

# REVISTA JURÍDICA DA FA7

*FA7LAWREVIEW*

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito  
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XIX	n. 3	set./dez.	2022	157 p.
-----------	--------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.19, n. 3 (set./dez. 2022) — Fortaleza: UNI7, 2022 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

## **Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review**

### **Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro**

[periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/](http://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/) | [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br)

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

#### **Editor-Chefe**

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Editor-Adjunto**

Prof. Dr. Ramon de Vasconcelos Negócio

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján

Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero

Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eliane Moreira

UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti

Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati

UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Maria de Moraes Leal

UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Laura Souza Lima e Brito  
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liziane Paixão Silva Oliveira  
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz  
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María José Bravo Bosch  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Vital da Rocha  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior  
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosângela Lunardelli Cavallazzi  
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tarin Cristino Frota Mont'Alverne  
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

## **Centro Universitário 7 de Setembro**

### **Campus Água Fria**

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

### **Campus Imperador**

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

---

### **Reitor**

Ednilton Gomes de Soárez

### **Vice-Reitor**

Ednilo Gomes de Soárez

### **Pró-Reitor Acadêmico**

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

### **Secretária Geral**

Fani Weinschenker de Soárez

### **Coordenadora do Curso de Direito**

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Vital da Rocha

### **Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias



# Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo oitavo em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

*Editor-Chefe*



# Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br).

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.



# Sumário

**Revista Jurídica da FA7**

*FA7 Law Review*

v. XIX, n. 3, set./dez. 2022

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

## **SMART CONTRACTS: UMA REFLEXÃO DA TECNOLOGIA À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL / SOLIDÁRIA DA EMPRESA**

Marcos Vinícius de Jesus Miotto ..... 13

Valter Moura do Carmo ..... 13

*Smart contracts: a reflection on technology in the light of the company's social/solidary function*

## **BLOCKCHAIN E OS ATIVOS DIGITAIS EM JOGOS**

Rodrigo Almeida Magalhães..... **Erro! Indicador não definido.**

Laiane Maris Caetano Fantini ..... **Erro! Indicador não definido.**

*Blockchain and the digital assets in games*

## **INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES NA SOCIEDADE INTERNACIONAL CAPITALISTA NEOLIBERAL E A CRISE DOS ESTADOS**

Paulo Klein Junior..... **Erro! Indicador não definido.**

Luiz Geraldo do Carmo Soares ..... **Erro! Indicador não definido.**

*State intervention and the protection of workers' rights in the neoliberal capitalist international society and the crisis of the states*

## **EMPRESAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA COMPLEXA RELAÇÃO ANALISADA PELO VIÉS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

Daniel Francisco Nagao Menezes ..... 75

*Companies and fundamental rights: a complex relation analyzed by the vies of freedom of information*

## **INTERAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Thaina Mendonça ..... 87

Marcus Geandré Nakano Ramiro ..... 87

*Essential interactions between human dignity and personality rights*

**A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS BRASILEIROS SOBRE PAPEL DAS DIRETIVAS ANTECIPADA DE VONTADE PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE**

Jonas de Souza Oliveira ..... 101  
Ruan Didier Bruzaca ..... 101

*The interpretation of brazilian state courts of justice about the role of anticipated will directives for preserving the autonomy of the patient*

**MÉTODO APAC: A EDUCAÇÃO COMO CAMINHO PARA A RESTAURAÇÃO DA PESSOA NO SISTEMA PRISIONAL**

Horácio Wanderlei Rodrigues ..... 119  
Gilmar Siqueira ..... 119  
Amerita de Lázara Menegucci Geronimo ..... 119

*APAC method: education as a form to the restoration of the person in the prison system*

**LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE MEDICAMENTOS NA PANDEMIA DE COVID-19: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA LAW AND ECONOMICS**

Oksandro Osdival Gonçalves ..... 133  
Thiago Barcik Lucas de Oliveira ..... 133

*Compulsory drug licensing in the COVID-19 pandemic: an approach from law and economics*

**ADMITE-SE A EXCLUSÃO NEGOCIAL DO DIREITO DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE CONCORRER À HERANÇA?**

Maria Vital da Rocha ..... 151  
Davi Guimarães Mendes ..... 151

*Is the negotiable exclusion of the right of spouses and partners to compete for the inheritance allowed?*

