicional axioma da força vinculante dos negócios jurídicos.

A esse respeito, Fried (2008), ao tratar dos contratos enquanto promessas moralmente assumidas, destaca a autonomia como sendo uma força disciplinadora que obriga a cumprir o que foi ajustado. As partes contratantes, tendo conferido validade ao negócio jurídico passam a ter que suportar os seus efeitos, como se as cláusulas oriundas da vontade declarada fossem preceitos legais.

Sob o prisma institucional, o desenvolvimento da personalidade jurídica e da capacidade negocial estariam na origem dos atos praticados autonomamente. Isso porque o Estado deveria reconhecer ao proprietário,

sujeito de direito, o exercício pleno das faculdades inerentes ao domínio, em especial, a de alienar o bem, gratuita ou onerosamente.

Ao analisar o fenômeno por esse ângulo, Amaral (2017, p.174) afirma que “o negócio jurídico, declaração de vontade destinada a produzir efeitos que os declarantes pretendem e o direito protege” é o principal instrumento da autonomia. Segundo este autor, as normas negociadas “têm as mesmas características das que emanam do Estado, a saber, a bilateralidade e a coatividade”.

O modelo jurídico pautado na autonomia da vontade teria ocorrido em Roma com o ‘pater familias’ e na Idade Média com os senhores feudais. Mas, a sua universalização se deu a partir do modo de produção capitalista, quando os indivíduos passaram a vender a força de trabalho para o detentor dos meios de produção, mediante a formalização de um contrato.

Segundo Prata (2016), a introdução do capitalismo desfez os vínculos que prendiam as pessoas à terra. Daí em diante, a autonomia representou a própria noção de negócio jurídico, deixando, esse, de ser visto sob a perspectiva de instrumento de troca dos bens para se tornar um modo de realização da liberdade.

O fio condutor desse argumento é um componente estrutural do sistema capitalista, a livre iniciativa. Os institutos jurídicos assegurariam, portanto, a busca pela satisfação de interesses pessoais ao garantirem o livre exercício das atividades econômicas, independentemente de autorização dos órgãos públicos.

Galvani (2017, p.13) observa que “o contrato, nesse prisma, será o ambiente para a alocação eficiente de recursos, para a distribuição de riscos e para a tomada de decisões”. Com efeito, na perspectiva da análise econômica do direito, abordada por esse autor, o sistema legal acaba influenciando na realidade do mercado e das transações comerciais.

Pela máxima da livre contratualidade, o negócio jurídico se transformou no efeito normativo da manifestação de vontades. Para o sistema político-econômico dominante, mais significativo que ter o direito de propriedade, seria afirmar o poder da autonomia e das livres convenções.

Havia, portanto, a evidente pretensão de fazer dos acordos o meio próprio de circulação de riquezas produzidas nas operações econômicas. Segundo Roppo (2009), essas ideias originaram todo um sistema nor-

mativo, apoiado na liberdade dos indivíduos, ou seja, na autonomia, que ficou conhecido como “direito dos contratos”.

Visto sob o plano da bilateralidade, a autonomia pode ser expressa no consensualismo, ou seja, no encontro de vontades livres e contrapostas suficientes para aperfeiçoar o vínculo contratual. Essa visão consensual se contrapõe às formalidades exigidas por modelos intervencionistas, contrários aos valores do personalismo ético e do liberalismo econômico.

Em obra clássica, França (1969, p.32) se refere à uma terceira categoria que ao lado da lei e dos costumes representariam às fontes instrumentais do Direito Positivo. Trata-se exatamente do acordo de vontades, “meio de que lançam mão os interessados para criarem obrigações e direitos, no plano dos negócios particulares”.

Com o crescimento da produção no modelo capitalista, o consensualismo ganhou espaço, sendo aplicado até em áreas de conteúdos heterogêneos, bastando que a manifestação de vontade fosse válida. É assim que situações complexas foram recepcionadas pelo Direito, em toda amplitude, como meros atos negociais⁹².

Entretanto, propor que a origem dos negócios jurídicos estaria em um poder voltado à consecução de interesses privados acabaria desvalorizando as funções sociais que lhes fossem reservadas. Assim, com o intuito de garantir adequação ao bem comum, os juristas idealizaram a “autonomia privada”.

Essa nova autonomia de conotação social não representaria mais toda e qualquer liberdade, senão aquela contida em limites normativos direcionados à coletividade. Nesse ponto, o Direito exerceria a missão de impedir manifestações particulares fora dos quadros definidos pelo Estado.

Sob a lógica positivista, Pereira (2017, p.394) afirma:

Para que receba do ordenamento jurídico reconhecimento pleno, e produza todos os efeitos, é de mister que o negócio jurídico revista certos requisitos que dizem respeito à pessoa do agente, ao objeto da relação e à forma da emissão de vontade.

92 Nesse contexto, o negócio jurídico, visto como resultado da livre manifestação de vontade dos cônjuges, foi utilizado para regular o matrimônio, no que pese a complexidade do Direito de Família.

Ademais, entre as normas capazes de controlar as manifestações autônomas de vontade estariam as de natureza constitucional. Como destacam Baez e Lima (2016, p.120), essa concepção “acaba traduzindo-se em uma interferência cada vez maior do público sobre o privado, na medida em que aumenta, significativamente, a esfera de limites à autonomia dos particulares”.

Esse entendimento fez com que teorias, como a da confiança, e princípios, como a boa-fé objetiva e a equivalência material, ganhassem força enquanto formas de solidarismo contratual. As cláusulas gerais, assim chamadas por alguns autores, permitiram que o Estado-juiz, por via da interpretação e, por vezes, da integração, adotasse o intervencionismo nas relações contratuais.

Na esteira da intervenção estatal, adotou-se, por exemplo, a teoria do “duty to mitigate damages”. Os credores teriam que minimizar o impacto econômico de seus prejuízos quando esses agravassem a situação dos devedores. Tal exigência de comportamento leal entre os contratantes, mesmo que ausente nos termos negociados, passou a se impor por força da boa-fé objetiva, diretriz fundamental da ética e um dos pilares da ordem jurídica contemporânea.

Sendo ainda mais direto, como fazem Ramos e Natividade (2017), os credores devem cumprir com a incumbência de atenuar as suas perdas se elas vierem a agravar a posição do devedor, porque essa conduta é imposta por lei. Desse modo, simplesmente, não haverá espaço a respeito da questão para os contratantes manifestarem as suas vontades.

Pode-se dizer, portanto, que sob o comando da autonomia privada, o contrato, embora permaneça sendo instrumento de composição das vontades particulares, acolhe valores que determinam a relação das partes com o grupo social. Desse modo, não se encontra mais na exclusiva disponibilidade dos contratantes afastar outros interesses ou mesmo definir como eles serão tutelados.

Para Roppo (2009, p.23) resulta claro que o direito dos contratos, mesmo tendo nascido substancialmente ligado às operações econômicas, não se limita a servi-las passivamente de “véu legal”. Na verdade, as normas determinariam o alcance dos negócios jurídicos segundo objetivos chamados pelo autor de “políticos *lato sensu*”.

Destarte, apenas teoricamente ainda se poderia afirmar que a vontade é por si só idônea para estabelecer relações contratuais. Os negócios, entre

eles os que interessam a este estudo, têm sua origem em condutas humanas juridicamente relevantes na medida que alcançam os interesses sociais definidos pelo Estado.

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA

A opção pela autonomia privada faz todo sentido se consideradas as violações à ordem pública que poderiam advir de uma defesa incondicional das liberdades individuais. Atos intervencionistas do Estado evitariam os abusos, visando à garantia dos direitos fundamentais e à satisfação dos interesses coletivos.

A esse respeito, Costa (2003) defende que as normas jurídicas, ao exigirem da propriedade particular uma adequação aos anseios de ordem pública, operam como condição necessária do reconhecimento estatal. A tese adotada faz com que a propriedade contemporânea, enquanto instituto jurídico, compreenda a noção de bem-estar social.

Essa releitura da propriedade e dos contratos insere-se no fenômeno da funcionalização dos direitos subjetivos. Como destaca Prata (2016), a juridicidade de um ato passa a ser avaliada pela relevância do interesse em causa, e o juízo sobre o que é relevante ou não é feito pelo Estado tomando em consideração critérios supraindividuais.

No mesmo sentido, Welter e Castro (2014) enfrentam os debates em torno da autonomia, quando da passagem da ideologia capitalista para o modelo do *welfare state*. Para esses autores, as mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas a partir da segunda metade do século XIX demonstraram que as fórmulas liberais precisariam ser substituídas por outras de caráter intervencionista.

De fato, a travessia de um Estado liberal para outro, de cunho socializante, impõe o reconhecimento da regulação dos atos jurídicos, inclusive os de natureza privada. Com isso, institutos clássicos do Direito Civil deixam de ter a liberdade do sujeito como característica diferenciadora para se destacarem pela função que desempenham na sociedade.

Assim é que Lêdo, Sabo e Amaral (2017) constatarem circunstâncias da pós-modernidade que teriam provocado a superação do entendimento clássico a respeito do negócio jurídico. Segundo as autoras, haveria,

atualmente, demandas sociais – impulsionadas pela tecnologia e pela biomedicina – incompatíveis com a conceituação tradicionalmente dada ao instituto.

No Brasil, a ideologia liberal assumida pela legislação no início do século XX deveria ser superada por outra, como ocorreu a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou mesmo antes, com a Constituição de 1988. A então primazia dada à autonomia no tocante aos assuntos privados teria que suportar mecanismos de contenção que chegariam ao extremo do “dirigismo contratual”⁹³.

Todavia, essa análise a partir de uma hierarquia de valores construída pelo ordenamento jurídico, embora logicamente plausível, esconde o risco de submeter a força jurídica dos direitos subjetivos à vontade do Estado. É crucial afirmar que a liberdade, expressão da autonomia em seu sentido mais geral, só excepcionalmente poderá ser limitada⁹⁴.

Não se trata de legitimar o voluntarismo e dizer que o Estado deve se abster de interferir nas decisões pessoais mesmo para garantir a ordem pública. Acredita-se, isso sim, que os indivíduos podem conduzir as relações jurídicas das quais pretendem fazer parte, mormente as de Direito Privado, restando, assim, obrigados ao conteúdo estabelecido nessas manifestações de vontade.

Observa-se que a autonomia é a melhor expressão da liberdade individual, impondo-se, ela própria, como fundamento da dignidade da pessoa humana. O Estado precisa reconhecer nos indivíduos o centro da ordem jurídica. De nada adianta garantir os direitos subjetivos, se não forem respeitadas as escolhas dos seus titulares.

2.3 A ESTRUTURA DA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

As tecnologias largamente utilizadas na atualidade estimularam a formação de uma estrutura social. Desde o surgimento das primeiras ferramentas digitais, chamadas, em termos genéricos, de computadores, fala-

93 Dirigismo contratual é o nome dado para introduzir, no sistema jurídico, normas que exigem dos contratantes determinadas atitudes, geralmente voltadas ao interesse público.

94 Fala-se em limitação por órgãos públicos. Compreende-se bem que nunca houve plena liberdade nas ações humanas, sempre condicionadas por fatores pessoais, socioeconômicos e culturais.

-se de uma nova etapa no processo de desenvolvimento da humanidade: a era da informação.

Máquinas teriam impulsionado o fluxo de armazenamento e difusão das comunicações que passaram a ser virtuais. Com isso, a informação ganhou um destaque especial, seja como bem econômico ou como uma das inúmeras formas de entretenimento e formação político-cultural que marcam a sociedade tecnológica.

Tem-se, portanto, no âmbito das relações sociais geradas pela cibercultura, uma produção intelectual abundante e dinâmica. Isso ocorre, sobretudo, porque os indivíduos não se contentam em tomar posse das informações, é preciso compartilhá-las nas redes digitais, passando a impressão de que todos estariam interligados.

Esse fenômeno, relatado por Marshall McLuhan como sendo a “aldeia global”, estaria causando uma irrupção violenta no modo de vida das pessoas. A civilização, antes fragmentada, experimentaria na era eletrônica a reunificação de todas as suas partes em um todo orgânico. (MCLUHAN, 2012.)

No universo formado pela tecnologia, a internet pode ser entendida como o principal local de compartilhamento de informações, operacionalizado por uma rede mundial de computadores. Desde as últimas décadas do século passado quando surgiu, ela permite que as pessoas tenham acesso a uma quantidade imensurável de sons, imagens e textos.

Se é certo que a informação constitui a base do conhecimento, pode-se afirmar que a internet exerce função primordial no domínio, teórico e prático, das competências exigidas na atualidade. Nesse passo, como destaca Sávio de Aguiar Soares, “a evolução tecnológica traz consigo grandes esperanças, apesar de alimentar inquietudes”. (SOARES, 2015, p. 134)

Esse, também, é o posicionamento de Juliet Schor (2017, p.39), para quem a tecnologia facilita o estabelecimento de conexões pessoais transformadoras, desde que observados o contexto social e político no qual ela esteja sendo utilizada. A tarefa da humanidade, segundo a autora, seria a de “construir um movimento que se aproveite desse poder”.

Espera-se, de fato, que a internet e os demais avanços tecnológicos contribuam para a melhoria das condições de vida em todo o planeta, rompendo com padrões exclusivistas adotados por Estados e indivíduos. Para tanto, é preciso investir no processo de comunicação que

ocorre no ciberespaço, como é o caso do letramento digital, objeto de análise desta pesquisa.

2.4 A IMPORTÂNCIA DO LETRAMENTO DIGITAL

Em princípio, nenhum ambiente seria mais propício ao exercício da autonomia que o virtual. O chamado universo 4.0 cria a impressão de que as pessoas conseguem estabelecer na internet uma comunicação livre da tutela estatal e, assim, podem assumir o comando de suas ações, indo atrás de quaisquer interesses, desde que legítimos⁹⁵.

O agir autônomo, nos moldes do que se definiu acima, surgiria impulsionado pelas incontáveis possibilidades oferecidas na imensidão do mundo digital. Um bom exemplo seria a compra e venda das criptomonedas que, segundo Trovão e Mollica (2018), trata-se de um novo modelo de transação comercial que tem como vetor a autonomia, enquanto manifestação incontestada da vontade dos particulares.

Para manter a autonomia na era da informática bastaria preservar a racionalidade em condições que são específicas das redes digitais de comunicação. No que tange ao objeto deste trabalho, os contratantes precisariam, antes de mais nada, deter as competências necessárias para expressar consentimento durante a celebração dos contratos eletrônicos⁹⁶.

No entanto, não se pode pôr em dúvida que a internet reivindica uma linguagem específica, ainda, faltante para muita gente. Esses indivíduos, que passaram a ser tachados de analfabetos digitais, estariam correndo riscos no comércio eletrônico, em flagrante prejuízo à liberdade contratual.

No que diz respeito às relações de consumo, Neves (2014) destaca transações que podem lesar quem desconhece as operações econômicas

95 Os números sempre ajudaram a humanidade medir os seus avanços. A referência a um universo 4.0 se liga à quarta revolução industrial, fase em que as demandas sociais são impulsionadas pela tecnologia.

96 É a primeira vez que a expressão “contrato eletrônico” aparece no corpo do trabalho e, dada a centralidade do termo para esta pesquisa, pode-se fazer necessário um esclarecimento de natureza conceitual. Em sentido amplo, contratos eletrônicos seriam aqueles negociados em plataformas digitais (e não mais em um meio físico), normalmente com o auxílio da internet. A eles se aplicam as normas da contratação tradicional, ficando as principais diferenças a cargo das peculiaridades que marcam a forma de manifestação da vontade no ambiente virtual.

virtuais. É o caso citado pelo autor dos sites de compras coletivas, em que são anunciadas promoções imperdíveis, atendendo, de quando em vez, a anúncios divulgados por empresários fantasmas.

Assim, enquanto avulta a contratação por meio de sistemas tecnológicos, as manifestações autônomas da vontade de contratar se tornam mais arriscadas e, também, complexas. Neste caso, Pinheiro (2016, p.23) chama a atenção para uma realidade na qual “a assinatura não é mais uma firma manuscrita, mas uma solução de autenticação, onde a identidade das partes é determinada seja por um *login* com senha, um certificado digital ou mesmo a própria biometria”.

Infere-se das premissas apresentadas que a tecnologia digital trouxe consigo barreiras limitativas da assunção de obrigações contratuais por indivíduos com pouca experiência em relação às novas tecnologias. Isso sem falar de operações realizadas por crianças em lojas do comércio eletrônico, nas quais, decerto, inexistiria declarações de vontade conscientes.

Diante dessas situações é comum aplicar a teoria clássica dos vícios do consentimento e do sistema de incapacidades. No entanto, Souza (2017) destaca a necessidade de superação dos pensamentos que se conservam desde muito tempo distantes da realidade, para que se possa adotar métodos adaptáveis aos novos fatos sociais.

É nesse sentido que se torna essencial atentar para o desenvolvimento de práticas que estimulem o aprendizado dos vários gêneros linguísticos presentes na internet. A era digital, além de oportunizar presteza e comodidade, terá de conformar seus espaços virtuais com os pressupostos de uma autonomia que seja informada e discernida.

Como observam Sousa e França (2017, p.23), ao tratarem das tecnologias de informação e comunicação (TIC),

Pensar em inclusão digital é ter consciência da importância do desenvolvimento de competências técnicas, cognitivas e sociais para lidar com a velocidade do acúmulo informacional e a sua imaterialidade na cibercultura.

Assim, uma sociedade intensamente tecnológica como a atual só possui membros autônomos quando se aparelha para responder aos desafios que lhe são próprios. Deve começar por desenvolver mecanismos capazes

de atender quem precise de apoio no processo de interpretação dos seus códigos linguísticos.

A esse respeito, Pereira (2015) destaca que os novos dispositivos eletrônicos ampliaram as possibilidades de interação por meio de textos multimodais. Entretanto, é seguro afirmar que a comunicação bem-sucedida entre pessoas na internet requer fluência no uso da linguagem digital, o que se convencionou chamar de “internetês”⁹⁷.

Para citar um exemplo, o hipertexto, embora se aproxime dos signos gráficos da estrutura linguística tradicional, com ela não se confunde. Por não haver um encadeamento linear único entre os sítios da internet, uma pessoa, mesmo alfabetizada, pode se deparar com um conteúdo oposto ao que pretendia acessar.

De acordo com Kleiman (2014, p.80), o hipertexto possui “uma organização em que a linguagem verbal, a imagem e o som têm um papel importante na significação, exigindo uma leitura na qual o próprio leitor define quais elementos ler”. Entende-se que as escolhas do internauta, no entanto, independem de ser ele altamente proficiente ou iniciante no processo de aquisição da língua escrita.

Quando se trata dos contratos eletrônicos, ser versado na internet torna-se condição de exercício da autonomia, relacionada diretamente ao consentimento. É impossível manifestar interesse pela aceitação de uma proposta virtual sem antes compreender a linguagem utilizada pelo proponente nas redes *on-line*.

Esse domínio das habilidades voltadas para o dia-a-dia do indivíduo, suas oportunidades e autonomias, é chamado, no campo da educação, de letramento. Trata-se, como sugere Grandó (2012), de um instituto que extrapola o processo de alfabetização, concentrando-se em uma aprendizagem significativa.

No quadro dos contratos eletrônicos, o letramento precisa ser digital. Para tanto, deve favorecer, como afirmam Weber, Santos e Cruz (2014, p.61), aprendizagens sobre as linguagens multimídia, de modo que “a

97 Neologismos como o “internetês” são comuns no ambiente das redes digitais de comunicação. Existe inclusive um conjunto de regras de etiqueta conhecidas por “netiqueta”. É preciso seguir essas normas para que as interações sejam bem-sucedidas. Para segui-las, evidentemente, é necessário conhecê-las. O desconhecimento pode gerar condutas inadequadas a partir do simples uso de letras em caixa alta.

educação possa contemplar sua finalidade como ferramenta de transformação social”.

Assim, ter letramento digital significaria ser capaz de interpretar e produzir textos on-line, buscar e obter dados em *sites*; enfim, formular discursos coerentes nos ambientes virtuais. Tudo isso depende de um método didático que levaria ao domínio da leitura e da escrita nas práticas associadas à tecnologia.

Um sujeito digitalmente letrado, ao se colocar em situações de interação que possam gerar contratos eletrônicos, deve ter condições de agir autonomamente em favor de seus interesses. O seu grau de compreensão irá aumentar à medida que ele tenha consciência dos aparatos informáticos empregados na negociação.

Ao que parece, o governo brasileiro está atento à necessidade de realinhar o sistema educacional para contemplar as demandas da sociedade informatizada. Recentemente, foi homologada a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) trazendo um conjunto de aprendizagens que devem concorrer para assegurar aos estudantes dez competências gerais, entre elas o uso de linguagem em meio digital.

Referência para a formulação dos currículos escolares, a BNCC estabelece que a resolução de problemas complexos da vida cotidiana requer:

Compreender, utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais (incluindo as escolares) para se comunicar, acessar e disseminar informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva (BRASIL, 2019, p.9).

Para tanto, esse importante documento normativo do governo federal inclui, no capítulo das tecnologias digitais e da computação, as seguintes competências e habilidades a serem desenvolvidas pelos estudantes:

Apropriar-se das linguagens da cultura digital, dos novos letramentos e dos multiletramentos para explorar e produzir conteúdos em diversas mídias, ampliando as possibilidades de acesso à ciência, à tecnologia, à cultura e ao trabalho (BRASIL, 2019, p.475).

Pode-se dizer, então, que as medidas assumidas na BNCC se encontram alinhadas com os princípios que cercam o letramento digital. Espera-se que os currículos proporcionem, efetivamente, oportunidades de vivência e reflexão sobre a prática cotidiana da internet, o que inclui a contratação eletrônica.

É importante frisar que essas ações devem ser empreendidas, também, nos cursos de ensino de segunda oportunidade destinados à alfabetização de adultos. Isso porque os estudantes mais jovens lidam diariamente com as tecnologias do ciberespaço e, portanto, detém maior nível de letramento digital.

3. CONCLUSÕES

O tempo atual é delineado pela linguagem utilizada nas tecnologias digitais de informação e comunicação. Essa circunstância impacta diretamente no exercício da autonomia, com destaque para a liberdade de contratar na internet.

Acredita-se que boa parte dos consumidores terão dificuldade para manifestar suas vontades negociais diante da dinamicidade do mercado de e-commerce. A situação se agrava entre as pessoas com idade avançada, menos habituadas à multiplicidade das ofertas digitais.

Por tudo isso, torna-se imprescindível elaborar meios de aprendizagem que garantam conhecimento suficiente para a celebração dos contratos eletrônicos. Do contrário, as informações trocadas pelos contratantes não circularam de maneira confiável, gerando insegurança jurídica e econômica.

A preocupação com os impactos dessa e de outras situações na vida dos brasileiros foi registrada pela Base Nacional Comum Curricular. Várias competências e habilidades foram contempladas a fim de preparar os estudantes para a utilização consciente dos recursos tecnológicos.

Entre as dimensões previstas, o estímulo ao letramento digital surge como fator decisivo na celebração dos contratos eletrônicos. O indivíduo que se apropria da linguagem fluente na cultura digital estará em melhores condições para se autodeterminar nos negócios jurídicos executados pela internet.

Afora essas conclusões, o trabalho deixa como sugestão o estudo de temas que relacionem os institutos do Direito privado com o uso da tec-

nologia. No que diz respeito às negociações envolvendo contratantes virtuais, há que se desenvolver, por exemplo, pesquisas sobre acessibilidade digital, visto que algumas pessoas necessitam de interface específica para manifestar suas vontades pela internet.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**: educação é a base. Brasília: MEC, 2019. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Formas e Aplicação do Direito Positivo**. São Paulo: RT, 1969.
- FRIED, Charles. **Contrato como promessa**: uma teoria da obrigação contratual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GALVANI, Leonardo. **Análise econômica do contrato e eficiência contratual**. REPATS, Brasília, v. 4, n.º 2, p.1-22, jul-dez, 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8507>>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- GRANDO, Katlen Böhm. **O letramento a partir de uma perspectiva teórica**: origem do termo, conceituação e relações com a escolarização. In: IX ANPEDSUL 2012 - Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul. Caxias do Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/3275/235>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

- KLEIMAN, Angela B. **Letramento na contemporaneidade**. Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso, v. 9, p. 72-91, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bak/v9n2/a06v9n2.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina, AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. **Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Tradução Décio Pignatari. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.
- NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O comércio eletrônico e o direito do consumidor**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 154-163, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_154.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Eunice Braga. **Do letramento digital ao acadêmico: dinâmica interacional e práticas de escrita no Facebook**. Linha D'Água (Online), São Paulo, v. 28, n. 1, p. 63-82, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/96988>>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** Revista dos Tribunais. vol. 966. p. 21-40, abr. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.02.PDF>. Acesso em: 25 jul. 2019.

- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.
- RAMOS, André Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **A mitigação de prejuízos no direito brasileiro**: quid est et quo vadat? Revista: civilistica.com; a.6. n.1. 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHOR, Juliet. Debatendo a economia do compartilhamento. In: ZANNATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B. de; KIRA, Beatriz (org.). **Economias do compartilhamento e o direito**. Curitiba: Juruá, 2017.
- SOARES, Sávio de Aguiar. **Direito autoral digital**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.
- SOUSA, Laiana Ferreira de; FRANÇA, Izabel de Lima. **Inclusão digital como fator de acesso à informação**: perspectivas para o letramento digital. Revista de Saúde Digital e Tecnologias Educacionais, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 21-31, jan./ago. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/resdite/index/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-releitura-funcional-das-invalidades/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, Rogerio. **Autonomia privada nas operações de aquisição e venda de moedas virtuais**. Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 127-139, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/570>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

- VICENTE, Dário Moura. **A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. ano 3. p. 275-302. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.13.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- WEBER, Aline; SANTOS, Edmea; CRUZ, Mara Monteiro. **Letramentos e alfabetizações na cibercultura:** crianças e jovens em rede, desafios para educação. Leitura: Teoria & Prática., Campinas, v.32, n.62, p.59-73, jun. 2014. Disponível em: <<https://ltp.emnuvens.com.br/ltp/article/view/240>>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- WELTER, Izabel Preis; CASTRO, Matheus Felipe de. **O direito à autonomia privada no Estado de bem estar social:** o paradoxo de uma inversão. In: Giovanni Clark; Paulo Ricardo Opuszka; Maria Stela Campos da Silva. (Org.). Direito e Economia II. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 418-435. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais.php>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

A IMPORTÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE) NAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM SERES HUMANOS

Vanessa Moreira Coelho

Júlia de Paula Vieira

1- INTRODUÇÃO

O Comitê de Ética em Pesquisa (COEP), pertencente a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), define termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) como: “o documento mais importante para a análise ética de um projeto de pesquisa”. Historicamente, existiu uma regulamentação institucional da pesquisa em seres humanos no ano de 1900 na antiga Prússia (VOLLMANN; WINAU, 1996. p.1445- 1447); mas o primeiro documento relacionado à defesa de princípios éticos à pesquisa foi o Código de Nuremberg em 1947, que em seu primeiro artigo, de forma sucinta afirmava que “o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial” (art. 1 do Código de Nuremberg, 1947). Segundo este documento, as pessoas submetidas a experimentos deveriam ser capazes de consentirem, exercendo assim o direito à escolha.

É considerado um documento extremamente importante para pesquisas científicas e existe a preocupação de muitos profissionais ao redigirem este termo ou procurarem utilizá-lo em suas pesquisas. Com o propósito de uma maior qualificação do serviço prestado, uma proteção a respaldos judiciais que possam surgir e, um maior esclarecimento aos

pacientes voluntários. Este consentimento é uma das mais claras manifestações do princípio da autonomia dos pacientes, pilar da bioética e autonomia das pessoas, garantido pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1, inc. III da CF/88).

É necessária uma diferenciação entre consentimento livre e esclarecido e termo de consentimento livre e esclarecido. O primeiro refere-se a prática médica e o segundo refere-se a um termo formal, burocrático que será tratado neste artigo. Importante salientar, que este documento não impede futuras demandas judiciais caso exista situações de erros médicos, imprudências, imperícias, negligências ou que fira algum princípio defendido pela Carta Magna.

Esse consentimento dado pelo voluntário, objeto de pesquisa, apresenta-se como uma continuação da relação médico-paciente/ pesquisador-pesquisado. Relação esta que é capaz de dar ao profissional condições entender e trabalhar muitas vezes de forma preventiva em muitas doenças e de forma curativa em inúmeras outras situações. O TCLE não resume-se apenas a uma simples folha de papel, apresenta-se em uma estrutura lógica, que desdobra-se em vários elementos como a informação que deverá trazer de forma detalhada a real situação e o consentimento sendo o aval para que se permita acontecer a situação.

Foram entrevistados 16 (dezesseis) profissionais da saúde, que responderam sobre a importância do TCLE e os resultados foram que 90% dos entrevistados acreditam que é grande a sua importância; 5% acreditam que é média e 5% acreditam que é pouca. Algumas reclamações giram entorno de que durante o dia-a-dia dos profissionais, é difícil a compreensão e legibilidade do TCLE para os pacientes voluntários, ou muitas vezes, estes ignoram a sua importância.

2- DESENVOLVIMENTO

1.1-A IMPORTÂNCIA DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA PARA AS PESQUISAS

Antonio Chizzotti afirma que:

(..) cabe à pesquisa investigar o mundo em que o homem vive e o próprio homem. E para essa atividade, o pesquisador recorre à

observação e à reflexão que faz sobre problemas que enfrenta, e à experiência passada e atual dos homens na solução destes problemas, afim de munir-se dos instrumentos mais adequados à sua ação e intervir no seu mundo para construí-lo adequado à sua vida (CHIZZOTTI, 1991, p.2).

Desenvolvendo-se ao longo de inúmeros anos, junto a filosofia, a pesquisa científica nasce com a necessidade da descoberta e de desvendar as forças da natureza que eram consideradas até então fenômenos ditos sobrenaturais. A religião por sua vez, vinha explicar estes fenômenos como o agir de Deus. Edima Aranha Silva afirma que:

O senso comum aliado à explicação religiosa e o conhecimento filosófico, foi o que orientou até o século XV; as investigações do homem, acerca do universo. Só a partir do século XVI, foi que se desenvolveu o método científico (SILVA, 2001, p.111).

Somente após essa desmistificação do homem antigo, que surgiu um método de análise denominado crítico e suas consequências perante os seres humanos. A pesquisa científica que teve grande ímpeto de desenvolvimento nos séculos XIX e XX gerou a atual ciência, que é o resultado de eventuais descobertas, em cada período histórico. O homem relacionou as descobertas de suas pesquisas anteriores as atuais, as desenvolvendo e as ampliando, resultando em um ciclo que perdura até os dias atuais. Percebe-se ao longo dos anos que: “os elementos que constituem grande parte da ciência e que são transitórios e efêmeros, como certas hipóteses e teorias, perdem-se no tempo, conservando, quando muito, interesse histórico” (CERVO; BEVIAN, 2002, p.1).

A ciência, da forma que é apresentada atualmente é resultado das características científicas absorvidas na Idade Moderna. Quando o homem faz ciência necessita conhecer os instrumentos que utilizará, que são desde teorias herdadas de seus antepassados, as leis consideradas naturais e até conceitos aprendidos ao longo do tempo e pela busca por conhecimento “o homem penetra nas diversas áreas da realidade para dela tomar posse” (CERVO; BEVIAN, 2002, p. 5).

A mesma realidade apresenta-se em inúmeras formas, o ser humano que se dedica a pesquisa subdivide o conhecimento em níveis diferentes,

resultando em quatro espécies, conforme cada caso: “ o conhecimento empírico; o conhecimento científico; o conhecimento filosófico; e por fim, o conhecimento teológico” (CERVO; BEVIAN, 2002, p.6). Neste artigo será tratado apenas do conhecimento científico, que vai além do empírico pois procura compreender o objeto, o fato, e sua estrutura e organização como um todo.

Antigamente, o conhecimento científico caracterizava-se como aquilo que sabia explicar os motivos de sua certeza e por isso algo certo; a ciência procurava de forma geral o que existia em comum nos seres das mesmas espécies; e outra característica é a forma metódica e sistemática que os profissionais atuavam, sendo a ciência considerada um simples resultado de demonstrações e experimentos. Atualmente, possui vestígios destas características, sendo que a ciência e suas pesquisas tornaram-se uma eterna busca por soluções, explicações, avaliações e reavaliações da verdade, entendendo-se por não ser um fim e sim o caminho.

A busca por soluções de determinados problemas ou conflitos que envolvem o ser humano e seu organismo necessita de uma disposição do profissional pesquisador, essa postura científica é fruto de uma consciência racional necessariamente crítica ao desenvolver seu discernimento relacionado ao tema. O que o cientista pensa ou imagina não encaixa como condição objetiva básica da ciência, é necessário que as pesquisas sejam impessoais, não aceitando soluções fracionadas as experiências pessoais do profissional, pois este necessita ser imparcial.

As pesquisas científicas necessitam ser baseadas em estruturas éticas e claras, nos quais os autores informem os procedimentos que adotarem sabendo que eles não podem fugir dos princípios constitucionais de país. A ética nestas pesquisas deve ser o norteador de qualquer profissional, ao desenvolverem suas pesquisas a obtenção de qualquer conquista deve ser motivo de orgulho e satisfação, sempre sendo envolvida pela boa fé de todos que participarem dela.

A obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido é necessário em todas as pesquisas de forma clara e ética. A pesquisa científica sempre deverá ser feita sobre a luz do ideal de uma melhor qualidade de vida em comunidade, e para que isso aconteça as recomendações dos comitês organizadores e das empresas que financiarem as pesquisas deverão ser regidos pelas normas, princípios e valores morais do ambiente em que se encontrarem.

A pesquisa científica resulta para a sociedade terapias, medicamentos e remédios, dispositivos que curam ou aliviam doenças, tratamentos e equipamentos entre outras prestações de serviço à saúde. O papel dos voluntários é de suma importância, pois sem eles as pesquisas em grande maioria não seriam possíveis, pois para que essas prestações de serviços cheguem ao mercado é necessário a participação deles. Essa estrutura organizadora das pesquisas deverá oferecer acompanhamentos seguros e eficazes, explicações detalhadas dos procedimentos para que os voluntários sintam-se confortáveis.

1.2-OBJETIVO DO TERMO DE COSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

A palavra consentimento deriva do verbo latino *consentire*, que significa estar de acordo. É uma manifestação da vontade do ser, autorizando o ato que será praticado de forma serena. Autoriza que o profissional possa agir para chegar a determinado fim em sua pesquisa, com o esclarecimento de inúmeros resultados que esta atitude possa ocorrer, mas em benefício de um bem maior. O direito à vida em hipótese nenhuma poderá ser separado ao princípio constitucional democrático da dignidade da pessoa humana.

A Resolução do Ministério da Saúde n. 466/2012 apresenta a definição do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como:

Documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar (item II.23, da Resolução n. 466/2012 do Ministério da Saúde).

As informações e os esclarecimentos do médico, na obtenção do consentimento do paciente, são fundamentais para que o processo ocorra livre de influência ou vício (Recomendação CFM nº 01/2016,). Para a bioética e o biodireito a autonomia dos pacientes é um dos temas mais relevantes, seguidos da liberdade e dignidade. Autonomia esta, que significa a von-

tade dos pacientes ou dos voluntários como fonte de legitimação jurídica, cabendo a lei apenas assegurar a forma de sua concretização.

Segundo Odile Nogueira Ugarte e Marcus André Acioly:

O termo autonomia significa capacidade de se autogovernar. Para que um indivíduo seja autônomo, ou seja, capaz de realizar escolhas autônomas, é necessário que este indivíduo seja capaz de agir intencionalmente e que tenha liberdade para agir intencionalmente. Menores de idade, indivíduos que padecem de determinadas enfermidades mentais e indivíduos com alterações do nível de consciência são exemplos de agentes que, permanente ou temporariamente, não possuem capacidade de agir intencionalmente (UGARTE; ACIOLY, 2014, p.1).

O Código Civil de 2002 apresentou o consentimento informado em seu art.15, disciplinando assim os direitos da personalidade à autodeterminação. Não sendo admitido constranger alguém a submeter-se a tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas com risco de vida, violando assim o caput do art.5 de nossa Constituição. Mas, se o voluntário, por livre e espontânea vontade, deseja se submeter a este procedimento, necessita consentir, após o esclarecimento claro do profissional, conforme o art. 22 do Código de Ética Médica, situação essa que só será vedada se o ser humano estiver em risco de vida. Sendo este o objetivo do termo de consentimento claro e esclarecido.

O desenvolvimento científico, considerado uma mobilização social está extremamente presente na vida das pessoas. A ciência com o passar dos anos necessita desenvolver-se, e para que isso aconteça é necessária a dedicação a pesquisas, como afirma Rui:

O considerável avanço científico, a extrema especialização em áreas estanques, o desenvolvimento de técnicas médicas novas, a globalização das descobertas e das drogas desenvolvidas, aumentando os recursos à disposição destes profissionais fizeram aumentar a possibilidade de ação, num afã da cura, e, na mesma proporção fizeram crescer os riscos (STOCO, 1999, p.286).

Riscos estes que também somente passaram a ser conhecidos pelos avanços das pesquisas, e por isso a necessidade de submeter o paciente ou o voluntário à assinatura do consentimento. O TCLE envolve uma relação profissional-paciente muito grande, no qual o respeito é a estrutura básica. Relação esta que sempre foi baseada na confiança e na consciência, atualmente essa relação tornou-se uma relação rápida e desprovida de uma maior interação. E, afirma Rui:

E, como a competência e a eficácia do resultado (embora se cuide), como regra, de uma obrigação de meios, é que caracteriza a medicina moderna, exacerbou-se grandemente as suspeitas e a prevenção do paciente para com o médico, com o qual passou a ter uma relação episódica, rápida, pontual, e desprovida de uma maior interação e empatia entre eles, até porque também o médico já não dispensa a mesma atenção que antes concedia a seus pacientes, limitando-se a diagnosticar e prescrever (STOCO, 1999, p. 286).

Mas, ao se falar de TCLE só existirá uma verdadeira autonomia quando a vontade dos sujeitos dessa relação como os seus limites, estiverem expressos claramente. E somente por meio dessa estrutura será possível escolha da conduta mais adequada. Enfim, consentir significa autorizar algo, neste caso trabalha-se com o objetivo de uma possibilidade do ser humano, dotado de autonomia e liberdade, permitir que se faça procedimentos ou pesquisas para determinados fins.

1.3- ORIENTAÇÃO AOS PROFISSIONAIS QUE QUEIRAM REDIGIR UM TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)

O TCLE necessita ser um documento de redação concisa e de compreensão fácil as pessoas leigas. O participante das pesquisas é a razão primordial das Normas e Diretrizes Brasileiras que envolvam seres humanos, conforme as resoluções n 466/12 e 510/16 do Conselho Nacional de Saúde- CNS, legislação essa no qual foram retiradas todas as instruções e dicas apresentadas neste artigo, que deverá ser norteadora para a redação de todo TCLE. É necessário que o indivíduo se manifeste de forma autônoma, livre e esclarecida para que o termo torne-se um documento válido.

Por ser um documento de natureza contratual é necessário que se tenha alguns tópicos importantíssimos, como as informações de identificação da situação que está sendo pesquisada, a descrição do paciente voluntário que está consentindo com o termo (nome completo; documentos; endereço; estado civil; profissão; qualificação do representante legal, se houver) quanto do profissional ou dos profissionais que estarão conduzindo as pesquisas. E, a descrição da situação no qual o ser humano irá se comprometer, de tudo o que está sendo contratado de forma objetiva e clara.

Não existe a obrigação de que seja um documento extremamente longo, com uma gramática extremamente culta, a linguagem do TCLE não deve ser inacessível, com termos técnicos de difícil compreensão ao público alvo, e sim termos técnicos que são utilizados naturalmente e de compreensão facilitada. A forma da redação é um convite, sendo obrigatória a sua redação dessa forma. O TCLE é um documento único, sempre será apresentado de forma integral, sendo vedado a sua apresentação como uma parte de um outro texto ou de si mesmo.

Não poderá omitir descrições em hipótese alguma de benefícios e/ou dos riscos da pesquisa a ser seguida, e deve sempre constar estes tópicos de forma detalhada minimamente. E, as medidas que forem cabíveis caso resulte em algum dano. O ser humano que assinou o TCLE tem permissão de retirar este consentimento a qualquer momento e essa informação não poderá ser omitida do documento ou ignorada, e também não poderá ser penalizado, de forma alguma, o indivíduo que retirar seu consentimento. É necessário que seja claro a garantia de todos os esclarecimentos antes, durante e/ou após a realização da pesquisa.

O TCLE deverá informar o título da pesquisa, de forma completa, quem é o autor/responsável, seus objetos, quem fará a apresentação e todas as justificativas necessárias à pesquisa. O termo correto ao se dirigir ao voluntário é participante de pesquisa e que os meios de contato com o pesquisador ou o médico sejam informados de forma clara. É necessário que a forma de acompanhamento e assistência esteja bem detalhada e exemplificada. Deve ser claro a garantia do sigilo de dados confidenciais para que de forma alguma provoquem constrangimentos ao voluntário.

A assinatura do voluntário não poderá ser feita em papel à parte do corpo do TCLE e todos os pesquisadores deverão assiná-lo. Recomenda-

-se que em pesquisas envolvendo pessoas que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil” (art. 3 do Código Civil de 2002) como os menores de 16 anos, por exemplo; ou os relativamente incapazes (adolescentes entre 16 e 18 anos não emancipados, portadores de doenças mentais, entre outros, vide art. 4 e seus incisos do Código Civil de) deva ser assinado por seus representantes legais, de forma para a qual não se retire o direito de informação dos indivíduos, nos limites de suas capacidades.

Por ser um documento que irá prestar esclarecimentos sobre a pesquisa a ser desenvolvida, o voluntário deverá tomar sua decisão em participar da pesquisa de modo que não seja constrangido, de forma bem didática deverão estar presentes no corpo do documento as informações que digam respeito aos detalhes mais importantes. O termo de consentimento livre e esclarecido é um documento que exige da pessoa que o redige a obediência a todas exigências estipuladas por lei.

3- CONCLUSÃO

A cultura, o modo de vida e as mudanças climáticas de todo o mundo interferem diretamente no avanço das pesquisas científicas. Ao desenvolver-se o ser humano sempre estabelecerá novos cenários para seu desenvolvimento, acontecimentos de importância histórica surgirão ou serão a base para o nascimento de novos questionamentos humanos, fazendo que o ciclo infinito de curiosidade humana não cesse e não faça acabar as pesquisas para com o próprio ser humano.

O aumento da inovação tecnológica tem como estirpe o avanço das pesquisas científicas. Pesquisas estas, que quando direcionadas aos seres humanos continuam o vínculo filosófico, só que não mais com propósito de explicação do que é o ser humano e sim qual é cura dele ou como resultar em uma melhor qualidade de vida. A atual ou futura ciência sempre exigirá dos profissionais que as manterem a necessidade de “revisão dos conceitos e das categorias de análise, tanto no âmbito da natureza, como da sociedade” (SILVA, 2001, p.117).

Para que as pesquisas aconteçam é necessária a participação do próprio ser humano nelas, que consentirá por meio de um termo livre e esclarecido, atendendo as burocracias importantíssimas que uma sociedade

democratizada estipula. Fora retratado neste artigo a exímia importância deste documento para a própria evolução humana, pois as pesquisas científicas em grande maioria possuem o propósito de proporcionar uma melhor qualidade de vida para o próprio ser humano.

A tomada de decisão para participar de uma pesquisa científica como voluntário é um ato muito maior que de solidariedade para com o ser humano, é um ato de compaixão pela própria espécie, por que ao procurar meios de livrarem-se de algum mal, o ser humano está automaticamente amando seus semelhantes, pois a cura tende a ser compartilhada, que por sua vez foi alcançada através dos estudos que utilizaram seres humanos. O futuro da humanidade exige da própria um ato de cuidado e de evolução, e não existe forma mais admirável do que se colocar à disposição do próprio ser humano que se dispõe a encontrar o tão desejado latíbulo.

Enfim, o termo de consentimento livre e esclarecido é muito mais do que uma proteção legal e burocrática ao pesquisador, é um documento pelo qual o profissional irá demonstrar a sua boa-fé de forma individualizada a cada voluntário objeto da pesquisa. Documento este, que a pessoa que consentir assinar estará habilitado em participar da pesquisa após os devidos esclarecimentos do profissional pesquisador, respeitando assim a dignidade dos voluntários, sua autonomia e sendo preservados de todo e qualquer tipo de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de julho de 2019 as 17:30 horas.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Que institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em 04 de julho de 2019 às 13:00 horas.

BRASIL. Recomendação CFM nº1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1> >. Acesso em 03 de julho de 2019 às 23:15 horas.

BRASIL. Resolução CFM nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm <. Acesso em 03 de julho de 2019 à 22:30 horas.

BRASIL. Resolução CNS nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: < <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf> >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 22:12 horas.

BRASIL. Resolução CNS nº 510, de 07 de abril de 2016. Disponível em: < <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf> >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 23:45 horas.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; DA SILVA, R. Metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002. Disponível em: < http://www.aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php?file=%2F177321%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1%2F3.%20Metodologia%20Cientifica.pdf >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 9:15 horas.

CHIZZOTTI, Antônio. Pesquisa em ciências humanas e sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

Comite de Ética e Pesquisa COEP. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/bioetica/coep/tele/> >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 09:34 horas.

Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm> >. Acesso em 04 de julho às 15:00n horas.

SILVA, Edima Aranha. Historical evolution of the scientific method challenges and paradigms for the Century XXI. *Economia & Pesquisa*, Araçatuba, v.3, n.3, p. 109-118, mar. 2001. Disponível em: < http://www.feata.edu.br/downloads/revistas/economiaepesquisa/v3_artigo07_evoluc_ao.pdf >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 08:43 horas.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev., atualizada e ampl; 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf >. Acesso em 02 de julho de 2019 às 08:22 horas.

Vollmann, J; WINAU, R. Informed consent in human experimentation before the Nuremberg code. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2352998/> >. Acesso em 04 de julho de 2019 às 14:30 horas.

DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO CEARÁ

Emerson Carvalho

Luís Borges Gouveia

1 INTRODUÇÃO

Uma sociedade democrática exige de seus gestores públicos, a devida transparência das ações em um Estado. Nesse sentido, este artigo pretende analisar as condições de legalidade do Estado Democrático de Direito aliado às ferramentas tecnológicas, no qual oferecem condições à participação mais ativa da sociedade, tornando a gestão pública mais transparente. Com isso, a gestão passa a se tornar mais democrática.

O controle social e os desafios que são enfrentados pelos gestores públicos visam chegar a um modelo de gestão eficiente em que o Estado possa por meio do portal da transparência, chegar ao povo através de suas ações efetivas. Para tanto, ao longo do artigo será demonstrado o Estado Democrático de Direito e a Transparência pública, perpassando pelo campo jurídico e pela conectividade.

O direito ao acesso à informação postulado pelas legislações federal e estadual também serão discutidos ao longo do texto, demonstrando ainda, a ligação dessas normas jurídicas com a Constituição Federal de 1988, que defende as informações e os atos públicos transparentes. Ainda há de se ressaltar as ferramentas de participação ativa que contribuem de forma efetiva com a organização e prestação do serviço público.

E por fim, surge a discussão de um governo aberto e as estratégias de participação ativa que contribui de forma efetiva com o fortalecimento da democracia e da administração pública que é o cerne da investigação.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E TRANSPARÊNCIA

O Brasil se revela ao mundo como um Estado Democrático de Direito. E, para que assim seja reconhecido no âmbito do seu próprio território e, internacionalmente, é necessário que os poderes constituídos desenvolvam suas missões ao lado dos cidadãos, que busquem na participação deles, seus pilares para a formação democrática dos atos estatais (LACERDA, 2017).

O direito individual ao acesso à informação pública está interligado com o exercício da cidadania em fiscalizar os atos governamentais. Não deve ser confundido com o direito de informação a dados pessoais em poder do Estado, já que este está inserido no rol de garantias de direito à informação, que contém, também, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e não é abarcado pelo DAIP - Direito ao Acesso da Informação Pública (BUCCI, 2019, p.3).

Assim, para que esta democracia se fortaleça a cada dia e, a cada processo, é preciso que para a formação das decisões que o governo tome e, ainda mais, para que o Estado retire qualquer cortina sobre seus atos para que o povo os conheça que haja o fomento e a prática rotineira e reiterada ao acesso à informação.

Neste ponto, não são detalhes apenas sobre a execução de despesas de grande monta ou informações sobre a captação de grandes receitas públicas e, sim, deve-se informar ao cidadão sobre como ocorrem os atos administrativos e como são formadas as decisões dos gestores públicos acerca da aplicação dos recursos públicos arrecadados (BOTEGA, 2019).

No momento em que o povo brasileiro elege seus representantes tanto a nível federal, quanto nas esferas municipais e estaduais, este mesmo povo está chancelando a que estes representantes desenvolvam as políticas

públicas que foram apresentadas ao eleitor, durante o processo eleitoral. E, para a execução destas políticas, o gestor público tem que convencer o cidadão que as escolhas a serem realizadas são as melhores e mais econômicas, a fim de se atingir o nível de desenvolvimento econômico e social que a população tanto almeja (CARREIRÃO, 2015).

Ao tempo em que o Estado revela pela transparência que o seu gasto está sendo levado a efeito com economicidade e respeitando as prioridades escolhidas pelo povo, maior o sinal de que a população terá serviços públicos de qualidade à sua disposição e maior a tendência de que a iniciativa privada gere um investimento produtivo com a geração de emprego e renda na economia. Assim, a transparência efetivada desta forma acaba gerando um ciclo virtuoso de crescimento social e econômico (MARQUES, 2019).

Para o campo jurídico, a transparência pública vai ao encontro da escolha do legislador constituinte por uma sociedade e Estado igualitários, um centro de poder político que promova a valorização dos objetivos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988. É uma estrutura de poder que aquinhoa o cidadão como elemento crucial para que o Estado possa prover sua tarefa de grande organizador da vida social e política do país (ALMEIDA, 2014).

É a garantia de que o Brasil continuará trilhando o desenvolvimento e que participará dos fluxos econômicos e sociais a nível mundial de forma equilibrada, justamente porque o cidadão estará bem informado com a transparência ativa e passiva, a respeito dos rumos que o dinheiro público toma. Que o Estado não estará sendo utilizado para perpetuar injustiças que aumentem a concentração de renda e, sim, haja justiça social com a distribuição e aplicação dos recursos públicos em direção àqueles que mais necessitam (KLEIN, R.; KLEIN, D.; MEZZOMO, 2019).

Esta inclusão política com o concurso dos mecanismos de transparência pública, faz com que o cidadão seja agente transformador de sua realidade e que os gestores públicos se transformem em vetores da realização desta vontade pública. Tal mecanismo, tem sua possibilidade de alavancar a gestão pública à medida que o Estado abre canais de informação de ida e volta com o povo, elaborando e implementando suas políticas públicas com o aval e participação da sociedade. Este o grande ponto em que as ferramentas de informática fazem a ligação entre os dois pólos (KLEIN, R.; KLEIN, D.; MEZZOMO, 2019).

Há que se melhorar, a capilaridade desta disponibilização de informações públicas por parte dos entes federativos no Brasil. Os ganhos democráticos em que e, como se fazer a atividade pública de forma honesta e participativa, hão de ser propagados para os rincões brasileiros, fazendo expulsar aquele jeito antiquado e injusto de se angariar patrimônio pessoal às custas do suor da coletividade. Para tal, há a necessidade de uma cobrança ininterrupta da população e o engajamento do povo, principalmente, por meio da conectividade que são as páginas eletrônicas governamentais. Diante disso,

não é democrático um Estado em que as decisões políticas sejam tomadas sob a penumbra, sem que sejam dadas a conhecer não apenas as deliberações em si mesmas, como também as razões que as inspiraram, uma vez que se tratam dos critérios utilizados pelos representantes do povo (FIDALGO; FULIARO, 2015, p.7).

Ao mundo eletrônico, deve ser uma continuação da participação ao vivo do cidadão nas formações de decisões governamentais. Não adiantaria o cidadão obter informações dos portais eletrônicos de transparência sem ao certo, saber a matéria que está vinculada na página e de onde surgiu aquela política pública. O acesso aos portais eletrônicos deve ser o estímulo para que a população acompanhe em tempo real, os gastos e receitas públicas de acordo com a decisão governamental, tomada em consenso com os cidadãos (BEUREN; ALMEIDA, 2013).

Assim, o administrado deve ser chamado a participar da vida pública, já a partir da apresentação e discussão das políticas públicas viáveis para implementação futura e não apenas quando haja o desenrolar destas políticas no campo prático e sua disponibilização informacional nos portais. Desta forma, há realmente a prática da transparência pública.

3 DIREITO AO ACESSO A INFORMAÇÃO POSTULADO PELAS LEGISLAÇÕES FEDERAL E ESTADUAL

3.1 A lei n. 12.527/2011

Em consonância com os preceitos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, engrandecedores da cidadania e de apro-

ximação da máquina estatal em direção aos anseios da coletividade é que se construiu um aparato legal, para normatizar a obrigatoriedade do cidadão ter acesso às informações geradas no âmbito da administração pública. Concomitantemente, faz-se estimulada a melhoria na gestão pública à medida que os procedimentos administrativos e as tomadas de decisões dos agentes públicos passam a ser objeto de monitoramento por parte da população (MARTINS, 2018).

Nessa sistemática, constata-se que a legislação pertinente colocou a gestão pública sob o olhar atento do administrado, dando prioridade para que as informações a exemplo das atinentes a procedimentos licitatórios, programas e projetos governamentais sejam direcionadas a este público-alvo em tempo real e sem qualquer óbice, salvaguardadas as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (MARTINS, 2018).

E, desta forma, tratou de alicerçar uma convivência de igualdades de direitos entre os cidadãos, mesmo que pertencentes a classes sociais distintas. Tanto é que ressalva a possibilidade de obtenção de informações públicas, a custo zero, mesmo quando haja gasto de dinheiro público para a produção de xerocópias àqueles que comprovarem insuficiência de recursos diante da tarefa de sustento de suas famílias. É um tratamento desigual à medida da desigualdade observada (**Art. 12, parágrafo único**). (BRASIL, 2011).

Para o sucesso gradual desta intervenção pública no campo do acesso à informação gerada no âmbito governamental em direção ao cidadão é necessária a disponibilização de ferramentas de tecnologia da informação, devido ao grande volume de informações geradas quando o Estado efetiva suas receitas e despesas e procede a atos que envolvam recursos públicos, o que traria enorme dificuldade de acompanhamento caso não se lançasse mão da internet e de outros serviços salutarres, para o atendimento da população com qualidade. Este aparato tecnológico deve se espriar de forma pujante entre todos os grupos populacionais componentes do estado brasileiro (CGU, 2011).

Desta forma, a lei ordinária federal em comento, trata de franquear o acesso favorável a qualquer informação gerada na administração pública, salvaguardadas aquelas protegidas por sigilo justificado no conteúdo legal e que, de maneira alguma, estão livres de questionamentos por parte dos

solicitantes, acaso não estejam sendo cumpridos os requisitos para que tal informação seja classificada como sigilosa (BUCCI, 2009).

Há um longo caminho a ser percorrido para que os entes federativos no Brasil, principalmente estados e municípios, possam entrar em rota de consonância com a efetividade da disponibilização das informações públicas em tempo real para os seus cidadãos (RESENDE; NASSIF, 2015).

Diante das realidades políticas, sociais e econômicas existentes entre as regiões do Brasil e, ainda, entre as capitais e o interior, a forma de se implantar a atividade política, a forma de se governar um ente federativo, as práticas clientelistas que ainda assolam os governos subnacionais, toda esta situação sinaliza para a inserção da tecnologia da informação como fator de alavancagem da transparência como um vetor inicial neste processo (RESENDE; NASSIF, 2015).

Concomitantemente, diante de tal cenário, com uma população com menor potencial de inserção na vida política, os governos tendem a enfraquecer qualquer tentativa de franquear o acesso do administrado às informações públicas, considerando que este alijamento político ocorre não apenas na esfera da transparência pública, mas já vem sagrando as atividades de prestação de serviços públicos, cenário que contribui para um ciclo vicioso de alienação (FIDALGO; FULIARO, 2015).

3.2 A Lei 15.175/2012 do estado do Ceará sobre o acesso à informação

O Estado do Ceará tem buscado disponibilizar as informações sensíveis e de interesse coletivo como forma de cancelar a participação direta do cidadão na vida financeira e administrativa do ente político. Mas, ainda há muito para se concretizar em termos de alinhamento, tanto dos conceitos técnicos e jurídicos envolvidos na legislação existente, de forma a torná-los conceitos determinados passíveis de alcance, como também, na disparidade intensa entre os entes políticos quando se trata de trabalhar a questão da tecnologia da informação, envolvida nesta disponibilização de informações à sociedade. Daí que advém a celeuma de definição do que é considerado dado sensível, sigiloso e que não possa ser acessado pelo cidadão comum, durante um interstício fixado (GONÇALVES; VARELLA, 2018).

No arcabouço legal estrutural que define a incumbência estatal de disponibilizar as informações estratégicas sobre seus orçamentos, despesas, receitas, processos licitatórios entre outras de grande valia. Nesse caso, o Estado do Ceará segue os caminhos trilhados pela legislação federal supracitada, conforme de depreende das regras abaixo:

Art. 11º. É dever dos Poderes, Órgãos e Entidades albergados por esta Lei, disponibilizar, independentemente de requerimentos, no âmbito de suas competências, informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na disponibilização das informações a que se refere o caput, deverão constar no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades;

VI - resultados de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores;

VII - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, serão utilizados os seguintes meios:

I - Portais da Transparência;

II - Sítios Institucionais;

III - Audiências ou Consultas Públicas (Lei N°15.175, 28 de junho de 2012.)

O que se destaca na tarefa de transparência de informações, a partir dos entes políticos em direção ao cidadão em termos de desafios é a busca da interoperabilidade entre sistemas estaduais, municipais e federais, tanto em termos de trocas de informações e experiências, como principalmente no sentido de se iniciar uma política pública que equipe todos os centros administrativos destes entes políticos com equipamentos que garantam a segurança da informação gerada, preservem aquelas de cunho sigiloso e imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e, fundamentalmente, que capitaneie o cidadão como ator ativo desta intersecção de interesses entre o Estado e a população. Há que se ter decisão política e investimentos neste sentido (GONÇALVES; VARELLA, 2018).

4 FERRAMENTAS DE PARTICIPAÇÃO ATIVA

A evolução e a disponibilidade cada vez maior das tecnologias da informação e comunicação têm propiciado oportunidades para que o Estado reorganize seu modelo de prestação de serviços aos cidadãos, explorando os meios eletrônicos como canais de atendimento às demandas colocadas pela sociedade, no que se convencionou chamar de Governo Eletrônico ou e-GOV. A escalada positiva na participação do cidadão nos negócios do governo colabora para que haja mais possibilidades de responsabilização dos agentes públicos e, de outro lado, fortalece a responsabilidade do Estado e de seus colaboradores frente às missões que lhe são dadas pelos representados quanto à prestação de serviços públicos (BRAGA; GOMES, 2016).

No Estado do Ceará existe o portal da transparência que exhibe informações em tempo real sobre os negócios do governo ao cidadão e, dentro de um projeto de aproximação com a população, há o conhecido portal da transparência que é um repositório de informações na área eletrônica na rede mundial de computadores que conecta o cidadão com aquilo que está acontecendo no governo. Desde informações sobre receitas e despesas governamentais, procedimentos licitatórios, despesas com pessoal, obtenção de receitas, e mais, disponibiliza mapas interativos para que o cearense possa buscar o que deseja da melhor maneira possível (CEARÁ, 2019).

É uma forma de fazer com que o cidadão se sinta mais próximo do governo e tal fenômeno, conta as tecnologias da informação e comunica-

ção – TIC (s) para que seja alcançado efeito positivo e alavancador do processo democrático. Em sociedades modernas em que o cidadão despende muitas horas de seu dia nas atividades profissionais e, ao mesmo tempo, tem que participar da vida política do Estado, nada mais salutar que o próprio governo disponibilize estrutura técnica que envolve conhecimentos e equipamentos nesta seara tecnológica, para que o administrado acompanhe o que foi decidido ou está em vias de execução com a aplicação do dinheiro público. (ABREU *et. al.*, 2015).

Diante disso, as TIC (s) surgem como ferramentas fundamentais para a efetivação desse processo de transparência, visto a dinâmica com que os agentes tomam suas decisões a começar por aqueles que contratam com o poder público, também aqueles que decidem investir em determinada economia e, ainda, entre outros, os eleitores que escolhem seus representantes políticos (WEISS, 2019).

Ante esta sistemática de interação entre o cidadão e o Estado, encontra-se a troca de sinergias considerando-se os dois pólos da relação informacional. A experiência que o usuário desenvolve ao acessar o Portal da Transparência e também outros modos de interação do governo eletrônico, deve despertar neste indivíduo, o sentimento de segurança e estabilidade quanto a adquirir a melhor e mais apropriada informação. De nada adiantaria um Portal muito bem definido graficamente, com mapas interativos que correlacionam detalhes sobre despesas e receitas públicas, mas que o cidadão não consiga confrontá-los com o que acontece de fato na vida real (DAMIAN; MERLO, 2013).

Para o Estado do Ceará que se propõe a se relacionar de forma efetiva com o cidadão e a oferecer serviços de qualidade no âmbito da plataforma digital do Portal da Transparência, cumpre, assim, atingir metas visando o sucesso desta relação. Metas estruturais que servem para consolidar a troca de informações entre os dois lados e, assim, fortalecer o regime democrático de participação cidadã nos negócios públicos, ou seja, que o cidadão se sinta parte da alteração de escolhas governamentais em prol da coletividade (DAMIAN; MERLO, 2013).

O cerne desta ação governamental para a inclusão do cidadão em canal direto com o Estado do Ceará é a facilitação da vida do cidadão, que pode obter documentos e informações em tempo hábil que impactem realmente em sua vida e tomada de decisões, mas também e, principal-

mente, legitimar os representantes políticos da coletividade. Ao passo em que se apresenta um programa de governo nas eleições e este é sagrado vencedor, então, na atual conjuntura política e econômica vivida no Brasil é inconcebível uma administração pública trancada em si mesma sem interagir com a sociedade (ECHALAR; PEIXOTO, 2017).

O que se destaca nesta interação é que o acesso ao Portal da Transparência do Estado do Ceará se revela como mais uma ferramenta de cidadania, mas que deve ser acompanhada das outras políticas públicas de inserção ativa do cidadão na vida social, política, econômica e cultural. O simples franqueamento aos dados e informações governamentais e a interação entre os dois pólos não tem o condão de alterar significativamente a desigualdade social e tentar igualar as oportunidades de melhoria de vida entre os diversos grupos humanos e cidadãos que compõem a sociedade (ECHALAR; PEIXOTO, 2017).

5 O GOVERNO ABERTO E AS ESTRATÉGIAS DE PARTICIPAÇÃO

Para a consolidação e fortalecimento da democracia é necessário que a administração pública, no caso, o Estado, torne disponível de forma transparente as informações sobre as decisões e processos levados a efeito em seu interior como forma de concretizar a situação de que o poder realmente emana do povo e que seus representantes eleitos são meros porta-vozes da vontade coletiva. Com isso, o cidadão conhecendo todo o processo da aplicação do dinheiro público, o cidadão poderá desenvolver o contraditório e, aspectos da ampla defesa em prol da melhor utilização dos recursos públicos. Em assim fazendo, ter-se-á uma democracia sólida com bem-estar para a população (ARRUDA, 2016).

O Portal da Transparência do Estado do Ceará se amolda à sistemática e vontade política de trazer ao cidadão as informações em tempo real e esclarecer detalhes financeiros a respeito das contratações públicas, o andamento das obras do governo, os gastos com pessoal, os procedimentos licitatórios e outros assuntos acerca das receitas, despesas e orçamentos públicos e, com isso, vai revelando como está tratando de desenvolver as políticas públicas que foram apresentadas nos planos de governo durante o período eleitoral e que foram sagradas vencedoras nas urnas. Com esta disponibili-

zação, cuida-se de entregar ao cidadão informações compreensíveis e úteis que possam embasar a tomada de decisões por parte do povo e, em específico, por parte dos agentes empresariais que pretendam investir na economia cearense. (TAGLIARO; RAUPP, 2016).

Neste cenário, há que se buscar o fortalecimento da efetividade da interferência do cidadão nos negócios públicos. Para tal mister, a população deve se fazer consciente de seu papel fundamental na gestão pública e deve exigir do governo melhores condições de acesso aos serviços públicos de qualidade; que estes sejam de qualidade e de amplo acesso. A partir deste ponto, cidadãos podem participar e entender como se desenrolam os procedimentos no âmbito da administração pública porque estarão em estágio de capacidade intelectual apropriada. Não bastando assim, que este cidadão tenha acesso às informações sobre a gerência do dinheiro público e, sim, que o mesmo entenda aonde o governo quer chegar com a aplicação ou não aplicação de uma soma específica de dinheiro público (NOGUEIRA JUNIOR, 2019).

Os portais da transparência pública não são eficientes e efetivos por si mesmos, pelo simples fato de a interação entre Estado e cidadão não se perfazer de forma satisfatória apenas pelo modo de consulta à rede de internet, a interface digital, necessitando que o cidadão interaja também, com a utilização dos mecanismos de ouvidoria pública. Este tipo de ouvidoria dá sustentação à praticidade e confiança depositada nos portais da transparência governamentais, visto que o ouvidor público e sua equipe podem disponibilizar ao consulente as informações em tempo hábil para que se exerça todos os direitos previstos na legislação brasileira, tanto para a busca de melhorias na condição de atendimento dos serviços públicos como também para a realização de contestação e denúncias diante de atos e procedimentos governamentais que não estejam claros e amparados na lei (BOTEGA, 2019).

O direito à informação de acordo com a Constituição Federal de 1988 é um direito individual e desta forma, deve ser exercitado em um estado democrático de direito como o Brasil. Este exercício será melhor desenvolvido à medida que o Estado aprimorar suas políticas públicas e investir o dinheiro público com qualidade. Não deixando margem para a ocorrência de malversação destes recursos e nem que procedimentos de captura da máquina pública, visando enriquecimento ilícito, sejam perpetrados.

Para isso, o acesso à informação deve alcançar patamares consideráveis de qualidade e efetividade, visando a manutenção do desenvolvimento social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado como um Estado Democrático, o Brasil em sua essência tem buscado reforçar a cada dia esse reconhecimento, e para que isso ocorra de forma efetiva em uma gestão pública, o portal da transparência surge com o objetivo de unir o gestor público e o povo, que segundo a CF/88 detém todo o poder de fiscalizar seus representantes.

A transparência dos gastos públicos como foi demonstrado ao longo do artigo, configura-se como um elemento importante entre a relação sociedade e Estado. E esse por sua vez, busca por meio das tecnologias chegar de forma efetiva ao destinatário e beneficiário dos recursos públicos, o povo.

Com o advento da conectividade, o cidadão tem tido acesso a formações e informações inerentes a sua sobrevivência, e com isso, os portais da transparência, seja ele federal ou estadual visam proporcionar à sociedade, em tempo real, os gastos e investimentos feitos pelo gestor da administração pública. E esse acesso, é inclusive assegurado por lei federal e estadual que juntas proporcionam a informação pública aos cidadãos.

Contudo, para que esse acesso seja cada vez mais eficaz a todas as parcelas da sociedade é necessário que o gestor público ofereça para além das ferramentas de participação, no caso o próprio portal da transparência, condições de acesso às camadas mais pobres da sociedade, levando a eles tanto a estrutura quanto a formação para a utilização dessas TICs.

Assim, o Estado poderá de forma efetiva chegar a todos os cidadãos com o intuito de proporcionar uma troca de informações que poderá contribuir com uma gestão mais democrática e transparente, com a inclusão direta de todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. R. Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil. **Opinião Pública**, v. 20, n. 1, p. 96–117, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762014000100005>. Acesso em: 10 jun. 2019.

- ARRUDA, C.S.L. Direito à informação: requisito do devido processo legal em um Estado democrático de Direito. **Páginas A&b**, n. 6, p. 32. 2016. Disponível em:<https://doi.org/10.21747/21836671/pag6a3>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BEUREN, I. M.; ALMEIDA, P.S.S. Relação entre transparência e reputação governamental. **Revista de Globalización, Competitividad&Gobernabilidad**, v. 7, n. 3, p. 89-102, 2013. Disponível em:<https://doi.org/10.3232/GCG.2013.V7.N3.06>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BOTEGA, A. de O. Ouvidoria e serviço de informação ao cidadão como instrumento de transparência institucional. 2019. **Retrieved from**. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,cookie,shib,uid&db=edsrca&AN=rcaap.com.recipp.10400.22.12734&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRAGA, L.V.; GOMES, R.C. Participação eletrônica e suas relações com governo eletrônico, efetividade governamental e accountability. **Organizações & Sociedade**, v. 23, n. 78, p. 487-506, 2016. Disponível em:<https://dx.doi.org/10.1590/1984-92307878>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 12.527/2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, Senado, 2011. Disponível Em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA**; Cadernos GESPÚBLICA – Desburocratização – Brasília: MP,GESPÚBLICA,SEGES, Versão 1, 2007.

- BUCCI, E.S. O acesso à informação pública como direito fundamental à cidadania. Rio Grande, **Revista Âmbito Jurídico**, 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6490. Acesso em: 05 jun. 2019.
- CARREIRÃO, Y. S. Representação política como congruência entre as preferências dos cidadãos e as políticas públicas: uma revisão da literatura internacional. **Opinião Pública**, v. 21, n. 2, p. 393-430, 2015. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,cookie,shib,uid&db=a9h&AN=109028226&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- CEARÁ. **Lei 15.175/2012**. Define regras específicas para a implementação do disposto na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no âmbito da Administração Pública do Estado do Ceará, e dá outras providências. 2012. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=243245>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6 Concurso de monografias: trabalhos premiados. Brasília; CGU, 2011. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- DAMIAN, I.P.M.; MERLO, E.M. Uma análise dos sites de governos eletrônicos no Brasil sob a ótica dos usuários dos serviços e sua satisfação. **Revista de Administração Pública**, v. 47, n. 4, p. 877-900, 2013. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122013000400004>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ECHALAR, A.D.L.M.; PEIXOTO, J. Programa um computador por aluno: o acesso às tecnologias digitais como estratégia para a redução das desigualdades sociais. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, v. 25, n. 95, p. 393-413, 2017. Epub April 27, Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/s0104-40362017002501155>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FIDALGO, A.; FULIARO, A.P.A. Democracia e a transparência dos negócios públicos. **Revista Compendi**, 2015. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=323e403f79d8cdb2>. Acesso em: 10 jun. 2019.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado; VARELLA, Marcelo D. Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 513-536, maio./ago. 2018.

KLEIN, R.H.; KLEIN, D.C.B.; MEZZOMO, E. L. Ampliação da transparência de dados abertos governamentais: a percepção dos observatórios sociais brasileiros. **Contextus: Revista Contemporânea de Economia e Gestão**, v. 17, n. 1, p. 8, 2019. Disponível em:<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,cookie,shib,uid&db=edb&AN=136334950&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 17 jun. 2019.

LACERDA, G.M. **O Estado democrático de direito, a constitucionalização do direito administrativo e a improbidade administrativa**: a lei da improbidade administrativa no marco do Estado democrático de direito no Brasil. 2017. Disponível em:<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,cookie,shib,uid&db=edsrca&AN=rcaap.com.ul.10451.26139&lang=pt-pt&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MARQUES, M.S. Democracia cultural, estado e políticas públicas culturais: uma reflexão a partir da democracia radical e plural. **Colombia Internacional**, v. 54, n. 4, p. 169-195, 2019. Disponível em:<https://doi.org/10.7440.colombiaint98.2019.06>. Acesso em: 20 maio 2019.

MARTINS, H. **Lei da transparência e sua aplicação na administração pública**: valores, Direito e tecnologia em evolução. 2018. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/lei-da-transpar%C3%A2ncia-e-sua-aplica%C3%A7%C3%A3o-na-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-valores-direito-e-tecnologia>. Acesso em: 20 jun. 2019.

RESENDE, W.C.; NASSIF, M.E. Aplicação da lei de acesso à informação em portais de transparência governamentais brasileiros. **Encontros Bibli**: Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação, v. 20, n. 42, p. 1- 16, jan./abr, 2015. Disponível em:<https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2015v20n42p1>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TAGLIARO, F.J.; RAUPP, F.M. Transparência do poder executivo dos estados brasileiros. **Revista Universo Contábil**, v. 12, n. 3, p. 49-72, 2016. Disponível em:<https://doi.org/10.4270/ruc.2016321>. Acesso em: 12 jun. 2019.

WEISS, M.C. Sociedade sensoriada: a sociedade da transformação digital. **Estudos Avançados**, v. 33, n. 95, p. 203-214, 2019. Disponível em:<https://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0013>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ECONOMIA COMPARTILHADA E SMART CITIES: A SUPERAÇÃO DA ATUAL CRISE DE MOBILIDADE URBANA NO BRASIL À LUZ DA TECNOLOGIA E DA ASCENÇÃO DO UBER

Bruna Agra de Medeiros

Maíra Arcoverde Barreto Pinto

1 INTRODUÇÃO

O cenário brasileiro atualmente, assim como demais países da América Latina, apresenta um índice bastante expressivo de urbanização e, em termos de perspectivas futuras, tendem a registrar um percentual de 90% de urbanidade até 2020. Esse dado demonstra a superlotação dos centros urbanos, assim como a elevadíssima demanda populacional por prestações positivas por parte do Estado e, invariavelmente, a insuficiência e a ineficiência do poder público diante das necessidades coletivas.

Além disso, é preciso considerar que o processo de urbanização, historicamente, cometeu falhas ao se conformar, ou seja, ocorreu de forma inoperante e, hoje, evidencia todos os prejuízos de sua má estruturação, aliada ao processo de industrialização tardia e desenfreada abertura da economia ao capital estrangeiro, na década de noventa. Essa conjunção de fatores incitou o inchaço populacional nos centros urbanos e, por exemplo, o caos do sistema de transporte público coletivo e, também, privado.

Em relação à situação nacional, vê-se um estágio multifacetário da crise, em que setores diferenciados vivenciam o caos, como política, economia, democracia e, na análise específica desse artigo, a mobilidade urbana, que massacra a população com as dificuldades de locomoção diárias. De maneira ilustrativa, é comum ver em filmes de ficção científica cenários de insustentabilidade urbana, destruição da natureza, devastadora poluição do ar e, em contrapartida, outras produções cujo foco é a visão do futuro, com cidades planejadas, sustentáveis, alta empregabilidade tecnológica e edificações arquitetonicamente deslumbrantes. Sob um prisma crítico, está-se diante de um paradigma que trata de uma realidade já existente (ou um futuro próximo) e a exposição de um sonho, um ideal projetado, mas ainda aparentemente muito aquém de ser factível.

Enfim, pensando nessa exemplificação em sede estudo em foco, compreende-se que esse futuro imaginariamente impossível, não o é. Prova disto está nos grandes passos que as *Smart Cities* vem galgando em grandes metrópoles – incluindo nas brasileiras –, as quais estão pautando o desenvolvimento na tecnologia, na atratividade das cidades, no crescimento da economia compartilhada e, em suma, na quebra do paradigma capitalista da aquisição de bens em favor da ideologia do compartilhamento de materiais.

A associação entre economia compartilhada e instauração de cidades inteligentes vem culminando, no âmbito da reestruturação da mobilidade urbana, grandes avanços para a população. Dentre os inúmeros fatores de descontentamento detectados, o combate inicial está na difusão ideológica de que é mais benéfica a coletivização de meios de transporte, e não a falsa publicidade de que os transportes individuais e privados são os únicos confortáveis e velozes.

Para tanto, também levando em consideração que o sistema de transportes foi recentemente incluído no rol dos direitos sociais dos cidadãos pela PEC nº 74/2013, incorporada ao texto constitucional do artigo 6º em 2015, tem se pleiteado cada vez mais recursos para a melhoria do setor de transporte e mobilidade urbana. Nesse condão, por oportuno, se insere a promoção das *Smart Cities*, por meio do uso estratégico de infraestrutura e serviços de informação e comunicação com planejamento e gestão urbana para dar resposta às necessidades sociais e econômicas da sociedade.

Dessa forma, em um contexto marcado pela existência de uma má estruturação nos transportes de massa em detrimento da massificação dos transportes individuais – carro e moto – a própria sociedade, em âmbito privado, buscou medidas alternativas para atender às suas necessidades pessoais, a exemplo da importação e difusão dos serviços de Uber.

Isto posto, o artigo em referência se propõe a analisar, de forma específica a mobilidade urbana e o modo como a interação entre a economia compartilhada e a proposição das cidades inteligentes interfere positivamente na correção das distorções do atual sistema de transporte coletivo. Ademais, pretende-se explorar o conceito de *smart city* e sustentabilidade haja vista o intento de trabalhar as delimitações a respeito do da experiência inovadora já implementada (Uber) de forma aplicada e condizente com as novas tendências do mercado mundial.

2 A RELAÇÃO ENTRE AS SMART CITIES E A ECONOMIA COMPARTILHADA

Inicialmente, cumpre esclarecer que a efetivação das cidades inteligentes não se baseia em um procedimento de ‘troca’ em desfavor cidades tradicionais, mas, ao contrário, trata-se de um processo gradativo de mudanças e adaptações, sobretudo, ideológicas e educativas por parte da sociedade (GUEDES, p. 6-7).

Em uma compreensão mais ampla, à luz do entendimento de Patrícia Borba e Lucas do Monte (2016, p. 1231-1234), a delimitação das chamadas ‘cidades inteligentes’ abrange um fenômeno atual, oriundo do urbanismo, segundo o qual há uma boa qualidade de vida, uma gestão eficiente dos serviços e de espaços públicos e, ainda, a proteção do meio ambiente com vistas à uma cidade sustentável.

No entanto, asseveram os autores que a delimitação conceitual vai mais além: as “*smart cities*” traduzem, em verdade, um modelo de urbanismo, ou, em outras palavras, em um modo de viver que está pautado na utilização de tecnologia em larga escala e na participação relevante e progressiva dos cidadãos em temática de ordem pública. O fator de inclusão participativa dos cidadãos em temáticas de ordem pública é, de fato, importante, porque, infelizmente, o que se observa no cenário

brasileiro atualmente é uma quase absoluta incredibilidade na sistemática governamental.

Diante da complexidade dos problemas de ordem social, somados às consequências da crise econômica e da desonestidade política que assola o país, verifica-se, sobretudo, uma crise democrática que vem culminando, juntamente com a tendência ora em estudo, com o ingresso autônomo da sociedade como promotora de soluções para os seus próprios dilemas. Prova disto está no caos do transporte público de massa e o estabelecimento do Uber como uma alternativa mais barata eficaz de deslocamento frente às dificuldades de locomoção e os preços onerosos dos transportes particulares, como os táxis.

Esse ímpeto de planejar cidades inteligentes e torná-las realidade é visível no Brasil. Inclusive, o Ranking Connected Smart Cities (2016), cuja classificação norteia-se, principalmente, pela utilização de tecnologias em prol da resolução das demandas dos centros urbanos, trouxe a classificação das cinquenta cidades com maior potencial de desenvolvimento e os dez municípios considerados ‘inteligentes’, anunciando os estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná como os primeiros lugares do ranking (ABRANTES, 2016).

O desenvolvimento das referidas cidades inteligentes está associado à outros pilares, igualmente importantes, como a economia compartilhada, cujo intuito reside na imaterialidade (RIBEIRO, 2016), isto é, no compartilhamento de bens em detrimento da tradicional ideologia capitalista de aquisição de materiais. Sobre a análise dessa nova modalidade econômica, o professor e especialista em negócios digitais Ricardo Perez fez um estudo, em toda a América Latina, a partir do qual concluiu que o Brasil tem um grande potencial em relação ao crescimento das *smart cities*, sob a ótica da economia colaborativa, posto que o Banco Interamericano de Desenvolvimento apurou que 32% das empresas criadas nesse território são brasileiras (LOPES, 2016).

É certo que os indicadores responsáveis por avaliar o grau de eficiência de uma *smart citie* ultrapassam os limites da economia compartilhada, pois possuem como parâmetro a avaliação conjunta de critérios como a mobilidade, a matriz energética, o meio ambiente, a tecnologia, o empreendedorismo e a governança, mas, o segmento econômico perfaz uma condição de superioridade diante dos demais parâmetros citados por regular

as interações sociais financeiras do mercado (MENDES, 2017, p. 13-21). Isso significa, em linhas gerais, que a diversidade cultural tutelada pela nova dinâmica, além da criatividade e da conexão decorrente do avanço comunicacional ensejam a difusão de uma nova ideologia de consumo, detalhada a seguir.

1.1 A NOVA PERSPECTIVA DO CONSUMO COLABORATIVO E O DESENVOLVIMENTO DAS 'CIDADES INTELIGENTES'

A tendência ora em estudo, guiada pela confecção de cidades inteligentes e pela promoção da economia de compartilhamento, propõe, ademais, a transformação paradigmática de comportamento por parte da sociedade (CEROY, 2015). O pensamento capitalista de que a propriedade e a acumulação de bens devem nortear as relações globalizantes está sendo, aos poucos, superado por novas diretrizes sustentáveis e visionárias cujo embasamento reside na criação de soluções para evitar o colapso social, já que vislumbrasse um percentual de mais de 75% de urbanidade até 2050.

Em outros termos, como remetido em momentos introdutórios à presente análise, trata-se de uma tentativa de preservar as gerações futuras do caos gerado pela própria sociedade. Para tanto, a economia de compartilhamento – ou, simplesmente, economia colaborativa –, traz a ideia de aquisição temporária de bens (BARDHI, F.; ECKHARDT, G. M., 2012 p. 881-897.), fazendo o devido uso e posterior aproveitamento de materiais. Alguns exemplos de negócios desenvolvidos sob a égide dessa ótica são o Uber, Airbnb, Netflix, entre outros.

Ressalta-se que a emergência dessa estrutura de consumo desencadeia um processo de crise – e até de falência (FERREIRA, 2016) – frente às indústrias tradicionais, tendo em vista a mentalidade de venda de bens sob a ótica capitalista de apropriação compulsória de bens e serviços. À título de exemplificação, cita-se a queda na produção de ônibus pela empresa Marcopolo, uma das maiores produtoras de carrocerias de ônibus do mundo, que assegura como principal impacto da crise econômica a queda da demanda produtiva nos segmentos urbanos e rodoviários (NTUrbano. 2015, p. 18-19).

Por outro lado, é interessante frisar que toda essa conjuntura favorece à adaptação da classe empresária e industrial, assim como dos trabalhadores e demais envolvidos nesse contexto de mudança para que não haja o colapso econômico e não sejam verificados retrocessos ante as propostas inovadoras do mercado. Cita-se, nesse contexto, a adaptação de todos esses sujeitos às TIC's (Tecnologias da Informação e da Comunicação), cuja tendência é se expandirem a tal ponto que permitiriam não mais a prestação de serviços por parte do Estado, mas, além disso, propiciaria uma verdadeira plataforma de serviços mediante o monitoramento e gerenciamento de serviços, recursos, infraestruturas urbanas, além do encurtamento da distância entre o poder público e os cidadãos.

Em sede de considerações acerca da questão da mobilidade urbana, pode-se dizer que o descrédito às instituições públicas e o cansaço dos usuários com o cenário nacional de corrupção e inércia quanto à proposição de políticas públicas qualitativas sobre a mobilidade urbana favoreceram à participação inclusiva da sociedade na organização e importação do Uber como alternativa à locomoção dos usuários. Assim, sua implantação – apenas uma das modalidades de mobilidade compartilhada⁹⁸ –, vem fomentando o desenvolvimento das cidades inteligentes por propor à coletividade uma alternativa tecnológica que conecta e integra a sociedade promovendo o seu deslocamento.

De forma detalhada, a plataforma do Uber consiste em um sistema de transporte gerenciado por meio de um aplicativo diretamente conectado em *smartphones*, com utilização de recursos de geolocalização para otimizar as distâncias, o tempo e, enfim, aumentar a eficiência dos deslocamentos das pessoas (MELO, 2015). Em verdade, esse é um exemplo típico de consumo colaborativo, a partir do qual é possível atender aos fins desejados sem o incentivo à propriedade e, além disso, de fomento ao desenvolvimento de vias sustentáveis para a conservação do meio ambiente.

No entanto, o Uber não consiste em um meio de transporte de massa, de modo que, embora seja viável, ainda deixa à margem dos problemas sociais parcela significativa da população dependente dos transportes públicos coletivos. Esse plexo de argumentos se coaduna com o pensamento

98 O conceito de mobilidade compartilhada ou *shared mobility* está voltado para a substituição dos veículos tradicionais por outros, motorizados ou não, que possuem o objetivo de compartilhar o sistema de transportes de forma inovadora, veloz e eficaz.

de Cássio Taniguchi, que acredita na necessidade de reinvenção de mudanças, pois a sociedade – em especial, a mentalidade dos jovens – está em transformação. Para ele, a reinvenção da indústria automobilística se dá, por exemplo, através dos veículos elétricos (utilitários ou de massa) com funcionamento independente de motorista (VECHI. 2016. p. 12-14).

1.2 A CRISE DE MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

O Brasil vem passando por múltiplas crises, não se restringindo à política ou à economia, nem mesmo à saúde ou à educação, mas, em sentido amplo, por várias debilidades, a exemplo da mal estruturada mobilidade urbana. Para a análise coerente desse problema, é necessário reconhecer que o país enfrenta a problemática da estagnação do crédito (PIMENTEL, 2015), além da perda de investimentos (SCHWARTSMAN, 2014. p. 8-9), do excesso burocracia estatal e da elevada tributação, somados à insegurança jurídica para o investidor e os graves problemas de ordem infraestrutural das vias urbanas.

Somados, esses fatores desestimulam os investimentos no setor, pois empresas privadas prestadoras do serviço público de transporte não se veem atraídas à adentrarem nesse mercado. À título comprobatório desse fato, cita-se a queda na produção de ônibus pela empresa Marcopolo, uma das maiores produtoras de carrocerias de ônibus do mundo, que assegura como principal impacto da crise econômica a queda da demanda produtiva nos segmentos urbanos e rodoviários (NTUurbano, 2015. p. 18-19).

Outra questão a ser suscitada, igualmente notória, se traduz na insuficiência ou ineficiência do poder público no que se refere à obtenção de êxito em políticas públicas voltadas à promoção de um transporte público de qualidade em âmbito nacional. O governo federal não trata como prioridade esse assunto, não define uma política constante de investimentos no setor, permite que o diesel subsidie sucessivos aumentos da gasolina e, ainda, cobra uma alíquota tributária (INSS) da passagem de ônibus que consiste no dobro das passagens de avião.

A dupla caracterização acima reportada sobre a ‘insuficiência ou ineficiência’ em relação à concretização das políticas públicas governamentais constata-se por meio da exígua quantidade de meios de transportes nas grandes cidades, fato que acarreta, necessariamente, na inoperância

dos transportes públicos coletivos. As condições de operabilidade, dessa maneira, são precárias diante da lotação dos meios de transporte, das más instalações de grande parte das frotas de ônibus, trens e demais meios de transporte, acrescentando-se à tais aspectos a questão da insegurança dos trajetos, tanto no sentido da violência no trânsito veicular, quanto no que se refere à estrutura dos meios de transporte aludidos.

A qualidade da prestação do serviço público de locomoção está atrelada à velocidade com que os percursos são percorridos, ao conforto que proporcionam, bem como ao aumento da frota circulante ou demais opções de meios de transporte e ao cumprimento regular dos itinerários e dos horários almejados. Esses atributos, deveras, são dispendiosos, mas, em sede de correção das referidas distorções são imprescindíveis. Na concepção de Dimas Barreira, presidente do Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros de Fortaleza/CE (SindiÔnibus), a junção de fatores como isenção tributária, vias preferenciais para ônibus e subsídios federais para a gratuidade e benefícios tarifários destinados a aprimorar o conforto dos referidos meios, são, sim, propostas para o alcance de um sistema de transporte público qualitativo.

O entrave de toda essa problemática, na realidade, está na responsabilização correta sobre as falhas relatadas até esse momento da análise do sistema de transporte público coletivo. Primeiramente, é justo compreender que se trata de uma temática de ordem pública, cuja promoção cabe necessariamente ao poder público, no entanto, deve-se conhecer também que no Brasil permeia um sistema de concessão a empresas privadas, em que o dever de operacionalizar a prestação desse serviço, havendo, portanto, uma coerência nessa relação⁹⁹ tríplice entre os entes federais (fontes primárias de responsabilização), as empresas privadas (intermediários) e os usuários (destinatários finais).

Em seguida, é fundamental reconhecer as dificuldades enfrentadas por parte das empresas, haja vista a crise econômica vigente no cenário nacional e a falta de subsídios para o custeio da operação e de recursos para investimentos em infraestrutura. Somado à tais fatores, faz-se uma reflexão crítica no sentido de que o transporte público se inseriu tardiamente

99 A coerência da relação em comento está pautada no cumprimento regular do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 e nos dispositivos previstos na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, nº 8.666/93.

como um direito social e constitucionalmente assegurado aos brasileiros (PEC nº 74/2013, incorporada ao texto constitucional em 2015), fato que vem fazendo, recentemente, com que sejam pleiteadas verbas federais para suas melhorias, assim como os direitos análogos de saúde e educação, também previstos no *caput* do artigo 6º da CRFB/88.

Para além da lucidez em reconhecer ambas as faces da moeda entre o lado do poder público e as dificuldades enfrentadas pela classe empresária, pertinente se faz trazer à baila da discursão a vertiginosa mudança de hábito do brasileiro em aderir ao uso de transporte individual (carro e/ou motocicleta). Segundo levantamento feito pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU), em 2015, houve uma perda diária de 900 mil passageiros se comparados ao ano anterior, algo em torno de 4,1% (VASCONCELOS, 2016), considerada a maior da história nacional. Paradoxalmente à essa assertiva, tem-se que o transporte individual, como dito anteriormente, significa 30% das viagens e, mesmo assim, recebe o triplo de investimentos se comparados aos transportes de massa.

Em âmbito estatístico, o Relatório do Observatório das Metrôpoles, do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia, comprovou que entre 2001 e 2012 a frota de carros no Brasil passou de 34,9% milhões para, aproximadamente, 76 milhões, o que representa, em termos percentuais, um acréscimo de 138%. Ao contrário do possivelmente questionado, esse aumento não foi resultado do aumento da população, pois, segundo dados também levantados no mesmo lapso temporal, a densidade demográfica evoluiu apenas 12,49% (PARANASHOP, 2016). Percebe-se o incentivo publicitário das empresas sobre a aquisição de carros e motocicletas sob o argumento de que são meios ágeis, econômicos e confortáveis, quando, na realidade, não é o que usufruem de fato na realidade ao adquiri-los.

Obviamente, diante de uma má prestação do serviço público de transportes coletivos no país, é de compreensão lógica que os brasileiros optem pela utilização de transportes pessoais para a locomoção. Entretanto, também é salutar ponderar que a referida opção é extremamente individualista e não considera o ônus causado, por exemplo, ao meio ambiente, à economia e à vitimização fatal de condutores e transeuntes. Sob uma visão analítica, essa postura não só compromete o futuro de gerações futuras com a degradação ambiental e o consumo

energético, mas, além disso, danifica a qualidade de vida da própria sociedade com o aumento dos congestionamentos e os transtornos da mobilidade urbana (NTUurbano. 2016. p. 8-10). É justamente em meio a essa conjuntura de crise, de descrédito à governança pública e de intolerância em relação às dificuldades diariamente enfrentadas que eclodiu, por intermédio de grande iniciativa e participação popular, o soerguimento da economia de compartilhamento como um mecanismo capaz de trazer uma solução viável, prática e menos onerosa à locomoção dos brasileiros. No caso em tela, houve o planejamento do Uber como uma saída mais barata, eficaz, confortável, veloz e, sobretudo, alternativa à atual desordem do transporte público coletivo e à crise econômica vivenciada pela sociedade.

3. A SUPERACÃO DA CRISE DE MOBILIDADE URBANA E A ASCENÇÃO DO UBER NO BRASIL

A união dos fatores já delimitados fez com que a população importasse de metrópoles estrangeiras um sistema autônomo, organizado e duplamente caracterizado como transporte individual e coletivo, ainda que em proporção diminuta se comparados aos transportes de massa. Em síntese, como reportado anteriormente, a ineficiência do poder público, no tocante à promoção de um transporte público de qualidade e eficácia, culminou na busca particular dos usuários por uma solução.

Assim, pode-se dizer que o descrédito às instituições públicas e o cansaço dos usuários, sobretudo, com o cenário nacional de corrupção e inércia favoreceram à participação inclusiva da sociedade na organização e incremento dessa nova atividade. Então, nesse cenário, buscou-se a harmonização entre o mundo material e o mundo digital, dinamizando os efeitos e produzindo acessibilidade à sociedade com a utilização da Tecnologia de Informação e Comunicação em favor do Uber.

Nesse cerne, foi instalado no Brasil o Uber, cujo funcionamento foi inicialmente programado na região do Vale do Silício, em San Francisco, centro especial de *startups* de tecnologia no mundo. Além disso, o fornecimento do seu serviço conta com o pagamento acessível em relação às formas de pagamento (à vista ou em cartões de crédito) e, especialmente, sobre o valor cobrado, que é bem mais barato se comparado aos táxis ou

à mobilidade coletiva, pois muitas vezes, um ônibus não é suficiente para transportar o usuário até o seu destino final.

Deve-se considerar, ainda, que em carros utilitários, há a capacidade mínima para quatro passageiros, ou seja, há a possibilidade de se utilizar uma condução melhor com o consequente rateio da despesa para os integrantes. Por essa razão, sob uma análise crítica, é possível caracterizar a plataforma Uber como sendo uma alternativa de transporte particular individual e coletiva, isto é, moldável ao interesse do usuário. Sobre a aferição do valor a ser cobrado, as corridas são valoradas por meio do cálculo de tarifa x quilometragem realizada, sendo destinado um percentual à empresa da plataforma.

Sendo assim, a adesão popular, a conveniência e o baixo preço têm feito desse sistema uma grande oportunidade de emprego e geração de renda para inúmeros cidadãos, valendo-se ressaltar essa iniciativa como uma saída para os quase 14,2 milhões de desempregados (OLIVEIRA, 2017) e àqueles que precisam complementar a renda. O crescimento do Uber é vertiginoso, visto que em 2016 contava com 1 milhão de usuários, enquanto em março/2017 somou 13 milhões de adeptos (CAPELA, 2015), de modo a evidenciar a opção dos brasileiros por essa modalidade de transporte, e não pelas vias públicas de locomoção.

O crescimento aludido, inclusive, implica que a melhoria mencionada não se restringe aos usuários, mas também aos motoristas, que, conforme estudo recentemente divulgado pela Empresa Uber, conta um percentual de 71% dos cadastrados obtêm um *plus* na renda mensal com essa atividade. Atenta-se que o estímulo ao uso do Uber incita a redução dos passageiros de transportes coletivos e, dessa forma, contribui para o aumento do fluxo de automóveis nas vias públicas, bem como todas as consequências destrutivas dela decorrentes, mas, por outro lado, representa, como dito, uma inovadora forma de aquecer a economia e sanar as demandas populacionais. Somado a esse aspecto, tem-se as intercorrências causadas à organização econômica e industrial, as quais serão retratadas a seguir.

Para além da importância que essa modalidade inovadora de transporte tecnológico vem demonstrando para a locomoção compartilhada, a proposta de melhoria da mobilidade urbana vai mais longe. O intento é coletivizar progressivamente os veículos, tornando-os atraentes aos olhos

dos usuários e, por outro lado, tornar os transportes ecologicamente viáveis por meio do incentivo à eficiência energética dos transportes particulares, juntamente com a criação de estacionamentos criativos e infraestrutura para o carregamento de veículos elétricos.

Acrescidos à essas medidas, as *smart cities* possuem, como foco de mobilidade urbana ‘inteligente’, a realização de estratégias pensadas de acordo com o estilo de cada cidade. Como exemplo de providências, tem-se o uso de frotas de *minibus*, em horários em que há déficit de condução, difusão das bicicletas como meios de transporte viáveis, oferta de transportes ferroviários de passageiros, suporte de equipamentos de enchimento de pneus a nitrogênio, entre outras ações.

Sem dúvidas, o caos em relação à mobilidade urbana assola o país e, principalmente, massacra a população, mas, o modelo de cidades inteligentes está sendo, pouco a pouco, expandido. Espera-se, com efeito, que os próximos rankings sobre as cidades mais inteligentes do país possa trazer mais municípios, além de maior comprometimento das gestões governamentais e, sobretudo, melhores indicadores sobre a qualidade do transporte público e particular no que pertine à sustentabilidade e a integração social.

4. CONCLUSÃO

Em resumo, o artigo em referência permitiu a sedimentação de conhecimentos sobre a economia compartilhada e as *smart cities* sob a ótica da crise atual de mobilidade urbana e as possibilidades de reversão do quadro caótico vivenciado. Foi possível compreender as facetas da crise e suas intercorrências diretas do sistema público e privado de transportes, assim como também foi plausível a observação das novas tendências de meios de locomoção, acrescidos das perspectivas industriais para o setor de transportes de massa e demais segmentos.

Dessa forma, a análise em comento permitiu a coleta de dados comprobatórios recentes, cujo objetivo específico foi a delimitação das reais dificuldades do sistema de transporte público, bem como as inconveniências do transporte particular individual para as perspectivas futuras e a instauração das cidades inteligentes. Além disso, demonstrou-se o modo como a sociedade vem se inserindo em temáticas de ordem coletiva, com-

provando, mais uma vez, a nova tendência das novas cidades no Brasil.

Viu-se, com efeito, que o processo de urbanização e elevação da densidade demográfica, acompanhados da ausência de investimentos constantes e pesados no setor de mobilidade urbana viabilizaram o caos no sistema de transporte de massa. Afinal, verificou-se tratar-se de um dilema histórico, fomentado por inúmeras gestões governamentais igualmente responsáveis pela atual crise de mobilidade urbana brasileira. Enfim, a crise, posta sob a ótica democrática e econômica, acentuou a insustentabilidade da mobilidade urbana e o ápice do descontentamento populacional. O fato, consensualmente considerado pela maioria dos estudiosos e por profissionais da área, é que é fundamental a massificação dos investimentos no setor de transportes e a criação de uma consciência coletiva a respeito da importância de aderir à meios de transportes sustentáveis.

Esses fatores permitiram que fosse proposta o Uber como uma solução parcial à temática da locomoção dos cidadãos. Para além de uma análise esclarecedora a respeito da economia compartilhada, o enfoque foi dado ao uso de aplicativos em *smartphones* com o fito de viabilizar o funcionamento da referida plataforma de transporte, bem como a ascensão da economia compartilhada no Brasil e o seu elevado potencial de desenvolvimento econômico em relação à essas matrizes.

Apesar de ter sido o objeto de essa pesquisa tecer comentários acerca da legalização ou questão regulatória da atividade do Uber, o fator principal a ser atentado na perspectiva trabalhada foi que o seu estabelecimento, juntamente com o incentivo à aquisição de transportes individuais, consistiram meios de desvincular boa parte da população da dependência dos transportes públicos coletivos.

Sendo assim, embora essa redução de usuários ainda ser diminuta se comparada à quantidade de brasileiros que depende dos veículos de massa, observou-se, ademais, a opção por meios próprios – carro ou moto – ou a adesão à formas pouco coletivas, como o Uber. Essas “saídas” foram consideradas baratas aos olhos do consumidor, mais confortáveis e, portanto viáveis se comparadas às distorções naturais do sistema tradicional público. O outro lado da moeda está no incentivo que essas alternativas atribui à economia, seja pela lucratividade das empresas e montadoras dos veículos, seja para os motoristas cadastrados à Empresa Uber.

Soma-se que as empresas tradicionalmente consideradas precisam desenvolver um modo de se adaptar às tendências econômicas de compartilhamento com o intuito de evitar maiores processos de crise e não adaptação à nova conjuntura econômica. Afinal, é perceptível que a propensão à intensificação de compartilhamento de bens e a adesão popular cada vez maior, posto que o modelo de cidades inteligentes, visivelmente em crescimento no território nacional, visa essa integração progressiva entre as plataformas prestadoras de serviço.

Sinteticamente, espera-se que a inserção dos transportes como um direito social constitucionalmente assegurado seja, de fato, levada em consideração no que pertine à repatriação de investimentos e na constância de políticas públicas voltadas para suas melhorias. Outra forma promissora de correção das distorções discutidas está na abertura da economia nacional para o favorecimento da economia compartilhada, haja vista não somente os benefícios de ordem ambiental, mas também a promoção de uma consciência educativa e o aquecimento da economia.

Fazendo um paralelo entre a crise vivenciada e os novos contornos que o sistema econômico, político e social delimitam, observa-se, desde já, o êxito brasileiro não só no tocante ao potencial de crescimento empresarial nesse setor, mas, indo mais além, nota-se a obtenção de resultados promissores com as cidades inteligentes já em construção. Prova disto foi o ranking citado durante a pesquisa, segundo o qual restou evidente que é possível contornar as distorções então existentes.

A inteligência das cidades deve ser considerada como um processo gradual e factível. Trata-se da efetivação de parâmetros qualitativos, e não quantitativos, como existentes atualmente em vigor. Por fim, almeja-se que esse processo de transformação seja acompanhado de progressos em relação à educação da população e a difusão de conhecimentos a respeito da sustentabilidade e da necessidade de compartilhar materiais em detrimento da ideologia puramente consumista. Não se trata da erradicação do consumismo, mas, à aquisição consciente e necessária dos recursos em respeito às gerações vindouras e ao equilíbrio do planeta.

REFERÊNCIAS

ABRANTES. Talita. As 50 cidades mais inteligentes do Brasil em 2016. *Revista Exame*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/as->

-50-cidades-mais-inteligentes-do-brasil-em-2016/>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BARDHI, F.; ECKHARDT, G. M. Access-based consumption: the case of car sharing. *Journal of Consumer Research*, v.39, dez. 2012.

CAPELAS. Bruno. Uber tem 13 milhões de usuários no Brasil. *O Estadão*. Disponível em: < <https://canaltech.com.br/mercado/Uber-divulga-primeira-pesquisa-sobre-o-perfil-dos-condutores-do-servico/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CEROY. Frederico Meinberg. Uber e Netflix são a ponta do iceberg da economia compartilhada. *IDGNow*, 2015. Disponível em:< <http://idgnow.com.br/internet/2015/07/06/artigo-uber-e-netflix-sao-a-ponta-do-iceberg-da-economia-compartilhada/>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Cidades inteligentes, planeta sustentável. *Smart Cities: tornar as cidades sustentáveis, com o auxílio da tecnologia é o grande desafio da sociedade moderna*. Disponível em: < http://www.grandesconstrucoes.com.br/br/pdfs/SUPLEMENTO_GC.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Cinco dados mostram como o transporte público ainda não é prioridade no Brasil. *HUFFPOST*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2014/08/04/cinco-dados-mostram-como-o-transporte-publico-ainda-nao-e-priori_a_21673352/>. Acesso em: 25 jul. 2017.

FERREIRA. Karolina Matias. *et al.* Economia compartilhada e consumo colaborativo: uma revisão da literatura. *In: XII Congresso Nacional de Excelência em Gestão e III Inovarse: Responsabilidade Social Aplicada*. Rio de Janeiro/RJ, 2016. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3537693/mod_resource/content/1/T16_369.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2017.

GUEDES, Alana. MOTA, Joana. *et, al.* Cidades inteligentes – “Smart Cities”. Disponível em: < http://paginas.fe.up.pt/~projfeup/submit_14_15/uploads/relat_GI7.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

LOPES. André. Economia colaborativa se dá bem na crise. *Revista Exame*. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/revista-exame/economia-colaborativa-se-da-bem-na-crise/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

- MELO, Carolina. Uber: a historia da startup mais valiosa do mundo. *Administradores.com*. Disponível em: < <http://www.administradores.com.br/artigos/empreendedorismo/uber-a-historia-da-startup-mais-valiosa-do-mundo/89284/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- MENDES, Carlos Magno. *et, al. Economia (introdução)*. Departamento de Ciências da Administração. p. 13-21. UFSC, 2007.
- NTUurbano. Crise e ausência de políticas públicastiram 215 milhões de passageiros de transporte público. *NTUurbano*. Ano III, n.20, mar/abril. 2016. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635993569389551518.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- NTUurbano. Crise econômica reflete no transporte público urbano. *NTUurbano*. Ano III, n.14, mar/abril.2015. Disponível em: < <http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635666943778462418.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- OLIVEIRA, Nielmar de. IBGE: total de desempregados cresce e atinge 14,2 milhões. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/ibge-total-de-desempregados-cresce-e-atinge-142-milhoes>>. Acesso em: 26 jul. 2017.
- PARANASHOP. Frota veicular dez vezes maior que a população agrava os riscos à saúde. *Mobilize Brasil*. Disponível em: <http://www.mobilize.org.br/noticias/9541/frota-veicular-ultrapassa-o-crescimento-da-populacao-em-mais-de-dez-vezes-com-riscos-a-saude-e-ao-ambiente.html>>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- PIMENTEL, Carolina. *Expansão do Crédito está mais moderada, diz Banco Central*. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-12/expansao-do-credito-esta-mais-moderada-diz-banco-central>>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- PINTO, Máira Gerhardt Santos. Mobilidade urbana nas cidades inteligentes. Disponível em: < <https://drive.google.com/drive/folders/0B3x--eteZb-fY2EySUc1Y2ITdXM>>. Acesso em: 24 jul. 2017.
- RIBEIRO, Bruno Santos. *Princípios e desafios para a regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. Brasília, 2016.

SCHWARTSMAN, Alexandre, GABIAGI, Fábio. *Complacência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SILVA, Lucas do. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Autorregulação jurídica no urbanismo contemporâneo: smart cities e mobilidade urbana. *Revista de Direito a Cidade*, Rio de Janeiro/RJ. Vol.8, nº4, out/dez, 2016.

Uber divulga primeira pesquisa sobre o perfil dos condutores do serviço. *CanaltheC*. Disponível em: < <http://www.businessinsider.com/uber-driver-data-report-2015-1>http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/uber_estudou_os_seu_condutores_o_que_descobriu.html>. Acesso em: 12 jul. 2017.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. Perda de passageiros compromete a mobilidade urbana. *NTU*, Brasília, 15 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.ntu.org.br/novo/NoticiaCompleta.aspx?idArea=10&idNoticia=669>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

VECHI, Sicília. Smart Cities: como as cidades inteligentes geram cidades sustentáveis. *Revista Via*. ano 1, nº 1, 2016. p. 12-14. Disponível em: < <http://via.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/10/revistaVIA-1ed.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

WEISS, Marcos César; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flávia Luciani. Cidades inteligentes: casos e perspectivas para as cidades brasileiras. Disponível em: < <https://drive.google.com/drive/folders/0B3x--eteZb-fY2EySUc1Y2ITdXM>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

WEISS, Marcos César; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flávia Luciane. Cidades inteligentes como nova prática para o gerenciamento dos serviços e infraestruturas urbanos: a experiência da cidade de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v.7, n.3, 2015. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/urbe/2015nahead/2175-3369-urbe-2175-3369007003AO01.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

CONTROLE E VIGILÂNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOVAS FORMAS DE PANOPTISMO

Daniel Machado Gomes

Frederico Jacinto Cardoso Gazolla

Tiago da Silva Cicilio

Felipe César Santiago de Souza

INTRODUÇÃO

O conhecimento sobre a privacidade alheia move a cobiça humana há séculos. Tanto governos e estruturas de poder como a Igreja na Idade Média até as corporações privadas em tempos atuais são interessados e se inclinam sobre as pessoas. Outrora, buscava-se traçar perfis para assegurar a manutenção do poder; atualmente, os dados pessoais ganham relevo diferenciado, assumindo *status* de verdadeiro ativo financeiro. É a capitalização de dados pessoais na era atual. Surge uma nova forma de organização social, política e econômica denominada sociedade da informação. Notam-se, dia a dia, a intensificação de técnicas e o desenvolvimento de diversas ferramentas voltadas à coleta, captura, cruzamento, tratamento, transmissão e armazenamento de dados pessoais.

Essas interações baseadas em dados pessoais são situadas no que se compreende por sociedade da informação. Trata-se de um novo paradigma, onde a informação e os dados ganham destaque na geração de riquezas. Diversas corporações privadas e Estados lançam mão de recursos de tecnologia da informação para geração, processamento, transmissão

e toda espécie de tratamento de tais dados sem que haja conhecimento expresso de seus titulares sobre tais operações. Nota-se então que tal obtenção de informações gera um conhecimento hábil ao exercício do poder. Isso se dá através de conhecimento sobre os indivíduos, permitindo analisar e definir suas características por um vigia desconhecido. É o que Michel Foucault denomina de Panoptismo.

Na perspectiva da sociedade moderna, a vigilância e o controle deixam as mãos da Igreja e do Estado e passam às mãos de instituições privadas. Todavia, tal “visão de tudo” esbarra em resistência dos chamados “sistemas de liberdade”, que se apresentam como ferramentas desenvolvidas por corporações ou “membros de resistência” que buscam manter suas comunicações, informações e dados pessoais salvaguardados do Estado e de empresas que o observam.

Ao final, conclui-se que, guardadas proporções, a ideia de panoptismo desenvolvida por Michel Foucault, baseada na obra estrutural de Jeremy Bentham, encontra relação com a atual Sociedade da Informação, uma vez que as informações transmitidas por meios tecnológicos são tratadas e utilizadas por grandes corporações na influência de comportamentos, escolhas e decisões dos indivíduos. Assim como evidenciado no passado, esta nova forma de vigilância influencia desde padrões de delinquência até a construção de uma nova forma de garantia de mansidão dos indivíduos, o que se dá através das informações pessoais transmitidas pela *world wide web*.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A expressão sociedade da informação foi utilizada de forma oficial no ano de 1993, pelo então presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, durante a realização do Conselho da Europa de Copenhague. Nela, o presidente definiu o crescente uso da tecnologia da informação no intuito de reforçar a economia, melhorar a prestação dos serviços públicos e incrementar a qualidade de vida dos cidadãos com a chegada da era da informação, definida assim como Sociedade da Informação (MARQUES; MARTINS, 2000, p. 43). O termo sociedade da informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, proces-

samento, transmissão e armazenamento de informações. Apesar disso, Vieira (2007, p. 156, nota 279) questiona a ideia de nova configuração social, pois, a rigor, o mundo continua organizado segundo o modo de produção capitalista.

O que se evidencia é a existência de um novo paradigma, em que a informação e os dados pessoais assumem maior relevância para a geração de riquezas. Para tanto, são utilizados diversos recursos de tecnologia da informação para geração, processamento, transmissão e toda espécie de tratamento de tais dados. Assim, embora a informação e a tecnologia da informação tenham assumido posição de destaque nesse novo cenário, configurando-se como verdadeiras mercadorias, não alteraram intrinsecamente as relações econômicas entre os diversos atores sociais, dinamizando apenas o já conhecido modo de produção capitalista.

Por informação, temos um dado ou conjunto de dados brutos ou processados, em qualquer meio ou suporte, capaz de produzir conhecimento. Assim, imagens, textos, vídeos, sons, documentos físicos ou eletrônicos são reconhecidos como informação. Esta é o principal ativo, ou seja, a maior riqueza da sociedade da informação. É a partir dela que atividades como trabalho, educação, saúde, lazer, política e economia podem ser desenvolvidas. Após a valorização da terra na revolução agrícola e dos bens de produção na revolução industrial, evidencia-se a supervalorização da informação no hodierno cenário capitalista. A informação é, portanto, pilar ao desenvolvimento social, econômico e cultural da sociedade, que se apoia no largo e intensivo uso da tecnologia da informação como mecanismo de coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de dados.

A sociedade da informação é consequência dos avanços tecnológicos e uma realidade social inegável. Há uma supervalorização de bens imateriais como dados, informação, conhecimento científico e tecnológico que constituem a base de formação e desenvolvimento econômico e social. Exemplo inegável de tal fenômeno é o surgimento de *criptomoedas* como *bitcoin* e cadeias de segurança bancária conhecidas como *blockchain*. Em virtude deste contexto, diversos empreendimentos correlatos à tecnologia da informação surgem fomentando o nascimento de uma indústria de serviços de informação como Apple, Google, Microsoft e diversas outras corporações. Estas companhias desenvolvem diversas

aplicações voltadas a atividades de educação, pesquisa científica, fabricação de equipamentos e sistemas de informação e de comunicações, mercados e serviços financeiros, bibliotecas e bancos de dados eletrônicos, e, principalmente, para o estabelecimento de conexões sociais através de redes sociais¹⁰⁰. Apesar disso, esta nova forma de organização reside na expansão do próprio conceito de informação que abrange a imagem, a voz e todo e qualquer dado em formato digital (GONÇALVES, 2003, p. 27-29 apud VIEIRA, 2007, p. 158).

Este cenário é palco para debates de aspectos positivos e negativos. A configuração da sociedade da informação é, na ótica de estudiosos, um momento histórico para o desenvolvimento de estudos e pesquisas voltados à efetivação dos direitos de cidadania, especialmente das liberdades tanto de informação quanto de expressão. Os novos meios de informação e comunicação permitem aos cidadãos desfrutar e exercem de forma plena seus direitos e liberdades individuais, haja vista a larga oferta e aperfeiçoamento dos canais de expressão, criação, interação e partição democrática. Por outro lado, há autores que alertam que o fenômeno da sociedade da informação agrava o risco de aumento de desigualdades sociais em virtude do acesso ou não à informação e tecnologia, situação que agrava o distanciamento entre as camadas sociais pobres e os economicamente favorecidos, ocorrendo o fenômeno do *Digital Divide*¹⁰¹. Alertam também que esse fenômeno representa um risco de expansão das ferramentas de vigilância dos Estados sobre seus cidadãos (GONÇALVES, 2003, p. 30-32).

Atualmente, existem centenas de bancos de dados que se interligam a partir de nosso CPF ou mesmo documento de identidade. Crianças nascidas após o ano de 2015 podem receber automaticamente o registro no

100 De acordo com Vermelho, Velho e Bertonecello (2015, p 866), somente na primeira metade do século XX é que foi possível o conceito de rede social nas ciências sociais e humanas, em função desse processo crescente de articulação do conceito com as práticas e situações em níveis macro e microestruturais. Atualmente, a aplicação do conceito de rede social nos remete a uma estrutura virtual composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações e meios, que compartilham valores e objetivos comuns, conectando-se e criando vínculos entre si através de uma aplicação web.

101 A ideia de divisão digital se amolda ao conceito de marginalização e não exclusão. Isso se dá em virtude de as camadas humildes terem acesso aos meios tecnológicos, sendo assim incluídas, porém, à margem, uma vez que os meios avançados e de melhor qualidade são inacessíveis a estas pessoas (DEMO, 2007, p. 6).

Cadastro Nacional de Pessoas Físicas sem custo em muitas localidades. Da mesma forma, rastrear e obter a localização ou histórico de localização de uma pessoa, bem como a localidade em que esta esteve são praticamente ilimitadas. Através da obtenção de dados gerados pela antena interna ou pelo dispositivo GPS dos aparelhos de telefone se consegue com grande precisão algumas destas informações. É o caso, por exemplo, do “histórico de localização” fornecido pela Google, função que se habilita sem consentimento claro do usuário em dispositivos móveis e armazena, com base em coordenadas de GPS, todo um histórico de locais visitados, ou de trajetos realizados pelo usuário.

Neste mesmo contexto se insere o “CPF na nota”. Hodiernamente, em diversos estabelecimentos comerciais, é solicitado o número de cadastro da pessoa, dado que alimenta bancos de dados e permite estabelecer, por exemplo, padrões sobre hábitos e movimentos. O uso de tecnologias de pagamento eletrônico de pedágio e estacionamentos – os chamados *tags* – permitem um monitoramento e rastreamento da pessoa, bem como permite o estabelecimento de uma série de padrões comportamentais. Estes padrões podem servir para estabelecer uma previsibilidade gestacional como no caso da rede varejista norte-americana; para, com base em padrões de pesquisa, estabelecer e influenciar padrões de consumo; com base em padrões de preferência – os populares *likes* – influenciar comportamentos, opiniões, enfim, as possibilidades são tantas quantas os padrões de algoritmo permitam.

Assim, nota-se que a tecnologia, não raras vezes, é utilizada por Estados e Companhias para vigilância e controle de cidadãos e clientes. Esse controle ocorre desde a coleta, processamento, transmissão de dados sobre a pessoa até as práticas de influência em meios digitais, o que ocorre através da análise de padrões de pesquisa e preferências. É, portanto, a forma que as companhias exercem poder sobre as pessoas e, com base nessas informações, influenciam suas decisões, sendo, portanto, uma forma de decisão controlada. O desafio atual é compreender se as diretrizes legais são hábeis a servir como padrões éticos para coleta, manipulação e tratamento de dados. Antes de se passar à análise legislativa que orbita a questão da privacidade de dados pessoais, se faz necessário analisar essa forma de controle invisível exercida. É o que Michel Foucault denomina de Panoptismo, conceito que será abordado no item seguinte.

3 O PANOPTISMO COMO FORMA DE CONTROLE

A expressão panóptico, tecida por Jeremy Bentham em 1789, se refere a uma ideia de princípio (ou modelo) de construção. Sua aplicação é voltada aos estabelecimentos em que se faz necessário manter pessoas sob inspeção. Para tanto, em sua primeira carta, Bentham desenvolve a ideia do chamado “princípio da inspeção”. Em verdade, trata-se um projeto aplicável “a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas” (BENTHAM, 2008, p. 19). A finalidade, ou propósito, podem variar desde o cárcere punitivo até um método educacional social.

Para obter tal controle, Bentham propõe a ideia de uma construção circular onde um inspetor se localiza em uma torre central – o alojamento do inspetor. A essência do plano repousa justamente nesta centralidade, o que permite ver sem ser visto (BENTHAM, 2008, p. 28-29). A consequência de tal padrão de vigilância ou o benefício, como prefere o autor, repousa no fato de se criar uma sensação de constante vigilância ou a possibilidade de estar sob vigilância do inspetor. Isso se dá em virtude da extrema facilidade da presença do inspetor, o que, para Bentham, cria a sensação de onipresença do inspetor (BENTHAM, 2008, p. 30).

Este padrão sensorial ou comportamental não se restringe apenas ao apenado ou vigiado: para o Autor, a sensação de vigilância também se estende aos subordinados do “guarda-mor” ou “inspetor-mor”. Todos estão sujeitos ao inevitável controle do guarda-mor. Este, com sua visão ampla do estabelecimento, pode controlar a ação de seus subordinados, o que, para Bentham, significaria um empecilho ao cometimento de excessos por parte dos agentes fiscalizadores. Os subordinados não poderiam deixar de exercer seu dever ou fazê-lo em excesso, mas sim de forma adequada no momento e grau necessário. Seria, para o Autor, uma resposta satisfatória a uma das questões políticas mais intrigantes – *quis custodiet ipsos custodes?*¹⁰² Espera-se, com esse modelo, grande facilidade no cumprimento do dever de vigilância. Por tal razão, qualquer forma de desvio poderia

102 Quem guarda os próprios guardas?

– e deveria – ser punido com a severidade mais inflexível (BENTHAM, 2008, p. 31).

Este projeto de supercontrole, ou de uma onipresença de um controlador inegavelmente acarreta alterações de padrões comportamentais. Da mesma forma, nota-se que o projeto de Bentham não versa apenas sobre um modelo de instituição ideal. Em verdade, a proposta benthamiana busca estabelecer uma matriz principiológica polivalente de controle e vigilância. Sob a ótica de Miller (2008, p. 89), trata-se de uma “máquina óptica universal das concentrações humanas”.

Ao descrever o modelo concebido por Bentham, Miller (2008, p. 90) observa que a visão, a partir da torre central, todo o espaço fechado é visível. Nada escapa ao olhar do inspetor. Tudo é visível, parte a parte, sendo, portanto, uma transparência perfeita. Sob a perspectiva da circunferência (ou anel) das celas, tudo se inverte: não é possível se comunicar com o vizinho, é impossível olhar o lado externo da construção. É impossível distinguir a torre central e a presença do inspetor ou guardião. A conclusão de Miller desperta uma inquietude. A luz, numa perspectiva de informação e liberdade, acarreta uma espécie de prisão.

Tal prisão, hodiernamente, pode ser encarada como a dependência tecnológica da qual somos reféns. O fenômeno da chamada sociedade da informação implica em uma hiperconectividade que se evidencia, dia a dia, nos diversos aplicativos, dispositivos e *softwares* que nos cercam e coletam nossas informações pessoais. Desde nossos computadores de trabalho, aos nossos *smartphones* e *smartwatches* (dispositivos que, inclusive, têm capacidade de monitorar e coletar importantes dados sobre nosso corpo e saúde), constantemente, estamos sujeitos a um monitoramento invisível, tal qual se vê na arquitetura imaginada por Bentham.

Analisando a proposta de Bentham, Michel Foucault demonstra que o exercício do poder disciplinar se materializa na manipulação e no uso de informações em benefício de certas elites capazes de processá-las e armazená-las, fazendo desses repositórios fontes seguras de fiscalização, de repressão e de controle dos indivíduos. Esse modelo remonta aos mosteiros medievais e à Igreja que, dominando a escrita, elaboraram arquivos não apenas sobre orientação religiosa, como também a respeito dos hábitos, crenças, práticas e costumes das comunidades que ameaçavam seu poderio. Os arquivos da Inquisição nada mais evidenciam do que relatos

detalhados sobre inclinação sexual e intelectual, saúde, ascendência e descendência, círculo de amizade e costumes dos indivíduos. A sofisticação adquiria tais contornos que já se praticava cruzamento de informações, especialmente no que concerne aos considerados “hereses”, o que demonstra que as perseguições e os julgamentos pelos tribunais não se efetivavam aleatoriamente (PIZZOLANTE, 2002, p. 51-53).

A Igreja deu início ao exercício do poder disciplinar durante a Idade Média, por controlar arquivos de informações obtidas através da vigilância, entretanto o Estado adquiriu o controle de tais arquivos e, gradualmente, o método de exercício do poder passa a ser utilizado pelos governos para facilitar o desempenho de diversas atividades. É o caso da arrecadação de tributos, da classificação dos cidadãos conforme suas atividades, patrimônio, inclinações políticas e ideológicas, o que permite a manutenção da lei e da ordem pública por meio da vigilância de grupos de oposição, por exemplo, a elaboração de estatísticas, dentre uma infinidade de outras atividades permitidas pelos meios tecnológicos (WHITAKER apud VIEIRA, 2007, p. 174). Neste contexto, a coleta de dados pessoais mediante a invasão da privacidade dos cidadãos pelo Estado se justificava como um mecanismo de poder necessário para benefício da população.

No século XIX, a intromissão na privacidade como forma de obtenção de informações para controle e exercício de poder sobre as pessoas, prática comum nas organizações religiosas, passa a ser adotada de maneira ampla pelos Estados. Estes passaram a organizar seus primeiros arquivos sobre seus cidadãos, permitindo o exercício do poder disciplinar. Michel Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, descreve os meios de exercício do poder disciplinar e seus significados para o indivíduo e toda a coletividade que o cerca, sendo tais conclusões os fundamentos para entendimento do exercício da vigilância na atual sociedade da informação.

O exercício do poder disciplinar passa a estar presente em diversos locais no Oitocentos, como, oficinas, fábricas e campo a fim de garantir uma eficaz fiscalização e supervisão do processo de trabalho, o que se repetia em escolas, hospitais e presídios para supervisão do comportamento dos indivíduos, sob a justificativa de se extrair ao máximo o potencial de cada um. O objetivo de disciplinar o indivíduo era o exercício de uma política manipuladora do comportamento humano, conduzindo-o à um estado de obediência. A disciplina se projetava sobre os corpos como um

mecanismo de controle, tornando o indivíduo dócil e útil. Ao mesmo tempo, tinha por objetivo reduzir a força política e maximizava a utilidade do indivíduo.

Os estabelecimentos onde o objetivo era máxima extração do potencial do indivíduo e a manutenção de sua mansidão como fábricas, hospitais, escolas e prisões se nortavam pelo emprego de técnicas disciplinantes (MAIA, apud VIEIRA, 2007. p. 167-169). O exercício da disciplina se dava por meio de pequenos e sutis artifícios, jamais apresentando a gravidade do controle que se impunha. Havia uma descrição pormenorizada das menores características dos indivíduos, de forma precisa e cirúrgica, integrando o que Foucault chamaria microfísica do poder (FOUCAULT, 1987, p. 120-121).

Nos meios laborais buscava-se alta qualidade nas funções desempenhadas pelos empregados. Por tal razão, o tempo medido e pago demandava intenso e contínuo controle durante todo o processo e jornada de trabalho. Mais que isso, não se tratava da simples observação e controle do processo de produção, mas sim do comportamento dos empregados. Fez-se necessário a formação de agentes especializados em “vigilância”, que assumiu caráter de operador econômico por se tornar peça essencial no aparelho produtivo e, por conseguinte, nos mecanismos de exercício do poder disciplinar (FOUCAULT, 1987, p. 146-151).

Vale ressaltar que a evolução dos meios de produção, o aumento de riquezas, a valorização da propriedade e o controle de polícia rigoroso sobre a população com a utilização de técnicas para descoberta, captura e tratamento de informações pessoais fez a delinquência migrar dos crimes contra a vida para os crimes contra a boa-fé, ou seja, vigarice. Abrandou-se a violência contra os indivíduos, todavia, ampliou-se o crescimento da astúcia, reservada a um grupo de profissionais bem treinados e experientes em fraudes (FOUCAULT, 1987, p. 64-67).

Expostos os conceitos de privacidade e sociedade da informação, bem como a estrutura do modelo panóptico de Jeremy Bentham sob a perspectiva de Michel Foucault, passa-se a analisar a ideia de um panoptismo na sociedade da informação no que tange ao exercício do poder disciplinar e controle através dos meios tecnológicos. No cenário social atual, político e econômico observa-se que a principal riqueza é a informação. Dados de pessoas são diariamente coletados, processados, tratados e disponibiliza-

dos para os mais diversos fins, desde a vigilância e controle até o estímulo de determinados comportamentos. Essa é a atual forma de exercício do poder disciplinar através de ferramentas tecnológicas.

4 PÓS PANOPTISMO

Com a disseminação da tecnologia, diversas corporações privadas passam a coletar dados pessoais de usuários que se conectam a internet. Não raras vezes, esta coleta se dá de forma não autorizada ou, comumente, com uma espécie de concordância forçada ou obscura, uma vez que a entrega de dados a terceiros – seja remunerada ou gratuita – não é apresentada de forma clara. Tais informações são cruzadas com bases de dados de diversas corporações, o que permite o delineamento de perfis de usuários, contendo informações sobre padrões de consumo, preferências de alimentos, viagens, políticas, dentre diversas outras. Assim como as pequenas astúcias utilizadas no passado, atualmente as corporações recorrem a métodos de persuasão para convencer os cidadãos – usuários – a compartilhar seus dados. Não raras vezes os usuários são deparados com ofertas de empresas como benefícios em serviços, disponibilização de diversos conteúdos de forma “gratuita”, brindes, dentre diversas outras que evidenciam o perfil de cada usuário, permitindo às empresas a disponibilização de experiências personalizadas a estas pessoas.

Em virtude da interação entre vigiado e vigilante, autores como Zygmunt Bauman¹⁰³ se posicionam pela atualização da leitura do panóptico, defendendo a existência de um estado pós panóptico. Isso porque, em troca de conteúdo simples, acesso gratuito ou experiências anunciadas como personalizadas, usuários disponibilizam informações pessoais para os mais diversos operadores. Tais informações são tratadas e permitem uma análise profunda do perfil de cada usuário, não raras vezes com informações que sequer o próprio usuário tem conhecimento. Esta configuração social atual se situa em um panorama econômico onde dados pessoais assumem status de verdadeiros ativos financeiros. Estes bancos de dados contêm informações tratadas e depuradas dos indivíduos, permitindo delinear um padrão acerca de cada um, o que, além de permitir sua vigilância, permite

103 Esta ideia é defendida pelo autor em sua obra *Vigilância Líquida* (BAUMAN, LYON, 2014).

influenciar escolhas e decisões futuras, tal qual o modelo panóptico proposto por Jeremy Bentham e analisado por Michel Foucault.

Com o advento da internet, um pequeno número de observadores passou a ter capacidade de monitorar milhares de indivíduos através do emprego de ferramentas tecnológicas. Mais que isso, baseado na análise do passado e do presente, o emprego de tecnologias permite influenciar e moldar o comportamento futuro de indivíduos. Diante disso, passou-se a investir cada vez mais em tecnologias de controle, centradas na observação do comportamento humano através da coleta e tratamento de informações, sendo a vigilância um importante ativo econômico das sociedades atuais.

O avanço da tecnologia da informação intensificou o exercício do poder disciplinar, ao permitir a coleta, o cruzamento e armazenamento de dados pessoais a baixos custos e de forma facilitada, permitindo um monitoramento eficaz dos indivíduos. Hodiernamente, a criação de bancos de dados com arquivos pessoais não é restrita à Igreja e estruturas estatais. Tais informações são comercializadas por estas empresas, sendo adquiridas por outras empresas que, com tais dados, passam a ofertar uma série de serviços e produtos com base em tais padrões de consumo.

Isso se dá pois grande parte do rendimento de empresas web é obtido com propagandas e marketing, que são oferecidos conforme os padrões de busca dos usuários, por exemplo. Apenas a título exemplificativo, resgata-se o caso da empresa Geocities, grande e poderoso provedor que, como condição para disponibilizar páginas gratuitas na internet, exigia que seus usuários preenchessem formulários com dados pessoais, tais como endereço, salário, formação educacional, sexo, estado civil, profissão, áreas de interesse. A partir desses dados, criava o perfil de seus usuários e vendia tais dados para empresas de marketing (VIEIRA, 2007, p. 175).

Tatiana Vieira (2007, p. 176) ao traduzir citação de David Freedman acerca de práticas adotadas por grupos de provedores de serviços web explica que

Google, Yahoo e outras empresas precisam saber quem você é; onde você está; o que você compra; o que você assiste e lê; ... você simplesmente tem que ter confiança que não será disponibilizada para organismos públicos de execução da lei, sua esposa, seu chefe,

extorsionários ou qualquer pessoa que esteja trabalhando contra seus interesses. E por mais que essas companhias sejam confiáveis, elas não terão como evitar o acesso por hackers e outras espécies de criminosos.

O trânsito pela internet expõe a privacidade dos usuários. Ao navegar pela rede da *world wide web*, diversos dados são coletados e armazenados em bancos de dados de terceiros, sem conhecimento claro dos usuários. Muitas dessas informações são de caráter pessoal. Qualquer acesso à rede deixa gravados registros do usuário – em alguns casos, por imposição legal – ainda que de forma indireta, tais como as preferências, padrões de consumo dentre uma infinidade de outras informações anteriormente apontadas. Tal coleta, entretanto, não se dá de forma clara, não deixando transparente os objetivos e finalidades de seu uso ao usuário que de forma direta ou indireta, disponibiliza tais informações.

O panóptico da era da informação se refere então a todo aquele – e aqui se inserem as corporações que exploram atividades na web – que se apresenta em posição de supremacia em relação ao indivíduo (usuários e empregados, por exemplo). Empresas limitam a privacidade e a autodeterminação dos usuários, assim como de seus empregados em virtude do constante monitoramento de suas atividades. Note-se, todavia, que tal monitoramento se dá em compasso com as atividades do Estado. Isso se dá pois o Estado é detentor dos meios de vigilância e punição em caso do cometimento de infrações penais – os chamados cibercrimes – que vão desde fraudes bancárias até a prática do chamado *revenge porn*; ao passo que as instituições privadas possuem as tecnologias necessárias ao desenvolvimento de ferramentas de vigilância e repressão de tais atividades.

Esse incremento vitimiza tanto o Estado quanto o indivíduo. Aquele sofre limitações à sua própria soberania, ao se obrigar a uma atuação de forma conjunta com outros países, para garantir eficácia no combate à criminalidade na rede. Ao passo que o indivíduo se torna vítima, por ter violada a sua liberdade de expressão, já que o tráfego de comunicações pode ser interceptado por agências de inteligência de vários países que se encontram interconectadas, o que expõe a vida das pessoas de forma implacável (VIEIRA, 2007, p. 177-180).

Observa-se que o advento de ferramentas tecnológicas tem contribuído para o fortalecimento do poder disciplinar enquanto mecanismo de controle dos indivíduos. As informações pessoais e privadas fogem ao controle dos usuários e, não raras vezes, sequer são de conhecimento de seus titulares. Estes dados são armazenados em diversos bancos de dados, sendo cruzados com outras bases a fim de delinear o perfil de um usuário. A partir do conhecimento sobre o indivíduo, passa-se a monitorar seu comportamento, garantindo, assim, a manutenção do poder sobre as pessoas. É bem verdade que em consequência de tal vigilância, diversos recursos vêm sendo desenvolvidos na tentativa de neutralizar o controle do Estado e das corporações privadas sobre os indivíduos. O mais conhecido atualmente são os recursos de criptografia¹⁰⁴ empregada na cifragem do conteúdo das comunicações. As ferramentas de criptografia – chamadas tecnologias de liberdade – são desenvolvidas por grandes empresas ou por usuários em movimentos sociais em defesa da liberdade.

CONCLUSÃO

A ideia de Sociedade da Informação se apresenta, hodiernamente, como um novo paradigma, em que a informação e os dados pessoais são a matéria prima para produção de riquezas. Como no passado, época em que Igreja e Estado detinham o controle e registro das mais diversas informações sobre pessoas, atualmente corporações privadas utilizam inúmeros recursos tecnológicos para geração, processamento, transmissão e toda espécie de tratamento de dados pessoais.

A sociedade da informação é, portanto, consequência dos avanços tecnológicos e uma realidade social inegável. Supervalorizam-se de bens imateriais como dados, informação, conhecimento científico e tecnológico que constituem a base de formação e desenvolvimento econômico e social atual. Esta realidade contribui e alimenta inúmeros debates, desde aqueles em que se sustenta um momento oportuno para efetivação de direitos de cidadania como a liberdade de expressão, até aqueles que suste-

104 Que nada mais é que o emprego de operações matemáticas por um programa de computador que transformam um texto claro em um texto cifrado, além de inserir uma chave secreta na mensagem que somente é decodificada pelo receptor que possui o padrão matemático para tornar o texto novamente legível.

ntam o agravamento do distanciamento das camadas sociais mais pobres para as mais ricas, ocorrendo o que se chama *Digital Divide*.

Fato é que, a despeito de tais debates, inúmeros bancos de dados são diariamente desenvolvidos e alimentados com nossas informações pessoais. Estes dados servem para o desenvolvimento e alimentação de diversos bancos de dados, que contém desde nosso nome e CPF até padrões de consumo, preferências, buscas e deslocamento, estabelecendo, assim, um extrato fiel de nossos padrões comportamentais.

Por esta razão, os dados pessoais assumem status de verdadeiras mercadorias, sendo, inclusive, objeto de comércio entre diversas empresas, provocando sérios riscos à privacidade. Este fenômeno de observação, influência e controle é o que Michel Foucault denomina de Panoptismo, onde um observador oculto monitora a atividade dos observados. No panorama atual, nota-se que os usuários, em troca de experiências customizadas, conteúdo exclusivo e benefícios gratuitos, realizam a entrega de seus dados. Esta informação, como exposto, permite traçar um perfil de preferências, informação esta que, submetida a diversas formas de processamento, permite às companhias realizar uma espécie de influência sobre os usuários. Assim como proposto por Michel Foucault, um observador oculto, de maneira sutil, passa a exercer influência e controle sobre os vigiados. Esta vigilância, atualmente, gera inevitáveis efeitos colaterais que ameaçam o direito de privacidade em decorrência de um modelo panóptico de vigilância instaurado na internet.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Belo Horizonte : Autêntica, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Revisão de Paula Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer; Colaboração de Klauss Brandini Gerhardt; Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DEMO, Pedro (2007). **Marginalização Digital**: Digital Divide. Boletim Técnico do Senac, Rio de Janeiro, v. 33, n.2.. Disponível em <<http://www.senac.com.br/BTS/332/artigo-1.pdf>> Acesso em 28 de jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

MILLER, Jacques - Alain. **A máquina panóptica de Jeremy Bentham**. In: SOUZA, Tomaz Tadeu de (Org.) O panóptico. Belo Horizonte : Autêntica, 2008.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PIZZOLANTE, Francisco Eduardo Orcioli Pires e Albuquerque. **Habeas data e bancos de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VERMELHO, Sônia Cristina; VELHO, Ana Paula Machado; BERTONCELLO, Valdecir. **Sobre o conceito de redes sociais e seus pesquisadores**. Educ. Pesqui., São Paulo , v. 41, n. 4, p. 863-881,

Dec. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022015000400863&lng=en&nrm=i-so>. Acesso em 15 de jun. 2019.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMalta-Vieira.pdf>. Acesso em 03 de fev. 2019.

UMA ANÁLISE SOBRE O DESVÍO PARA A CRIMINALIDADE A PARTIR DA TEORIA DA ANOMIA

Marconi do Ó Catão

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a questão do desvio para a criminalidade a partir da utilização da teoria da anomia, objetivando proporcionar uma melhor compreensão dos mecanismos psicológicos e sociais relacionados com o esclarecimento da gênese da criminalidade e violência. Para tanto, de início, far-se-á uma explanação acerca dos elementos conceituais desenvolvidos por Émile Durkheim e Robert Merton, no intuito de demonstrar como ocorre a dinâmica do processo de anomia verificado em ambientes sociais com predisposição ao desvio para a criminalidade. O método de procedimento adotado foi o descritivo-analítico, tendo sido realizadas consultas à textos jurídicos, nacionais e internacionais, e bibliografias das ciências sociais e áreas afins.

A princípio, com os estudos iniciais sobre anomia propostos por Durkheim, que posteriormente foram aprimorados por Merton, buscou-se esclarecer como acontece a dinâmica social no surgimento dos comportamentos desviantes de determinadas normas sociais. Merton (1968, p.191 et seq.), em sua tese central, considera que tais práticas resultam da dissociação entre os objetivos convencionalmente aceitos no cotidiano da sociedade e os caminhos socialmente estruturados para se alcançar essas metas. Desse modo, serão articuladas algumas construções conceituais

inerentes a esse percurso teórico; ou seja, serão contextualizados os objetivos presentes na estrutura social com o elemento da dissociação e a possibilidade de se alcançar fins sociais prescritos oficialmente nesta estrutura, sem que alguém seja classificado como desviante.

Em geral, as pessoas procuram objetivos específicos que estão presentes na estrutura social, sendo isso realizado por meio do nosso convívio em sociedade, envolvendo variadas formas de valores que nos são apresentadas. Quanto ao aspecto do elemento estrutural da dissociação, a prática, que em um determinado momento poderá ser considerada como desvio, ocorre ao se tentar alcançar certos objetivos. Assim, é necessário entender que o desvio acontece porque, de alguma forma e em algum momento e lugar, ele é compreendido como tal em uma determinada estrutura social. Porém, existe a possibilidade do indivíduo atingir certos objetivos estabelecidos institucionalmente, sem percorrer os procedimentos socialmente construídos por essa estrutura, e não ser considerado como desviante.

Com efeito, uma alternativa para alguém neutralizar esse campo de ação, objetivando o seu não reconhecimento e não ser classificado como criminoso, é conhecer as trajetórias de saída, sendo isso possível por intermédio de uma compreensão detalhada de pontos estratégicos do ordenamento jurídico, bem como do significado do comportamento das pessoas. Em suma, tudo isso ocorre dentro de um contexto das representações simbólicas de determinados espaços sociais, no sentido de uma percepção do melhor momento (tempo) para uma determinada prática.

2. CIDADE, SOCIEDADE E ANOMIA

Na vida em sociedade, qualquer agregação humana tende espontaneamente a organizar-se em um plano material, além de outras dimensões presentes no cotidiano social. Assim, partindo da ideia de que a cidade é um organismo natural, Park (1992, p.1) a define como "uma aglomeração de indivíduos e de equipamentos coletivos [...]". Além disso, dotada de uma morfologia física, a cidade também possui o que Durkheim (1999, p.288 et seq.) chama de consciência coletiva, que é formada naturalmente. Portanto, na compreensão de Park, a cidade é, para o homem civilizado, o que a casa é para o camponês, contendo divindades protetoras e raízes afetivas, sendo o que podemos chamar de uma "história coletiva". Com

efeito, a cidade é constituída, além de uma organização material, por uma estruturação moral, estando as duas em constante interação, de modo a uma adaptar-se à outra.

Nesse contexto, cumpre destacar que a representação da metáfora ecológica surge a partir da ideia que, tal como uma formação vegetal, que luta por espaço, alimentação e luminosidade, a comunidade urbana está submetida a esses mesmos processos naturais de competição e seleção, que são definidores da dimensão e dos princípios de organização presentes no sistema (PARK, 1992, p.63). Nesse âmbito, a concorrência é considerada um princípio organizador, visto que provoca uma distribuição ordenada para formar uma estrutura; mas, por outro lado, também causa diferenciação e individuação, elementos estes que contribuem para o desenvolvimento do individualismo. Já a comunicação é um fator de reconstituição dos entendimentos e das solidariedades, permitindo a integração entre os indivíduos e os grupos e, por conseguinte, a consolidação das relações sociais no interior do organismo global, sempre havendo o envolvimento de pessoas por meio de mecanismos de seleção.

Na área natural do *habitat* humano, normalmente existem fatores que estão em ação, no sentido de construir um agrupamento ordenado, sendo tais fatores forças convergentes de organização, mas que também podem trilhar para a desorganização, na medida em que ocorra a ultrapassagem de determinados limites de desenvolvimento. Em síntese, a mobilidade, a densidade, a assimilação e a desagregação, dependendo das circunstâncias a elas relacionadas, podem ser fatores de organização ou desorganização social. Em geral, a cidade tende a conformar-se como modelo estável, pois ela é formada por uma constelação de áreas urbanas com características semelhantes, que podem aproximar-se da estruturação social por similitudes típicas. Em outras palavras, um conjunto de pessoas que partilha uma maneira de ser, um modo de vida e que possui perspectivas semelhantes, sendo possível relacionar tudo isso com a noção de consciência coletiva de Durkheim, como já destacado anteriormente.

Dessa forma, uma área natural é constituída por um grupo com uma consciência coletiva com tendência a reagrupar-se naturalmente; logo, essa área pode ser definida pela estrutura do laço social que desenvolve, de tipo orgânico, possuindo suas próprias forças de atração e de seleção, bem

como suas características culturais. Nesse sentido, os exemplos desenvolvidos em Chicago são formados pelas colônias de imigrantes - os guetos, nos quais é ressaltado o bairro dos casebres. Em suma, no interior das áreas naturais, e também culturais, a modalidade das relações sociais é específica, visto que trata-se da solidariedade mecânica no sentido proposto por Durkheim (1999, p.39 et seq.).

Sem dúvida, apesar da mobilidade e instabilidade presentes na vida social, como também da rapidez de circulação e destruição dos modelos e costumes locais, o mecanismo de triagem (ou filtragem) surge para recondensar determinadas áreas locais - “bairros”, “colônias” e “vizinhanças”, sendo esta última área definida por MacKenzie (1992, p.70-72) como uma proximidade física e de familiaridade nas relações. Então, as relações de vizinhança são consideradas sociabilidades primárias, que na compreensão de Park trata-se de uma área cultural que detém sentimentos, tradições, uma história própria e, por conseguinte, uma consciência coletiva. Ademais, as propriedades das relações de vizinhança estão baseadas nos sentimentos de igualdade, solidariedade, lealdade, entre outros.

Nessa perspectiva, a Escola de Chicago entende que as relações de vizinhança caracterizam-se da mesma forma da solidariedade do tipo mecânico, podendo a modernidade intervir com suas transformações sem destruir, necessariamente, a rede de relações primárias (ou de vizinhança), ou mesmo existindo, no mínimo, tendências naturais para sua recomposição. Por sua vez, as relações secundárias são voltadas para a definição da natureza do laço social, no âmbito da cidade, ou mesmo do todo social, correspondendo à noção de solidariedade orgânica desenvolvida por Durkheim (1999, p.85 et seq.), estando essas relações aptas para administrar harmoniosamente os vínculos estabelecidos entre as comunidades naturais. Contudo, tais relações opõem-se fundamentalmente às relações primárias, caracterizadas pela proximidade e que define um grupo primário como tendo por base a cooperação íntima, ou seja, a fusão do grupo com um todo comum.

No decorrer do tempo, as relações primárias foram sendo gradativamente substituídas pelas relações secundárias, que são mais indiretas, imediatas e não possuem origem natural, mas por aprendizagem ou educação.

Nesse sentido, tais relações vêm enfraquecendo os meios de controle social espontâneo – escola, família, igreja etc.; por conseguinte, vem sendo verificado visível declínio da ordem moral e aceleração dos problemas sociais, destacando-se a questão da criminalidade.

Enfim, por um lado, a cidade, caracterizada por relações sociais do tipo secundário, com suas particularidades próprias de superficialidade, segmentação, individualismo, entre outros, se apresenta como mecanismo de emancipação em relação a qualquer controle pessoal ou afetivo; mas, por outro lado, surge também o problema da elevação da anomia, no sentido de Durkheim, devido a perda do sentido moral e de uma concepção mais participativa das relações sociais.

3. TEORIA DA ANOMIA: DE DURKHEIM A MERTON

A análise do desvio realizada por Merton (1968, p.231) tem início com suas observações sobre os efeitos sociais da grande crise econômica americana, sobretudo, com a Quebra da Bolsa de Valores Nova York em 1929. Nesse período, da Grande Depressão, os valores e as normas da sociedade americana estavam bastante comprometidos, tendo esse autor se concentrado na análise da situação social quando utiliza o conceito de anomia de Durkheim (1999, p.85), sendo o primeiro resultado desse estudo o “Social Structure and Anomie” (1938), entre outras pesquisas teóricas e empíricas.

Para uma adequada compreensão da anomia mertoniana, é pertinente considerar alguns aspectos dela em Durkheim, apresentados em sua obra “Da Divisão do Trabalho Social”, na qual o sentido de anomia se relaciona com o modo da divisão social do trabalho, surgindo de uma desintegração social ou diferenciação, sendo que esta aparece quando as regras morais e normativas necessárias para a preservação e manutenção da sociedade não acompanham harmonicamente o desenvolvimento dos seus órgãos e funções, efeito esse desencadeado principalmente pela industrialização. Logo, a divisão social do trabalho é um princípio organizacional necessário ao convívio social, estando relacionado com as diferenciações necessárias entre os indivíduos. Desse modo, em sociedades com uma divisão do trabalho reduzida (solidariedade mecânica), há poucas diferenciações; já em sociedades

com um grau de divisão do trabalho elevado (solidariedade orgânica), a diferenciação é bastante presente.

Assim, com o aumento da divisão do trabalho segue o problema da redução da satisfação dos indivíduos em suas relações sociais, condições estas que levam ao enfraquecimento da consciência coletiva. Em geral, nas pessoas existe certa tendência a uma insatisfação, por possuírem dons desiguais, diferentes interesses etc., conseqüentemente, a disciplina moral torna-se necessária, no sentido de regular as necessidades e aspirações de cada pessoa em um grupo social. Porém, quando há um elevado nível de divisão do trabalho, tal disciplina torna-se fraca, proporcionando o aparecimento da desintegração e, por conseguinte, da anomia.

Em síntese, enquanto Durkheim anteriormente se ocupa com o problema da preservação da coesão normativa, necessária para o controle da natureza animal dos indivíduos, na teoria da anomia em Merton, a princípio, não enaltece a natureza biológica do homem (insatisfação permanente, dons desiguais, interesses diferentes etc.), mas sim a estrutura social, subdividida em culturais e sociais, ou seja, os objetivos sociais e culturais de uma sociedade e os meios encontrados no campo social para se atingir tais objetivos. De modo que, para Merton (1968, p.204, 229 e 252) anomia é uma discrepância estrutural que leva a uma desintegração social, pois a distribuição dos meios legítimos para se alcançar os referidos objetivos não é igual. Além do mais, esse autor diferencia os indivíduos que não dispõem de tais meios, de acordo com a sua forma de adaptação à desintegração, podendo resultar em inovação, retração, rebelião, entre outras. Registre-se que estas duas últimas modalidades são pertinentes para este estudo, visto que retração é um comportamento que rejeita os fins sociais e culturais, bem como os meios para obtê-los; enquanto que a rebelião envolve uma transvaloração na qual as pessoas recusam a estrutura social convencional e tentam estabelecer uma outra proposta estrutural.

Em conformidade com a teoria de Merton (1968, p.252 et seq.), o comportamento individual depende da posição que a pessoa ocupa na estrutura social em relação ao seu alcance aos meios legítimos de acessibilidade, sendo tal posição inerente a situação da pessoa com relação ao processo de interação entre as estruturas social e cultural. Então, é a partir

desse processo que surgem tensões sociais, tendo o trabalho desse autor o mérito de analisar esses aspectos. Para essa problemática, Merton propõe as seguintes indagações básicas: por que o número de ações criminosas varia em diferentes sociedades? Por que determinadas pessoas cometem atos criminosos e outras não?

Portanto, o núcleo da tese de Merton (1968, p.252) é que o comportamento desviante pode ser considerado como uma consequência da dissociação entre os objetivos culturalmente prescritos e as alternativas socialmente estruturadas que possibilitam a realização desses objetivos. Com efeito, os propósitos culturais são considerados como sendo grupos de valores normativos que influenciam no comportamento dos indivíduos em uma determinada sociedade. Assim, de acordo com Merton, a explicação para o surgimento da anomia passa a ser por intermédio da distribuição desigual dos meios sociais legítimos para se alcançar determinados fins. Nessa mesma linha ideológica, Cloward e Ohlin (1960, p.37-38) entendem que a distribuição desigual dos meios ilegítimos, bem como o acesso a estes, são fatores relevantes, haja vista que o comportamento desviante somente se torna possível quando há um acesso a tais meios, sendo que esta opção só é viável por intermédio das possibilidades de contato com esses meios, incluindo igualmente o aprendizado para sua utilização.

No estudo da anomia e criminalidade, cumpre ressaltar o trabalho de Heitneyer et al. (1995), que aplicam a análise mertoniana em relação à problemática da violência, bem como utilizam pesquisas sobre anomia no intuito de verificar as consequências da globalização em uma sociedade desintegrada. Então, de modo semelhante à Durkheim, eles afirmam que tal situação produz uma crise, que advém da falta de adequação entre a orientação da ação social e as normas morais. Nesse sentido, esses autores apresentam os novos elementos de uma teoria da anomia contemporânea, ou seja: “[...] Nós entendemos anomia como um desequilíbrio das relações balanceadas entre os níveis relativos de aspirações de subgrupos sociais e as regras de acesso àquelas aspirações, bem como as possibilidades de sua realização nas diferentes esferas sociais funcionais”.

Como é possível observar, na abordagem destes autores, procura-se entender a complexidade do desequilíbrio entre as respectivas funções

dos subgrupos e subsistemas, bem como as aspirações dos indivíduos neles atuantes. Assim, é nessa direção que vão Heitmeyer e os demais cientistas sociais que elaboraram esse estudo, no qual a anomia suscitada é ocasionada a partir de um nível mais abstrato e específico do que aquela proposta por Merton e Durkheim. De acordo com aqueles autores, evidencia-se a necessidade de estudos específicos dos propósitos dos subgrupos, como também de seus conflitos com as respectivas esferas funcionais que permitem a sua realização, o que resulta em variados comportamentos desviantes.

Feitas essas considerações, torna-se oportuno explicitar o fato de que a anomia não deve ser percebida apenas como um resultado do desvio das normas que estruturam oficialmente os meios legítimos necessários para a obtenção dos objetivos sociais e culturais, mas também um efeito da possibilidade que se tem de detectar um desvio e de tratá-lo como tal. Geralmente, os indivíduos em sociedade agem de acordo com as normas resultantes da forma usualmente convencional de reagir a determinadas ações sociais, sendo que estas normas surgem porque há ações consideradas indesejáveis por determinados indivíduos em certos lugares, períodos e de variadas formas. Por sua vez, essas ações desviam a avaliação regular e contínua de um grupo considerável de indivíduos, com base naquilo que se pretenda como conduta social válida e legítima, sendo, por isso, chamadas “desviantes”.

De modo que o problema surge devido ao fato de que alguns indivíduos sofrem sanções por praticarem determinados desvios; e, por outro lado, outras pessoas, às vezes pelos mesmos tipos de desvios, não sofrem. Dessa forma, urge que se detecte o desvio, para que então seja adotada uma alternativa profilática ou terapêutica para o desviante; mas, saliente-se que o desvio nem sempre é com relação às normas, mas também se refere à possibilidade de fuga de um espaço de reconhecimento de desvios, sem ser detectado. De fato, esse espaço caracteriza-se por um lugar e um tempo de percepção, que é exteriorizado por um sentimento ou entendimento de que houve um desvio; ou seja, para se ingressar nesse espaço, é necessário entrar em contato com um conjunto de normas em atividade, válidas para um determinado grupo que detêm um relativo controle social e que emite juízos valorativos com relação a tal conjunto normativo.

Nessa discussão, é fundamental que se leve em consideração o aspecto de que, em geral, as pessoas não tentam apenas seguir normas, visto que frequentemente também buscam escapar do espaço de detecção dos desvios das normas; mas, para aqueles indivíduos que conseguem administrar essa fuga, sem serem percebidos (detectados) em seus atos, o cumprimento das normas sociais torna-se mais simples, facilitando assim a ocultação e consequente quebra dessas normas. Porém, tal possibilidade dependerá da posição estratégica que a pessoa ocupa na sociedade; tomemos como exemplo a análise do conjunto de um ato criminoso - agente do crime, ação, objeto do crime, vítima, motivação, período do crime e local; sendo que todos esses elementos ainda não são suficientes para esclarecer por que o agente cometeu a ação, que foi considerada pela sociedade como crime ou desvio.

Assim, para a identificação do desvio é pertinente que se realize a contextualização da posição social na qual o agente se encontra, tendo em vista que esta condição é capaz de permitir uma fuga do espaço que detecta a obediência e o desvio das normas relevantes em determinada circunstância. Logo, a possibilidade de praticar um desvio será determinada por meio das eventuais alternativas que a situação venha a oferecer. Nessa perspectiva, a detecção significa a percepção dos elementos simbólicos que, de algum modo, dificultam a visibilidade do fato real e, por conseguinte, comprometem a prática do comportamento desviante. Em outros termos, a capacidade de fugir do espaço de detecção encontra-se diretamente relacionada com o poder e os recursos simbólicos que o agente dispõe para ocultar, iludir ou perturbar a percepção do comportamento desviante.

Nesse cenário, torna-se oportuno a utilização das lições de Pierre Bourdieu (2005, p.183 et seq.) com relação ao poder de dispor de recursos simbólicos, visto que este autor destaca as várias formas de capitais simbólicos que poderão estar presentes no convívio social. Para Bourdieu, capital é trabalho acumulado, seja em forma material ou interiorizada, mas tal acumulação depende sempre da estrutura social na qual o indivíduo torna-se um elemento regulador. Por conseguinte, o fato de algumas pessoas disporem de um determinado volume de capitais e outras não, depende dos resultados de coerções sociais. Além disso, outro aspecto relevante é o fator tempo, pois cada acumulação de capital requer um investimento

temporal. De maneira que uma estrutura social não pode ser devidamente analisada apenas a partir da clássica forma de capital, representada pelo aspecto econômico, tendo em vista que é também necessário que sejam considerados outros valores sociais adquiridos e que são potencialmente fontes de poder.

Para Bourdieu (2002, p.193 et seq.), há tradicionalmente três formas básicas de capital: o econômico, o cultural e o social; contudo, há também uma outra modalidade de capital, o simbólico, sendo este o resultado dos efeitos das representações simbólicas dos outros capitais, percebido como uma distinção de alguém que se encontra inserido em uma estrutura social capaz de reconhecer tal particularidade. De acordo com Bourdieu (2007, p. 145):

[...] O capital simbólico – outro nome da distinção – não é outra coisa senão o capital, qualquer que seja a sua espécie, quando percebido por um agente dotado de categorias de percepção resultantes da incorporação da estrutura da sua distribuição, quer dizer, quando conhecido e reconhecido como algo de óbvio. As distinções, enquanto transfigurações simbólicas das diferenças de fato, e mais geralmente, os níveis, ordens, graus ou quaisquer outras hierarquias simbólicas, são produto da aplicação de esquemas de construção que, como por exemplo, os pares de adjetivos empregados para enunciar a maior parte dos juízos sociais, são produto da incorporação das estruturas a que eles se aplicam; e o reconhecimento da legitimidade mais absoluta não é outra coisa senão a apreensão do mundo comum como coisa evidente, natural, que resulta da coincidência quase perfeita das estruturas objetivas e das estruturas incorporadas.

Como é possível perceber nas palavras de Bourdieu, o capital econômico equivale ao bem material acumulado, podendo este ser convertido em dinheiro, que geralmente é apropriado para a consequente institucionalização em forma de propriedade. Já o capital cultural é formado principalmente por meio da educação (familiar, escolar, informacional etc.). Quanto ao capital social, este se refere as relações que o indivíduo tem ao seu alcance na sociedade. De um modo geral, essas formas de capi-

tais são conversíveis entre si, ou seja, o capital institucionalizado por meio de títulos acadêmicos, por exemplo, torna-se capital cultural por via de uma profissão e passa à ser capital econômico por intermédio de salário. Com relação aos contatos sociais, é possível obter empregos e, por conseguinte, haver uma conversão em capital econômico. Por sua vez, com a utilização de capital econômico é possível o estabelecimento de relações por meio de dádivas, que poderão servir à aquisição de capital social. De modo igual, a disponibilidade do tempo necessário para obtenção de capital cultural é possibilitada pelo capital econômico, haja vista que alguém que possua notáveis conhecimentos sobre uma determinada área do saber é potencialmente capaz de obter receptividade de pessoas com posições sociais estratégicas e, desse modo, adquirir capital social.

4. ANOMIA, DESVIO E CRIMINALIDADE

No decorrer do tempo, são visíveis e significativas as renovações que vêm ocorrendo nos estudos sobre a criminologia, notadamente por meio da análise histórica da definição de crime. Nesse contexto, observa-se que quanto mais a civilização ocidental é direcionada para a racionalização e positividade normativa, maiores dificuldades surgem quanto às percepções da anormalidade, ocorrendo assim uma menor visibilidade com relação as causas que levam ao comportamento desviante rumo à marginalidade.

No que se refere à definição de crime, Michel Foucault (2004, p.9-10) apresenta uma relevante abordagem histórica, mostrando como vem ocorrendo a evolução do sistema penal ocidental desde a Idade Média até à Modernidade. De modo que este autor observa três grandes formas de repressão e sanção, que se apóiam em concepções particulares de transgressão da lei. Na Idade Média houve o desenvolvimento de um sistema de sanções fundado na prática dos suplícios - castigo para o condenado, mas que também se constituía, sobretudo, em um procedimento de exteriorização pública. Com efeito, o suplício era estritamente definido como uma quantidade de sofrimento, detalhadamente calculada em função da graduação da culpabilidade.

Continuando, esclarece Foucault que a partir do século XVIII, os reformadores da Assembléia Constituinte introduziram uma mudança nos objetivos do sistema penal, ocorrendo então uma modificação quanto ao

domínio sobre o corpo do condenado, com a conseqüente substituição pela punição como sanção. Então, era o aspecto subjetivo psicológico o objeto visado por esta repressão, introduzido-se uma nova economia política a partir dos símbolos e das representações, explicitada por uma política criminal reiteradamente utilizada pelo sistema judiciário. Em suma, o fim não era mais vingar-se do criminoso, mas, pelo contrário, puni-lo; por outro lado, o alvo do castigo não era mais representado pelo criminoso, mas pelo indivíduo em geral.

Contudo, é no século XIX que acontece a última grande mudança: depois dos corpos supliciados e das subjetividades humanas manipuladas, tem início o período de submissão dos corpos. Com o desenvolvimento das ciências humanas, a definição da norma torna-se clara e a circunscrição do normal impõe-se em todos os domínios da vida cotidiana, incluindo a educação, a medicina, a produção etc. Assim, enquanto a submissão e a disciplina se tornam, simultaneamente, as regras da sanção e do convívio social, a vigilância generaliza-se e o controle social institucionaliza-se. Nessa perspectiva, é pertinente salientar que um dos meios para uma eficaz submissão exteriorizava-se no exercício permanente do olhar, traduzido por intermédio do nascimento dos observatórios – exército, hospital, escola etc. (FOUCAULT, 2004, p.162 et seq.).

Essa dinâmica panóptica em que se desenvolveu o sistema de repressão baseava-se em uma nova visão do crime, representado como sendo uma patologia social. Assim, enquanto o controle social precedente repousava sobre uma imagem da lepra, no sentido de conter, exilar ou rejeitar, pela clausura; a inovadora representação que se impõe é a da peste, epidemia social contra a qual é necessário desenvolver práticas de controle tático e disciplinar. De maneira que esse modelo panóptico de controle social culmina na função da sanção, com a visão utópica de Jeremy Bentham e do seu observatório disciplinar (GONÇALVES, 2008). Em resumo, o panóptico trata-se de uma proposta arquitetural de encarceramento e, sobretudo, de vigilância total. No século XX houve a concretização deste projeto, por meio da construção de prisões, tais como a Petiti Roquette, Fleury-Mérogis, entre outras; contudo, após uma análise inicial dos resultados observados, foi evidenciado que as metas pretendidas não foram atingidas, ou seja,

a prisão falha na redução do crime e continua, todavia, a produzir delinquência.

Após essas considerações, torna-se possível observar o surgimento de uma nova concepção de ilegalidade, ou seja, enquanto a transgressão da lei era suportada por uma ilegalidade popular, exteriorizada pelas lutas e revoluções possíveis, a ilegalidade reveste-se agora em uma forma mais concentrada e controlada, no mundo da delinquência. Assim, como analisado anteriormente, o conceito de anomia introduzido por Durkheim para designar a dissolução do laço social, é na época atual retomado por alguns teóricos, no sentido de confirmar tal fenômeno. Então, tomando como suporte a ideia de que a solidariedade mecânica, fundada sobre o laço comunitário, desfaz-se, gradativamente, em benefício da solidariedade orgânica; por conseguinte, é possível a compreensão de que as crises econômicas ou políticas são capazes de interferir no processo de interação dos diferentes grupos de pessoas que vivenciam um determinado modelo social e cultural, evidenciando-se que a anomia causa a destruição das bases da solidariedade orgânica, fundada sobre o laço societário.

Para Durkheim (1999, p.367-368), a anomia designa uma forma anormal da divisão do trabalho, em que não chega a produzir solidariedade orgânica e devido à ausência de regras desorganiza as funções sociais, ou mesmo pelo fato de que as regras existentes não conseguem mais impor-se. Diante dos problemas sociais do final do século XX, alguns investigadores contemporâneos retomaram o conceito de anomia no intuito de aplicá-lo em determinadas categorias de população, incluindo a dos jovens em crise de valores. De maneira que, gradativamente, foi sendo observado que todas as formas de marginalidade, desvio e delinquência assemelham-se à problemática da anomia; em outros termos, tudo ocorre como se os grupos e os sujeitos sociais, ocupando situações fora da normalidade, sofressem de anomia ou mesmo estivessem privados de todas as regras de vida ou formas de pensamento, enfim, vazios de qualquer conteúdo.

Nessa discussão, cumpre ainda destacar o estudo desenvolvido por Becker (1985, p.34-35), que utiliza a noção “carreira” no contexto do desvio. Este autor expõe o processo do desvio por meio de etapas com os seus respectivos questionamentos: “da passagem ao ato” - por que, estando todas as pessoas submetidas às mesmas tentações desviantes, algumas

passam ao ato, enquanto outras jamais ultrapassam as fronteiras rumo ao desvio? De fato, os indivíduos do segundo grupo parecem protegidos por processos inerentes às convenções e instituições presentes no mundo convencional da normalidade, por conseguinte, não são capazes de passar ao ato sem se verem obrigados a renunciar a isso; além disso, quando os indivíduos conhecem as regras constitutivas de uma determinada sociedade existe fortes possibilidades de interiorização e conseqüente integração das mesmas, sendo, portanto, levados a conviver com o tipo de sensibilidade que caracteriza o cidadão médio. Por outro lado, os indivíduos que compõem o grupo considerado como desviante, inventam justificativas ou técnicas de neutralização das normas convencionais, que se tornam as suas próprias normas, sendo essa a forma como os jovens delinquentes neutralizam a influência da lei para cometer um ato desviante.

Em seguida, o autor apresenta a segunda etapa: “do desvio ocasional ao modo de vida desviante”. Para descrever esta fase, o referido autor parte de ideia de que no decorrer da prática desviante e durante o processo de interação com os desviantes mais experientes, o iniciante desenvolve uma aprendizagem de entrada e, posteriormente, de pertencimento a uma subcultura. Portanto, os desviantes partilham a sua prática e isso lhes oferece o sentimento de possuírem um destino comum, pois, diante de dificuldades semelhantes, compõem um conjunto de ideias comuns sobre uma série de atividades bastante parecidas, podendo, até mesmo, constituir-se como uma cultura comum. Além disso, os grupos, mais do que os indivíduos isolados, são levados a construir justificativas históricas, jurídicas, psicológicas, entre outras, que lhes permitem definir uma identidade que, embora desviante, não deixa de ser uma identidade. Enfim, na sua comunidade de acolhimento, o iniciante aprende como executar suas atividades desviantes adotando um sistema de justificativas que lhe possibilita a compreensão do desvio como sendo um ato refletido e coerente.

Por fim, Becker enfatiza a terceira etapa: “do desvio secreto ao desvio como estigma”. Nesta fase, o desviante pode ser preso com a conseqüente repercussão pública, havendo em razão disto uma mudança radical em sua vida, pois a partir de então ele adquire uma nova identidade na visão dos outros, incluindo também a maneira pela qual ele vai passar a ser tratado. Ademais, possuir a qualidade de desviante pode ter um valor simbólico

significativo, a partir de um conjunto de características próprias do indivíduo etiquetado como desviante, passando a influenciar os indivíduos “normais”, que passarão a ter tendência a presumir toda essa representação simbólica como “típica” do indivíduo desviante. Portanto, a partir do momento em que o desvio é revelado, põem-se em movimento diferentes mecanismos que concorrem para modelar o desviante segundo a imagem que os outros possuem dele, tornando-se, dessa forma, impossível que o desviante revelado continue a participar em grupos considerados “normais”. Logo, diante dessa exclusão, bem como devido a conseqüente rejeição das atividades legítimas, o desviante não pode reagir, senão desenvolvendo cada vez mais atividades ilegítimas.

CONCLUSÕES

Ao término deste trabalho, observa-se que na problemática da anomia coexistem duas ordens sociais ocupando posições opostas: de um lado, verifica-se uma ordem social fundamentada em valores do progresso econômico e tecnológico, a partir de uma lógica baseada na racionalidade instrumental e no paradigma individualista, inerente a uma sociedade do tipo-ideal weberiano; do outro, observam-se grupos sociais que se formam por meio de práticas coletivas, existindo assim mais do que a ideia de vazío social, tendo em vista que o vínculo social tem sua recomposição a partir de valores por eles vivenciados em múltiplas formas de efervescência social.

Concluiu-se, igualmente, que os efeitos da anomia são reveladores de uma ambivalência presente nos problemas sociais contemporâneos, visto que, tradicionalmente, o conceito de anomia se refere à dissolução do vínculo social generalizado, implicando na morte ou ausência social; mas, pode também proporcionar a renovação de um laço social de ordem principalmente comunitária, a partir de novas formas de sobrevivência.

Por último, foi concluído que o processo de anomia que vem sendo evidenciado na modernidade contemporânea permite verificar um paradoxo nas condutas de delinquência, devido ao fato de que os jovens delinquentes conformam-se com os valores do sucesso material e da ostentação, muito embora procurem atingir estes fins por meios ilegítimos. De maneira que a anomia designa uma tensão insolúvel entre os fins, pro-

postos pela sociedade, e os meios, ilegítimos na visão da sociedade, necessários para atingi-los, estando essa tensão diretamente relacionada com o processo de dissociação, ou seja, da falta de integração do indivíduo na atual sociedade.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Solomon Howard. **Outsiders**. Paris: A. M. Métailié, 1985.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Trad. Sergio Miseli et al. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 183 *et seq.* (Coleção Estudos: Ciências Sociais).
- _____. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. Trad. Maria da Graça Jacintho Setton. São Paulo: Zouk, 2002. p. 193 *et seq.*
- _____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 10.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 145.
- BURGESS, Ernest W. The Growth of the City. In: _____; PARK, Robert E. (Orgs.). **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.
- CLOWARD, R. A.; OHLIN, L. **Delinquency and opportunity**: a theory of delinquent gangs. New York: [], 1960.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 28.ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: vozes, 2004.
- GONÇALVES, Davidson Sepini. **O panóptico de Jeremy Bentham**: por uma leitura utilitarista. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.
- HEITMEYER, Wilhelm; *et al.* **Gewlt**: schattenseiten der individualisierung bei jugendlichen aus unterschiedlichem milieus. Munique: Juventa, 1995.

MCKENZIE, Roderick D. The Ecological Approach: to the study of the human community. In: PARK; BURGESS, 1992

MERTON, Robert K. **Sociologia**: teoria e estrutura. Trad. Miguel Mailet. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

PARK, Robert Ezra.; BURGESS, Ernest W. **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago Press. 1992. p. vii – x.

_____. Ecologia humana. In: PIERSON, Donald. (Org.) **Estudos de ecologia humana**. São Paulo: Martins Fontes, 1970.

UMA REFLEXÃO SOBRE O USO DO APLICATIVO “WHATSAPP” COMO INSTRUMENTO DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL

Leonardo Parizotto Gomes

Vanessa Velasco H. B. Reis

Introdução

Esta pesquisa visa analisar algumas estratégias das instituições jurídicas no Brasil com a ampliação dos meios de comunicação dos atos processuais como forma de dar maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional.

Com as diversas inovações tecnológicas no decorrer do mundo, não seria saudável ao Poder Judiciário resistir às transformações, já que isso significaria estar em descompasso com o próprio tempo, além de se ver mantendo um sistema arcaico e pouco eficaz. Por isso o Poder Judiciário brasileiro vem passando, especialmente no último século, por uma forte tendência de modernização do processo judicial, através dos processos judiciais eletrônicos e das formas de comunicação com as partes.

Essa era digital gerou rapidamente inúmeras conquistas tecnológicas, como o surgimento de meios eletrônicos para a práticas de atos processuais, o que permitiu que o processo se tornasse totalmente digitalizado, trazendo aos operadores do Direito maior acessibilidade às informações do processo e maior agilidade na comunicação dos atos processuais. Veja-se que esse avanço tecnológico é um caminho sem volta, e por isso precisa ser compreendido e debatido.

Neste trabalho não se tem a pretensão de esgotar todas as informações acerca desse avanço tecnológico, todavia se apresenta como leitura capaz de gerar reflexão aos estudiosos e como forma de auxílio para os operadores do Direito na condução de suas atividades cotidianas, na constatare busca por uma justiça mais célere e acessível.

Do ponto de vista da doutrina processualista é pacífica a importância de se evitar o retardamento das demandas através dos meios eletrônicos de comunicação, e hoje na prática as comunicações dos atos só são feitas por meio eletrônico quando o destinatário daquela comunicação se encontra previamente cadastrado junto ao Tribunal.

Ocorre que para além do processo eletrônico, os tribunais vêm buscando o uso de aplicativos de mensagens eletrônicas, como o Whatsapp¹⁰⁵, para comunicar o destinatário da existência de um processo judicial ou de algum ato processual.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, recentemente, regulamentou o uso desta ferramenta no âmbito dos juizados especiais, apesar dele já estar sendo objeto de utilização em outros ritos processuais pelo Poder Judiciário. E nesse viés surgem vários questionamentos a respeito da necessidade de se ter respaldo legal, e da insegurança jurídica que seu uso pode causar.

Em razão disso é que se buscou nesse estudo inicialmente compreender a evolução histórica do processo judicial, sempre amparado no devido processo legal e no acesso à justiça. Num segundo momento foi realizado um estudo de casos com a prática do uso do aplicativo Whatsapp por diversos tribunais para a comunicação dos atos processuais; e por fim apresentou-se as normas que vieram de alguma forma dar segurança jurídica ao uso desse meio de comunicação.

I - A evolução do processo judicial

A morosidade da prestação jurisdicional deve ser combatida, porém, os anseios desta premência não devem extrapolar os limites da principio-
logia constitucional. Segundo Isabella Saldanha e Magno Federici, a celeridade e a efetividade não devem mitigar a aplicação dos princípios proces-

105 Ferramenta de troca mensagens instantâneas

suais democráticos, como o contraditório, ampla defesa e isonomia, pois, caso ocorra, haveria o risco “de se estar legitimando o mito da urgencialidade na aplicação dos conteúdos da lei por uma jurisdição relâmpago e salvadora da comunidade jurídica”, como relatam os autores.

No entanto, não devemos ter uma visão conveniente ao *status quo* das instituições do sistema processual – Jurisdição, processo e ação –, pois os ramos jurídicos devem evoluir conforme a sociedade se aprimora, principalmente no que diz respeito às inovações tecnológicas, que devem servir de parâmetro para o combate a morosidade judicial.

Nesse sentido, o processo é o método de atuação no qual os órgãos incumbidos de jurisdição estão subordinados, se exteriorizando através de acontecimentos – naturais ou não. Então, surge a pergunta: onde os atos processuais se encontram na relação jurídica?

De acordo com Giuseppe Chiovenda (1969, pp. 15-10) são atos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual.

Através da evolução tecnológica o Poder Judiciário pôde atualizar seus procedimentos, garantindo maior celeridade e uma redução considerável do uso do papel. Mas estes fatos adentraram a realidade jurídica há poucos anos, antigamente os processos eram manuscritos e os autos judiciais confeccionadas manualmente.

A partir de 1991, com o advento da Lei do Inquilinato n° 8.245, que trouxe previsões acerca das citações via *fac-smile*, diversas outras normas foram surgindo para fomentar o uso da tecnologia nos processos, como a Lei 9.800 de 1999 que, de fato, disciplinou o uso de comunicação de dados e imagens tipo *fac-smile*. Vale ressaltar que esta lei não foi revogada com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015. Contudo, a jurisprudência da época resistia ao uso destes meios para a prática de atos processuais devido à dificuldade da verificação de autenticidade.

Nesse sentido, foi criada, em 2001, a Infraestrutura de Chaves Pública do Brasil (ICP BRASIL), pela Medida Provisória 2.200, que regulamentou a assinatura e o certificado digital por meio da emissão dos mesmos mediante chaves públicas, isto é, há uma chave privada de domínio exclusivo do titular do certificado digital, garantindo segurança e veracidade.

Após dois anos, em 2003, surge à primeira experiência de implantação do processo eletrônico no Brasil. O eproc, como é chamado, surgiu no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), mas se restringia aos Juizados Especiais Federais. Após evoluções deste sistema, hoje ele é usado em “todas as matérias e graus de jurisdição, da primeira instância ao tribunal”, de acordo com o site oficial do TRF4. Não atoa, o tribunal foi considerado o mais informatizado do Brasil, de acordo com a 13ª edição do “Justiça em Números”, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2017. Obtendo um índice de 96,8% dos casos novos tramitando em meio digital pelo eproc.

Vale ressaltar que, em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, acrescentou-se o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição cidadã. Este inciso é um marco principiológico ao processo judicial e administrativo, pois garantiu a razoável duração do processo, assim como os meios para garantir a celeridade de sua tramitação. Por consequência, estes princípios se difundiram por todo o Poder Judiciário e, por isso, a constitucionalização do processo é um fato tão importante para a garantia dos direitos fundamentais de todo cidadão.

O ano de 2006 pode ser considerado um marco para a regulação do processo eletrônico. Tem-se a promulgação da Lei nº 11.280 que acrescentou o parágrafo único no artigo 154 no Código de Processo Civil de 1973, permitindo que os tribunais disciplinassem a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

Posteriormente, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 541 do antigo Código processual, através da Lei nº 11.341/2006, que finalmente possibilitou a utilização de jurisprudência adquirida via internet. Prática que, além de possibilitar uma maior coerência nos julgamentos, facilitou o trabalho dos advogados.

Finalmente, no final de 2006, a Lei 11.419 normatizou a implantação do processo judicial eletrônico para as justiças civil, penal, trabalhista e nos juizados especiais; como dito anteriormente. Esta lei é considerada um verdadeiro marco no uso de tecnologias no âmbito do direito processual.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) *o processo eletrônico é um avanço porque elimina atos humanos custosos, tanto em termos de esforço, temporais, como de custo.*

Para garantir uma maior segurança jurídica a lei prevê que a prática de todos os atos processuais por meio eletrônico deverão ser admitidos por

assinatura eletrônica através de um credenciamento prévio do Poder Judiciário, como consta no art. 2º da lei supracitada. A assinatura eletrônica também poderá ocorrer por certificado digital através da Infraestrutura de Chaves Pública do Brasil (ICP BRASIL).

A parte que trata especificamente da comunicação dos atos processuais se encontra no capítulo dois da Lei 11.419, o qual disciplina em seu artigo 4º a possibilidade dos Tribunais criarem Diário da Justiça eletrônico. Os artigos 5º e 6º tratam da intimação e citação por meio eletrônico, respectivamente. Podemos perceber que o legislador buscou garantir uma maior celeridade através das inovações tecnológicas sem deixar de lado a rigidez burocrática de alguns institutos, a qual, na medida certa, garante a aplicação dos princípios basilares do processo, como a necessidade do cumprimento de prazos, o credenciamento, a assinatura digital, entre outros.

Visando regulamentar a Lei 11.419, o CNJ, por meio da Resolução 185 de 2013, instituiu a ferramenta computacional de Processo Judicial Eletrônico – PJe.

Cabe ressaltar que o novo Código de Processo Civil, incorporando a validade da Lei 11.419, disciplina os atos processuais eletrônicos nos artigos 193 a 199. Garantindo pleno acesso e participação das partes e de seus procuradores, gratuidade, acessibilidade, entre outras coisas.

De acordo com o artigo 5º da Lei Federal 11.419/2006 combinado com o artigo 19, da Resolução CNJ 185/2013, os atos processuais serão comunicados por meio eletrônico através de uma remessa de correspondência via e-mail do advogado que se manifestar favorável a este serviço e, além disso, os atos processuais deverão estar disponibilizados no painel de consulta do PJe. Por outro lado, o artigo 205, § 3 do novo CPC, diz que estes atos deverão ser publicados, também, via Diário da Justiça Eletrônico.

De acordo com o artigo 196 do Código Processual Civil, a regulamentação da prática e comunicação dos atos processuais por meio eletrônico cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Deste modo, Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 511) afirma que *a intenção do legislador, e também do Conselho Nacional de Justiça, é uniformizar o processo digital, estabelecendo um sistema nacional (...)*.

Em 2016, por meio da Resolução nº 234, o CNJ instituiu o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN). Esta resolução estabeleceu a cria-

ção da Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário, a qual será o local de recebimento das comunicações dos atos processuais pelo próprio destinatário, mediante cadastro obrigatório de todos os entes da federação, entidades da administração indireta e empresas públicas e privadas, com exceção das microempresas e empresas de pequeno porte (Art. 8, §1, da Resolução n° 234 do CNJ). Deste modo, o princípio da publicidade foi garantido ao concentrar os atos processuais em um local de fácil acesso e disponível para qualquer pessoa.

O Supremo Tribunal Federal (STF), mediante o artigo 22 da resolução supracitada, não sofrerá os efeitos da mesma. Isto é, o processo eletrônico do STF, atualmente, está regulado pela Resolução 427 de 2010, que instituiu o e-STF como meio eletrônico de tramitação de processos judiciais.

Assim, percebe-se o quanto a inovação tecnológica aprimorou as instituições do Poder Judiciário; favorecendo não apenas esta em si, mas os próprios litigantes, procuradores e qualquer outra parte que se encontre no processo.

De acordo com Sérgio Renato Tejada, Juiz federal no Rio Grande do Sul e ex-secretário-geral do CNJ *o maior beneficiado do processo eletrônico foi o cidadão*. E ainda relata que *em levantamento realizado, o CNJ concluiu que 70% do tempo gasto com o processo tradicional se referem a atos meramente burocráticos e ordinatórios e que não conduzem ao objeto do processo, que é a prestação jurisdicional* (TEJADA, 2011).

Percebe-se, portanto, que a utilização de meios eletrônicos para a comunicação de atos processuais evita a prolongação processual por mera burocracia. Contudo, a utilização do aplicativo WhatsApp para a realização destes atos ainda não possui previsão normativa e há diversas convergências doutrinárias.

Gabriel Consigliero Lessa, juiz da comarca de Piracanjuba, passou a utilizar o WhatsApp para a comunicação de atos processuais e, segundo ele, houve uma *redução dos custos e do período de trâmite processual*.

Esta prática teve fundamento na Portaria n°1 de 2015 do Juizado Especial Cível e Criminal de Piracanjuba em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil da mesma cidade, mas a corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) proibiu a utilização do aplicativo alegando uma possível redução da força de trabalho do tribunal, falta de regulamentação

legal, ausência de sanções mediante descumprimento da intimação, entre outras coisas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, contestou a decisão da corregedoria, argumentando que a regulamentação para o uso do aplicativo detalhava todos os procedimentos necessários, além de estabelecer regras bem definidas, e, portanto, *aprovou por unanimidade a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações em todo o Judiciário.*

Posteriormente, diversos Tribunais passaram a regulamentar o uso deste aplicativo, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

Por conseguinte, em 2019, durante a 6ª Sessão Ordinária, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aprovou proposta de resolução que regulamenta o uso do WhatsApp ou recurso tecnológico similar para comunicação de intimações no âmbito do Conselho e do Ministério Público brasileiro.

Vale salientar que, segundo a resolução aprovada pelo CNMP, a comunicação de atos processuais pelo WhatsApp se restringe a intimação das partes que, voluntariamente, expressaram assentimento. Além disso, a intimação só produzirá efeitos quando o destinatário confirmar o recebimento em até três dias. Caso não o faça, deverão ser adotadas as formas convencionais de comunicação processual.

Por outro lado, a Portaria nº 01 de 2015, elaborada pelo Juizado Especial Cível e Criminal de Piracanjuba, estabelece que a confirmação do recebimento da intimação deva ocorrer no mesmo dia do envio, caso não aconteça, parte-se para as vias convencionais.

Há um projeto de lei que tramita (PLS nº 176/2018)¹⁰⁶, atualmente, no Senado Federal, cuja proposta é exatamente modificar o Código de Processo Civil de 2015 para permitir expressamente o envio de intimações mediante aplicativos.

Ao consultar o conteúdo do citado projeto de lei, verifica-se que com a modificação do CPC as intimações das partes do processo judicial poderão ser feitas por meio de aplicativos quando os números forem fornecidos pelo juízo.

106 Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever a intimação eletrônica por meio de aplicativo de mensagens multiplataforma.

De acordo com o texto desse projeto de lei a intimação só será considerada cumprida quando o intimado responder a mensagem, em até 24 horas, devendo confirmar o seu recebimento; e caso não haja a confirmação do recebimento dentro do prazo, será preciso realizar a intimação padrão.

Na justificativa do projeto de lei, Tasso Jereissati, autor desse projeto, defende a necessidade de alteração do CPC/2015, apesar desse meio de comunicação já ter sido aprovado pelo CNJ como vimos; ao afirmar que *a previsão legal revela-se, nesse momento, essencial para que a prática possa ser disseminada no país com segurança jurídica e o Poder Judiciário possa utilizar a tecnologia disponível e popularizada para a maior eficiência na prestação jurisdicional.*

Destaca-se que através da última consulta no portal do Senado Federal, dia 29.07.2019, a projeto se encontrava aprovado pela CCJ da Câmara dos Deputados aguardando parecer do relator da comissão.

Portanto, percebe-se que não há, ainda, uma unificação nacional quanto ao procedimento de uso do WhatsApp, ficando a decisão exclusiva para os diversos Tribunais, fato que deve ser regulamentado de forma consoante, garantindo conformidade e segurança processual para as partes e para o próprio Juízo.

Mas, apesar disso, a evolução tecnológica do processo judicial eletrônico é notória, assim como a incessante busca de ferramentas que possam garantir à celeridade processual, a eficiência, a publicidade, um processo justo e efetivo, a duração razoável do processo, entre outros princípios processuais que, segundo Humberto Theodoro, são o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas.

II - Análise de portarias que regulam o uso do WhatsApp

Este capítulo irá se basear nas portarias de alguns dos diversos Tribunais de Justiça que adotaram esta prática após o CNJ permitir a comunicação do ato processual de intimação via WhatsApp.

O excesso de plataformas de processo eletrônico é um dos entraves para a advocacia no Brasil, além de dificultar a efetiva comunicação dos atos processuais. Cita-se como exemplo desta inconsistência de plataformas, os Tribunais Regionais Federais, dos quais, apenas o TRF-1 e o TRF-5 se utilizam de um mesmo software, o e-proc.

Assim, entra-se em uma discussão acerca da necessidade – ou não – de haver uma sistematização e unificação dessas plataformas de tramitação do processo eletrônico. De fato, uma unificação facilitaria os trâmites burocráticos das partes do processo, no entanto, geraria certo prejuízo para aqueles tribunais que já se assentaram por definitivo em uma plataforma específica, além de negar as particularidades de cada um.

Nesse contexto, enquanto não há uma efetiva unificação dessas plataformas, os tribunais de justiça procuram facilitar e inovar seus procedimentos de comunicação processual, visando à eficiência e, principalmente, a celeridade judicial. De acordo com o levantamento feito pelo CNJ e publicado no site da Associação de Advogados de São Paulo (AASP): “sete meses após o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovar a utilização do WhatsApp como ferramenta para intimações em todo o Judiciário, o aplicativo já é usado por magistrados de pelo menos onze Tribunais de Justiça (TJs)”.

Fernanda Dias Xavier, titular do Juizado Especial Cível de Planaltina, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), consultou a Corregedoria e passou a utilizar o aplicativo de mensagens como projeto piloto, em outubro de 2015. Após verificarem um sucesso de 98% das intimações, a ideia se difundiu para outros Juizados Especiais e Varas de Família, como o de Sobradinho.

A medida foi institucionalizada apenas em julho de 2016, através da Portaria Conjunta 54 de 13 de julho, revogada, posteriormente, pela Portaria Conjunta 67 do mesmo ano, a qual incide no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública da Justiça do Distrito Federal.

Esta portaria institui “o procedimento de intimação via aplicativo de mensagens WhatsApp ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas previamente autorizado” (Art. 1º, Portaria Conjunta 67, 2016). Isto é, percebe-se que a inovação não se limita apenas ao uso do WhatsApp, mas a qualquer outro meio idôneo de intimação, como é positivado no artigo 19 da Lei nº 9.099 de 1995.

Para se garantir a segurança jurídica, essas portarias estabelecem diversos procedimentos que devem ser seguidos. De acordo com a Portaria Conjunta 67, os aparelhos celulares de uso da serventia terão finalidade exclusiva para este uso (Art. 2º).

Visando a celeridade da prestação jurisdicional, mas sem deixar de lado a efetividade da tecnicidade processual, a adesão ao procedimento de intimação é voluntária, devendo ser feita mediante preenchimento de um documento que será entregue pela serventia (Art. 3º). Neste documento o aderente declarará que possui o aplicativo WhatsApp instalado em seu aparelho celular e que manterá ativa a opção de confirmação da leitura, assim, a parte será considerada intimada no momento em que o ícone do aplicativo confirmar a leitura (Art. 5º).

Deve se ter ressalvas por este meio de confirmação de leitura, pois a realidade cotidiana do uso do aplicativo pelas pessoas não se limita ao uso deste apenas pelo dono do celular, assim, bastaria abrir a conversa para que a parte fosse considerada intimada.

De acordo com o Projeto de Lei do Senado nº 176 de 2018, citado anteriormente, “a intimação será considerada cumprida se houver confirmação de recebimento da mensagem por meio de resposta do intimando no prazo de vinte e quatro horas de seu envio” (Art. 270-A, § 1º). Esta medida simples, porém eficaz, propicia uma maior segurança por parte dos aderentes a este serviço de intimação.

Fora isso, a portaria estipula, também, que o TJDFT, em hipótese alguma, se utilizará do aplicativo para solicitar qualquer tipo de dados ou documentos pessoais (Art. 3º, IV). Ou seja, este não seria um meio para andamento processual, apenas um procedimento prático e eficaz de se realizar a intimação das partes. Por este motivo, as dúvidas referentes à intimação deverão ser sanadas no cartório da serventia que expediu o ato (Art. 4º).

Em entrevista concedida para o site Consultor Jurídico, a Juíza Fernanda Xavier, responsável pelo projeto piloto no Juizado Especial Cível de Planaltina, ressalta que *em audiência, é até muito comum que as partes perguntem se vão receber as decisões e sentenças pelo aplicativo e se mostram satisfeitas quando a resposta é afirmativa.* (XAVIER, 2018).

Devido ao sucesso apresentado, o uso do aplicativo passou a ser autorizado para intimação das vítimas de violência doméstica, de acordo com a Portaria Conjunta 78 de setembro de 2016. Posteriormente, introduziu-se, também, na Coordenadoria de Conciliação de Precatórios – COORPRE e nos Juizados Especiais Criminais do TJDFT, através das Portarias GC 156 e GPR 2266, respectivamente.

O juiz Edilson Chaves de Freitas, titular da Comarca de Pau dos Ferros, do Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública (TJRN), que abrange sete municípios, percebeu que há sérias dificuldades para promover uma efetiva comunicação processual para as partes, principalmente no que diz respeito à intimação tradicional, via Correios ou oficial de justiça.

Assim, tendo como exemplo de sucesso o caso do TJDF, o juiz realizou um estudo acerca da legalidade das intimações via aplicativos de mensagem, como o WhatsApp; a luz do Código de Processo Civil e as resoluções do CNJ. Chegou à conclusão de que este procedimento seria benéfico para a celeridade, economia e custo processual, e, principalmente, para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional.

Posteriormente, editou-se a Portaria conjunta n° 19/2016-TJ de 29 de novembro de 2016, que regula e “institui, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, o procedimento de intimação das partes mediante a utilização do aplicativo de mensagens WhatsApp ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas (...)”.

Vale ressaltar, desde já, que, por se tratar de um projeto-piloto, esta implantação ficou restrita aos Juizados das Comarcas de João Câmara, Caicó, Macaíba, Mossoró e Pau dos Ferros (Art. 7° da Portaria Conjunta n° 19/2016). Posteriormente, outras comarcas passaram a aderir o WhatsApp como ferramenta para intimação, por exemplo, a Comarca de Jardim de Piranhas, no âmbito do Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública, por meio da Portaria n° 01 de 13 de fevereiro de 2017.

Grande parte das portarias que instituem a utilização do aplicativo de mensagens WhatsApp como procedimento de intimação, se limita aos Juizados Especiais, isso porque, de acordo com a Lei n° 9.099, de 1995, artigo 2°: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Além disso, no artigo 19, está descrito que: “as intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.”

Esta lei supracitada dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, portanto, percebe-se que o WhatsApp atende aos requisitos básicos para sua implantação nesses Juizados, justamente pelo fato de se exigir a

simplicidade, celeridade e, principalmente, a informalidade; garantindo a efetiva tutela jurisdicional.

Além dessas, existem vários outros exemplos – todos de sucesso – do uso do aplicativo de mensagens para fins de comunicação processual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), no Juizado Especial da comarca de Lages, por exemplo, houve um aumento de 70% do número de comparecimento em audiências, por meio da Resolução Conjunta GP/CGJ n° 6 de 2017. Para não ficarmos apenas na tecnicidade, cito a fala *ipsis literis* do professor Claudeci Rodrigues: “Não costumo retornar ligações. Quando identifiquei que a notificação vinha do Fórum, vi que era algo sério e respondi na hora. Achei muito interessante essa forma de comunicar” (Assessoria de Imprensa do TJ/Lages).

Esta medida não beneficia apenas as instituições jurídicas, mas as próprias pessoas que necessitam desta para resolverem suas lides. De acordo com o inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são asseguradas a celeridade e razoável duração do processo, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. Por isso, a defesa deste procedimento de intimação não visa apenas à informatização do Poder Judiciário, mas, também, a plena concretização dos princípios que regem o processo.

As instituições jurídicas foram perdendo sua rigidez desnecessária e passaram a, de fato, prezar pela essência da resolução de conflitos. A segurança jurídica não deve ser tratada pelos operadores de direito como algo intrínseco a intransigência dogmática processual, por mais que esta auxilie aquela. Isto é, os institutos devem se desenvolver de forma que possibilitem uma prestação jurisdicional cada vez mais célere e eficaz. A burocracia dogmática não deve ser vista, por outro lado, apenas como um empecilho positivado, pois, de fato, sua incidência é importante, mas não ao ponto de propiciar uma inflexibilidade que simplesmente dificulta a tutela adequada a ser exercida pelo Poder Judiciário.

III - O WhatsApp como meio de comunicação processual

Com tudo o que foi exposto até aqui podemos notar que, de fato, o processo eletrônico não apenas facilitou o dia a dia dos serventuários da

justiça, mas abriu espaço para o desenvolver de outros mecanismos, os quais, em conjunto com a inovação tecnológica, propiciam uma justiça cada vez mais célere e eficaz para os litigantes.

Assim, o WhatsApp como meio de comunicação processual tem se mostrado exemplar nos Juizados Especiais. No entanto, resta nos saber se este procedimento está adequado com o direito posto.

Todas as portarias aludidas possuem semelhanças, isto, pois devem seguir as normatizações estabelecidas pela Lei n° 11.419 de 2006, que regula o processo eletrônico, as disposições da Lei n° 9.099 de 1995, quando de Juizados Especiais, além da Resolução 234 de 2016 do CNJ. No entanto, isso não limita as possíveis divergências em cada portaria e, por este motivo, a intimação das partes mediante aplicativo de mensagens WhatsApp deveria ser inserido no Código Processual através do Projeto de Lei do Senado n° 176 de 2018, garantindo sua disseminação por todos os Tribunais do país.

Partindo de uma análise dogmática, nota-se que não há qualquer impedimento para a prática de comunicação processual via aplicativo de mensagens. Pelo contrário, o WhatsApp se encaixa perfeitamente nos dispositivos desta lei.

O § 5° do artigo 5°, dispõe que *nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.*

O termo “urgência”, utilizado neste dispositivo, visa resguardar os trâmites legais dos procedimentos de comunicação processual, no entanto, vários Juizados Especiais, por meio de portarias dos Tribunais de Justiça, estão adotando os trâmites da intimação via WhatsApp.

Além disso, as inovações não devem ser limitadas por um dogmatismo extremamente legalista, principalmente quando propiciam – após análise empírica – resultados satisfatórios.

Por vezes, o legislador não consegue suprir as lacunas do direito e, principalmente, acompanhar as necessidades da realidade judicial. Deste modo, Guilherme Rizzo Amaral (2015, p. 298) ressalta que *dada a especificidade das regras que tratam da prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e, em especial, dados os constantes avanços da tecnologia da in-*

formação, não seria adequado regulamentar na lei processual os modos específicos de comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico.

De fato essas medidas engessariam o avanço tecnológico nos Tribunais, mas, por outro lado, tipificar mecanismos inovadores de comunicação processual no próprio Código de Processo Civil – respeitando, também, a competência do CNJ em regulamentar os avanços tecnológicos – ajudaria na disseminação de boas práticas por todo o Poder Judiciário.

Da mesma forma que os incisos I e II do artigo 1º, § 2º, da Lei nº 11.419, conceituam meio eletrônico e transmissão eletrônica, os incisos I e II do artigo 4º da Resolução 234 do CNJ, o fazem da mesma forma, ressaltando a adequação do elucidado.

Visando efetivar os princípios constitucionais da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, inciso LXXVIII, CF), o Código processual tipificou em seu artigo 277 que: “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Portanto, por mais que os estudiosos não cheguem a um consenso acerca da validade do uso do Whatsapp como meio de comunicação processual, a prática, até o momento, tem se mostrado positiva para o cenário jurídico.

IV - Considerações Finais

Esse fenômeno denominado avanço tecnológico como pôde-se retratar não nos permite o retrocesso, e a atual sistemática do processo judicial está a cada dia mais vinculada a esse avanço e aos meios eletrônicos.

Tudo que é novo gera temores, e com essa temática não será diferente; isso por que jamais se alcançará a certeza de que o processo eletrônico e as comunicações dos atos processuais por vias alternativas darão a mesma segurança jurídica que a forma tradicional.

Em razão disso o Estado deve ficar atento às inovações, e buscar através do poder legislativo e do poder judiciário priorizar a tecnologia em prol da efetiva prestação jurisdicional. De sorte que o Poder Legislativo tem o munus de elaborar as normas processuais priorizando as inovações tecnológicas, enquanto que o Poder Judiciário tem o dever de perseguir constantemente a aplicação da lei ao caso concreto de acordo com as ne-

cessidades de cada caso, observando sempre a proporcionalidade e razoabilidade, atendendo, assim, aos anseios da sociedade que vem se tornando cada dia mais digital.

V - Referências bibliográficas

AASP. CNJ – Juízes usam WhatsApp para auxiliar atos processuais em 11 estados. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/noticias/cnj-juizes-usam-whatsapp-para-auxiliar-atos-processuais-em-11-estados/>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BANDEIRA, Regina. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Agência*. **WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 176, de 2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132896>>. Acesso em 05 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**.

BRASIL. **Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999**.

BRASIL. **Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2016**.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3º ed, São Paulo: Saraiva, 1969, V. III, n. 289, pp. 15-16.

CNMP regulamenta o uso do Whatsapp para comunicação de intimações do CNMP e do MP. Disponível em: <<http://www>.

cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12082-cnmp-regulamenta-o-uso-do-whatsapp-para-comunicacao-de-intimacoes-do-cnmp-e-do-mp>. Acesso em 28 de agosto de 2019.

CNJ. Resolução CNJ n° 234 de 13 de julho de 2016. Institui o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), a Plataforma de Comunicações Processuais (Domicílio Eletrônico) e a Plataforma de Editais do Poder Judiciário, para os efeitos da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e dá outras providências.

CNJ. Resolução n° 185 de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

Consultor Jurídico (CONJUR). **11 tribunais de Justiça já usam o WhatsApp para envio de intimações.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-31/11-tribunais-justica-usam-whatsapp-envio-intimacoes>>. Acesso em 02 de julho de 2019.

Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Norte. **Whatsapp agiliza intimação judicial em Pau dos Ferros, interior do RN.** Disponível em: <<https://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/noticias/645-whatsapp-agiliza-intimacao-judicial-em-pau-dos-ferros-interior-do-rn>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

FREIRE, Tatiane. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Comunicação de atos processuais por meio eletrônico começa a ser implementada.** Disponível em: <<https://201.49.153.215/noticias/cnj/84495-comunicacao-de-atos-processuais-por-meio-eletronico-comeca-a-ser-implementada>>. Acesso em 21 de agosto de 2019.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **Maior beneficiado do processo eletrônico é o cidadão.** Revista Consultor Jurídico. 16 de janeiro de 2011.

NEVES, Assumpção, D. A. **Novo CPC - Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015**, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: MÉTODO, 2016.

PJSC. **Intimações pelo WhatsApp ampliam em 70% comparecimento a audiências do JE de Lages.** Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/intimacoes-pelo-whatsapp-ampliam-em-70-comparecimento-a-audiencias-do-je-de-lages>>. Acesso em 02 de julho de 2019.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais_salvador.html>.

STF. **Resolução nº 427, de 20 de abril de 2010.**

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 59ª ed. Rio de Janeiro: ed Forense ltda, 2018.

TJDFT. **Portaria Conjunta 67 de 08 de agosto de 2016.** Institui, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o procedimento de intimação de partes mediante a utilização do aplicativo de mensagens Whatsapp ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas, e dá outras providências.

TJRN. **Portaria Conjunta nº 19 de 29 de novembro de 2016.** Institui, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, o procedimento de intimação de partes mediante a utilização do aplicativo de mensagens Whatsapp ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas, e dá outras providências.

TRF4. **Eproc:** processo eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região completa cinco anos. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10500>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

TRF4. **Justiça em Números:** TRF4 é o mais informatizado dos tribunais federais. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/controla>

[dor.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13127>](#). Acesso em 15 de agosto de 2019.

TJRN. **Portaria n° 01 de 13 de fevereiro de 2017**. Institui, no âmbito do Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública da Comarca de Jardim de Piranhas, Estado do Rio Grande do Norte, o procedimento de intimação das partes mediante a utilização do aplicativo de mensagens WhatsApp e dá outras providências.

RESUMOS

A CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Gabriela Almeida Marcon Nora

O mercado imobiliário possui importância notável para a economia e a vida das pessoas. A incorporação imobiliária constitui-se em negócio complexo que surge da necessidade social de fomentar a atividade de construção de unidades habitacionais e mesmo comerciais. O processo de busca por espaços cada vez mais escassos em centros urbanos após os fenômenos da revolução industrial e do êxodo rural fomentaram o crescimento das edificações verticais de forma acelerada, quer para o melhor aproveitamento dos terrenos quer para produção em escala (CAHLHUB, 2000).

Uma das finalidades do instituto da incorporação imobiliária, que é regida pelo Título II da Lei n. 4.591/61, é, justamente, viabilizar a venda antecipada de unidades autônomas, sustentando-se pela confiança e pela boa-fé contratual.

A Lei n. 13.786 de 27 de dezembro de 2018 promoveu alterações nas leis 4.561/64 e 6.766/79 para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano.

Dentre as alterações promovidas pela nova legislação temos a positivação da chamada cláusula de tolerância, que nada mais é do que a previsão contratual de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra.

É certo, porém, que a entrega do imóvel não pode ultrapassar 180 dias da data estipulada para o término da obra e, em qualquer caso, o consumidor deve ser notificado da necessidade do uso da cláusula pela empresa responsável pela construção da obra e da justificativa para a ampliação do prazo. Por intermédio de pesquisa bibliográfica, documentos jurisprudenciais e exame da legislação de regência, objetiva-se neste artigo, argumentativo, de raciocínio indutivo-dedutivo, analisar as alterações promovidas pela Lei n. 13.786 de 2018 no tocante à cláusula de tolerância nos contratos imobiliários no contexto jurídico pátrio.

A Lei n. 13.786/2018 introduziu no bojo da Lei de Incorporações o artigo 43-A e seus parágrafos, prevendo que a entrega do imóvel em até cento e oitenta dias corridos da data estipulada contratualmente como prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, destacadamente, não causará à resolução do contrato pelo adquirente nem ensejará o pagamento de penalidades pelo incorporador.

Por si só, referida cláusula, para efeitos da mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, razão pela qual não compromete o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Isto não significa que há um salvo conduto para a prorrogação indefinida do prazo de entrega com base nestes argumentos (CAHLHUB, 2004).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda após o esgotamento do período de prorrogação, é cabível a condenação por lucros cessantes, sendo presumido o prejuízo do promissário comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Quando exceder ao limite de tolerância, o atraso na entrega da unidade acarreta perdas e danos, independentemente de a unidade ser destinada para uso próprio ou para locação.

Antes mesmo da recente alteração legislativa que positivou a validade de pactuação da cláusula de tolerância, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, em âmbito jurisprudencial, a disposição contratual era legítima. A lei 13.786/2018 é importante, pois termina a discussão acerca da validade da cláusula de tolerância, já amplamente utilizada há anos nos contratos de vendas de imóveis. A discussão atual limita-se a extensão e aos efeitos da superação do prazo máximo aceitável contratualmente.

Sugere-se que pesquisas futuras investiguem a tese sustentada pelos adquirentes de imóvel em juízo, no sentido de que a mesma sanção moratória imposta ao comprador nos contratos imobiliários deveria ser aplicada ao incorporador, nas hipóteses de atraso na entrega, em homenagem ao princípio da isonomia contratual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nos 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm>. Acesso em 23 jan. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos. Renovar. Rio de Janeiro. 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). Questões controvertidas no novo Código Civil. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2004. p.457.

TECNOLOGIA: SINÔNIMO DE TRANSPARÊNCIA E DESBUROCRATIZAÇÃO

Maria Lucia De Barros Rodrigues

“A reforma estrutural deve ser a primeira linha de defesa no combate à corrupção. Se um programa não serve ao seu público, os gargalos criarão oportunidades para o processo corrupto.” Susan Rose-Ackerman

INTRODUÇÃO

Problema mundial, a corrupção existe desde tempos remotos sendo citada em vários trechos da Bíblia, tais como Êxodo, 23:8; Deuteronômio, 16:19; Provérbios, 17:23; e Isaías, 1:21-23. No Brasil, a corrupção é histórica, sendo detectada desde os tempos coloniais. Segundo Custódio:

“Grosso modo, ‘corromper’ é influenciar a conduta de alguém por meio da oferta de vantagem ou de recompensa, com vistas a obter desse sujeito dada prestação indevida, de interesse do próprio agente corruptor ou de terceiro.” (SANTOS, BERTONCINI, CUSTODIO, 2015, p.17).

Infelizmente no Brasil o combate à corrupção ainda não tem sido eficiente, mas não decorre por falta de legislação. Lidar com as forças dos agentes da corrupção é uma tarefa árdua e deve ser tratada com severidade, senão continuaremos enxugando gelo. Se não houver reformas, o sistema corrupto vai continuar se retroalimentando e pior, daqui a vinte anos estaremos combatendo um cenário bem mais corrupto que o atual, pois os agentes corruptores e corrompidos terão se sofisticado em burlar

a legislação e escapar da prisão. Haverá o chamado efeito rebote, como aconteceu na Itália da época da Mani Pulite, que não aprovou as reformas políticas, administrativas e de endurecimento da legislação e o sistema italiano se aperfeiçoou em corrupção.

O combate à corrupção tem sido nos últimos tempos uma questão de tal envergadura que a Transparência Internacional -TI- tem atuado de forma pontual nos 168 países onde marca presença desde 1993, quando foi criada.

As recomendações da T.I. mostram que o Brasil ainda tem muito por fazer especialmente diante da turbulência política em que o país se encontra, com denúncias que atingem praticamente todos os partidos, fragilizando a crença popular nas instituições públicas.

1. Sistema Nacional Anticorrupção

Não há no Brasil, um órgão que se dedique com exclusividade ao combate à corrupção. Talvez, mais próximo, tenha sido a antiga Controladoria Geral da União, CGU, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle.

A partir de pesquisa teórica e de estudos de casos concretos sugeriu-se, por via deste estudo, a criação do Sistema Nacional Anticorrupção, adaptado do sistema criado no México, como meio de combate às modalidades de lavagem de dinheiro mais usuais, a saber, através de bens móveis e imóveis.

2. Evasão de divisas e ocultação de patrimônio

Evasão de divisas e ocultação de patrimônio manifestam-se, de forma mais comum, através de bens móveis e imóveis, embora o delito se manifeste de diversas maneiras.

Dessa forma, apresentamos uma proposta de criação de um Sistema Nacional Anticorrupção-SNA, como no México: Sistema Nacional Anticorrupção.

Vejamos o aludido sistema implementado no México.

Em 27 de maio de 2015, com a reforma constitucional, foi criado o Sistema Nacional Anticorrupção (“SNA”) como instância de coordenação entre autoridades de todos os órgãos governamentais.

Assim, através dessa ação, o governo mexicano reafirmou seu compromisso com a prevenção e combate à corrupção, transparência e prestação de contas.

Pela primeira vez em sua história, o México conjugou os esforços da sociedade civil, da academia, do setor privado e os legisladores, resultando na criação do SNA.

O SNA estabelece as bases de coordenação em nível federal, assim como as características do Sistema Nacional de Fiscalização e da Plataforma Digital Nacional.

Estabelece as responsabilidades administrativas e as obrigações dos servidores públicos e o objetivo principal do SNA é de fortalecer a Auditoria Superior da Federação para o combate à corrupção.

Foi criado, também, um Tribunal Federal de Justiça Fiscal e Administrativa, órgão jurisdicional com autonomia para emitir pareceres e com jurisdição plena.

Há também, um órgão específico de combate à corrupção e, ainda, foram feitas reformas do Código Penal Federal, similares à proposta do Ministério Público Federal, intitulada “10 Medidas”.

Como pilares, o SNA tem por filosofia ser presidido por cidadãos e servir aos cidadãos, criando instituições fortes e autônomas para prevenir e punir a corrupção.

O SNA coordena atores sociais e as autoridades dos diferentes órgãos governamentais para coibir, investigar e punir atos de corrupção.

Há um Comitê coordenador, administrado por um cidadão, sendo composto por um Comitê de Participação Cidadã, cuja composição é feita por cinco membros, acadêmicos reconhecidos.

São os meios de controle do SNA: a Plataforma Digital Nacional; Sistema Nacional de Servidores Públicos e Particulares sancionados; Sistema Nacional de Fiscalização e as chamadas Normas de conduta, dispostas na Lei Geral de Responsabilidades Administrativas.

3. A proposta, no Brasil

Fazendo-se uma adaptação desse modelo para a criação de um SNA brasileiro, acrescentaríamos ao modelo mexicano, os seguintes órgãos:

CENSEC- Centro Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados; SREI- Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis e o IPHAN- Cadastro Nacional de Negociantes de Antiguidades e Obras de Arte-CNART.

Subordinado ao SNA, de forma mais direta, vem o COAF- Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Há outros órgãos na estrutura do SNA, também de controle e intercâmbio de informações relevantes: Conselho Nacional do Ministério Público; Polícia Federal; Banco Central-Bacen; Comissão de Valores Mobiliários-CVM; Secretaria da Receita Federal; SINTER- Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais; Advocacia Geral da União-AGU; Ordem dos Advogados do Brasil- OAB.

Todos esses órgãos são vinculados entre si, compartilhando o mesmo banco de dados e todos são subordinados ao SNA, órgão sem qualquer vínculo político-partidário e o SNA funcionaria como linha auxiliar do Conselho Nacional de Justiça, o CNJ.

Resumindo, assim como pela primeira vez em sua história, o México conjugou os esforços da sociedade civil, da academia, do setor privado e os legisladores, resultando na criação do SNA, com essa proposta, o Brasil também estará dando mais um grande passo nesse sentido.

O SNA determina as bases de coordenação em nível federal, adotando como características, o Sistema Nacional de Fiscalização e a Plataforma Digital Nacional.

Estabelece as responsabilidades administrativas e as obrigações dos servidores públicos e o objetivo principal do SNA é de fortalecer a Auditoria Superior da Federação para o combate à corrupção, instituindo as responsabilidades administrativas e as obrigações dos servidores públicos.

Como meios de controle do SNA temos: a Plataforma Digital Nacional; Sistema Nacional de Servidores Públicos e Particulares sancionados; Sistema Nacional de Fiscalização e as chamadas Normas de conduta, dispostas na Lei Geral de Responsabilidades Administrativas, que seria equivalente à nossa Lei Anticorrupção, a Lei n 12.846 de 1 de agosto de 2013.

Varas especializadas em crimes financeiros e afins, bem como reformas da legislação, tais como a proposta do Ministério Público Federal, intitulada “10 Medidas” e o fortalecimento de instituições, como por exemplo, a Transparência e Controladoria Geral da União- CGU, que

mantém um banco de informações denominado CNEP- Cadastro Nacional de Empresas Punidas, criado pelo art 22 da Lei Anticorrupção. As Câmaras Anticorrupção do Ministério Público Federal também seriam grandes aliadas nesse novo cenário que está se desenhando no Brasil.

Como várias vezes dissemos, corrupção se combate com inteligência e tecnologia.

4. Organograma SNA modelo brasileiro

Para melhor compreensão do leitor, segue um organograma da proposta do Sistema Nacional Anticorrupção brasileiro, cuja finalidade precípua é coordenar atores sociais e as autoridades dos diferentes órgãos governamentais para coibir, investigar e punir atos de corrupção.

CONCLUSÃO:

O presente trabalho finaliza-se com a apresentação da proposta de criação de um Sistema Nacional Anticorrupção- SNA, como no México: Sistema Nacional Anticorrupção.

Acreditamos que este seja o momento de criação e inovação, tendo em vista que todos nós estamos empenhados na busca de um mesmo objetivo.

Assim, muito mais grandioso é o desejo de ver um Brasil melhor, livre dessas amarras da corrupção, que minam a nossa credibilidade enquanto país, nos atrasando o desenvolvimento além de ser um crime de proporções indescritíveis.

Dessa forma, ao imprimir rigor ético ao comportamento social e aperfeiçoamento de Políticas Públicas que tratam de ações nas três esferas, podemos começar a pensar em soluções para o desenvolvimento e o consequente exercício da cidadania.

AGRADECIMENTOS:

Conselho de Altos Estudos em Direito- CAED-JUS; AMBRA College

REFERÊNCIAS:

- ACKERMAN, Susan Rose. A consequência do suborno é prejudicar a operação lícita. Disponível em <<http://g1.globo.com/globo-news/milenio/videos/v/milenio-a-consequenciado-suborno-e-prejudicar-a-operacao-licita-susan-rose-ackerman/4981824/>>. Acessado em 11-07-2019.
- CORREIA, Alessandra. Como os EUA viraram o jogo contra a corrupção. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_eua_corrupcao_historico_fd Acessado em 11-07-2019.
- SANTOS, José Anacleto Abduch, BERTONCINI, Mateus e CUSTODIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013- Lei Anti-corrupcao. 2ª edição. São Paulo: RT, 2015.

A GESTÃO HÍDRICA NAS CIDADES INTELIGENTES: O ACESSO À ÁGUA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Vivian Rodrigues Madeira Da Costa

Diogo Luiz Chagas Santos

O modelo de gestão das cidades através da implementação de tecnologias e da promoção de mudanças na estrutura funcional urbana originou o termo cidade inteligente. Através deste novo modelo, há a preocupação pela melhora na prestação dos serviços e no uso dos recursos, de maneira a estabelecer uma dinâmica de desenvolvimento sustentável, num cenário em que os direitos humanos sejam efetivados.

Com efeito, há a necessidade de se repensar a cidade, através de modelos de governabilidade sustentáveis e efetivamente inteligentes, i. e., eficientes e com o uso benéfico das tecnologias disponíveis, a serviço da efetiva promoção dos direitos fundamentais. Um dos maiores desafios contemporâneos é justamente a gestão dos centros urbanos, os quais experimentam um considerável crescimento demográfico.

Assim, há necessidade de mudança nos programas públicos e na planificação estratégica, para que esta seja efetivamente coordenada e transdisciplinar e inclua os conceitos de integração e de urbanização inteligente. Neste modelo, o ser humano está em plena evidencia e é o foco a partir do qual se regulam as dinâmicas e políticas públicas, de maneira que cada direito humano e fundamental seja efetivado. Dessa maneira, o núcleo

urbano pode se tornar um lugar mais funcional e democrático, pensado a serviço do próprio cidadão.

Neste âmbito, em relação com a planificação urbana e o uso dos recursos, a gestão hídrica possui um lugar de destaque, a partir do momento em que o acesso à água, bem como ao saneamento básico, é um direito essencialmente humano, sem o qual nenhum ser humano pode de fato viver e se desenvolver.

Assim, pode-se considerar o acesso adequado à água e ao saneamento, o que representa a necessária existência de um modelo eficaz de aproveitamento, tratamento e distribuição deste recurso, como corolário lógico dos direitos fundamentais, pois é um pressuposto básico da própria sobrevivência e requisito, portanto, para o desenvolvimento dos demais direitos.

Com efeito, o acesso ao saneamento básico e à água potável é um direito humano essencial, fundamental e universal, indispensável à vida digna e, inclusive, reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como “condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos” (Resolução 64/A/RES/64/292, de 28.07.2010), como ressalta Barbalho Maia (2017, p. 303).

Sobre este recurso fundamental, sabe-se que de todo o percentual de água do planeta, apenas aproximadamente 2,5% corresponde às reservas de água doce. Esta porção está distribuída entre as águas subterrâneas, os rios, os lagos, as calotas polares, etc. Dessa maneira, a quantidade de água doce disponível no mundo não é tão alta, se considerada proporcionalmente e, portanto, a situação é alarmante, visto que além da pouca disponibilidade, há uma distribuição irregular e desigual (EOS CONSULTORES, 2017).

Neste aspecto, o Brasil se encontra em uma situação cômoda em relação aos outros países, já que dispõe de 12 a 15% de toda água doce disponível no planeta, aproximadamente. Ainda assim, o país sofre com a distribuição de água em seu território, que é também irregular. A região norte do país, com menor taxa demográfica dispõe de 80% dos recursos hídricos totais, enquanto que a região sudeste, com maior densidade demográfica, dispõe de apenas 6% deste total (EOS CONSULTORES, 2017).

Ainda sobre o caso do Brasil, o crescimento demográfico repentino das grandes cidades provocou graves problemas hídricos, justamen-

te pela falta de planejamento e de uma gestão eficiente nas cidades. Como exemplo, pode-se citar a mescla de águas residuais, cinzas e negras, com águas pluviais e seu posterior despejo nos rios e lagos sem tratamento, tão frequente nos grandes centros urbanos, como Rio de Janeiro e São Paulo.

A identificação da falta de tratamento das águas residuais e a ausência de uma rede adequada de saneamento básico indicam que o sistema de uma cidade não funciona. Como direito básico fundamental à saúde humana, uma cidade necessita dispor de um tratamento e distribuição adequados, que seja respeitoso tanto com o meio-ambiente, sem gerar danos, como para os seres humanos, favorecendo a melhora da qualidade de vida e saúde da população.

Há tecnologia disponível para que o tratamento das águas seja melhor e de maneira menos agressiva tanto ao meio-ambiente como aos cidadãos. E, em relação à gestão hídrica, o simples uso de tecnologia para a identificação rápida de vazamentos nas tubulações, além da possível detecção com antecedência de picos de consumo agudos já podem significar uma grande mudança no uso e na distribuição eficaz deste recurso vital que é a água, por exemplo.

Mas, essa é, inevitavelmente, uma questão de vontade política e é necessário que a própria sociedade civil, através do debate e do acesso à informação, possa conscientizar-se de que a água é um direito essencial. Com efeito, no cenário brasileiro é possível que o acesso à água potável seja formalmente inserido no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, através da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 4/2018.

Urge implementar uma gestão pública sustentável e, neste contexto, reconhecer a água como direito humano e fundamental é importante para que a gestão hídrica seja tratada com a relevância a que faz jus. O modelo das cidades inteligentes pode contribuir consideravelmente para essa mudança na gestão urbana, a partir do momento em que traz mecanismos de funcionamento e uma série de implementações tecnológicas capazes de tornarem as cidades mais eficientes, adequadas e, portanto, mais inclusivas e efetivos espaços democráticos de prevalência dos direitos humanos.

Referências Bibliográficas:

BARBALHO MAIA, Ivan Luis. O acesso à água potável como direito humano fundamental no Direito brasileiro. Revista do CEPEJ, Salvador, vol. 20, pp 301-338, jul-dez 2017.

EOS CONSULTORES. (23 de Maio de 2017). Descubra qual é a situação da água no Brasil. Disponível em: <https://www.eosconsultores.com.br/descubra-qual-a-situacao-da-agua-no-brasil/>. Consultado em: 15 de Agosto de 2019.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição 4/2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>. Consultado em: 15 de Agosto de 2019.

DIREITO PRIVADO
CONTEMPORÂNEO (2ª edição)

Arthur Bezerra de Souza Junior,
Daniel Machado Gomes, Josanne Façanha e
Leonardo Rabelo de Matos da Silva

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2020