**A PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E CHINA**

Cynthia Maria Fontenelle ..... 171  
Fábio Campelo Conrado de Holanda ..... 171  
Tiago Seixas Themudo ..... 171

*Data protection in consumer relations: comparative analysis between Brazil and China*

# SMART CONTRACTS: UMA REFLEXÃO DA TECNOLOGIA À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL / SOLIDÁRIA DA EMPRESA

**Marcos Vinícius de Jesus Miotto**

Universidade de Marília (UNIMAR), São Paulo.  
marcosmiotto@hotmail.com

**Valter Moura do Carmo**

Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), Rio Grande do Norte.  
vmcarmo86@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo reflete a importância das novas tecnologias, com enfoque nos *smart contracts*, desenvolvidos a partir da tecnologia *Blockchain*, para o exercício da atividade empresarial na atualidade. O estudo se justifica diante da necessidade em se verificar a contribuição dos *smart contracts*, considerando seus aspectos práticos, para o cumprimento da função social/solidária da empresa. Para tanto, o método de pesquisa empregado foi o dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográfica. Nessa perspectiva, em um primeiro momento, o artigo aborda a evolução do Direito Empresarial, da Empresa e de sua função social/solidária. Posteriormente, a pesquisa se debruça nas novas tecnologias, com destaque para os *smart contracts*, refletindo suas vantagens e desvantagens. Por derradeiro, como resultado da pesquisa realizada, conclui-se que o uso de *smart contracts* contribui para o cumprimento de função social/solidária da empresa, na medida em que promove maior precisão e transparência, reduzindo os riscos de erros e inadimplência na execução dos contratos.

**Palavras-chave:** Novas tecnologias. *Smart contracts*. Empresa. Função social. Função solidária.

*Smart contracts: a reflection on technology in the light of the company's social/solidary function*

**Abstract:** This article reflects on the importance of new technologies, with a focus on smart contracts, developed from Blockchain technology, for the exercise of corporate activity today. The study is justified in view of the need to verify the contribution of smart contracts, considering their practical aspects in order to fulfill the company's social/solidary function. For that, we used the dialectic research method, with bibliographic research. In this perspective, at first, the article addresses the evolution of Corporate Law, the Company and its social/solidary function. Subsequently, the research focuses on new technologies, with an emphasis on smart contracts, reflecting on their advantages and disadvantages. Finally, as a result of the research, we conclude that the use of smart contracts contributes to the fulfillment of the company's social/solidary function, as it promotes greater precision and transparency, by reducing the risks of errors and defaults in the execution of the contracts.

**Keywords:** New Technologies. Smart Contracts. Company. Social Function. Solidary Function.

## INTRODUÇÃO

A empresa, por estar relacionada com o direito de propriedade, deve cumprir com a função social, que se caracteriza, no texto constitucional, como direito fundamental e princípio geral

da Ordem Econômica. Não obstante, há, ainda, a função solidária, verificada quando houver uma contribuição, de forma valorosa, para uma sociedade melhor.

Todavia, apesar de a atuação da empresa dever estar voltada para o cumprimento desses princípios, concomitantemente, precisa garantir sua manutenção no mercado, o que exige, atualmente, o acompanhamento da evolução tecnológica. Nesse sentido, uma inovação que ganhou destaque é o uso da tecnologia *blockchain* nos *smart contracts*.

É nesse contexto que surge a problemática ora abordada, consistente na verificação da possibilidade de, por meio da introdução dessa inovação tecnológica no exercício das atividades empresariais, dar efetividade ao cumprimento da função social/solidária da empresa e permitir seu funcionamento e concorrência com os demais competidores no mercado.

A relevância e justificativa para a abordagem realizada se relacionam, principalmente, à atualidade do tema e ao crescente desenvolvimento de novas tecnologias e necessidade de adaptação das empresas para a manutenção da atividade desenvolvida. Pretende-se, dessa forma, contribuir com a doutrina e fomentar mais discussões envolvendo o assunto.

Não obstante, deve-se refletir sobre o contexto da atividade empresarial, os impactos advindos das novas tecnologias, a atuação da empresa, considerando os princípios existentes no ordenamento brasileiro, destacando-se sua função social/solidária.

Assim, este artigo possui como objetivo geral a verificação do atendimento da função social/solidária da empresa por meio da utilização das novas tecnologias, tendo como enfoque principal o uso da tecnologia *blockchain* nos *smart contracts*.

Como objetivos específicos, procura-se compreender a evolução e o significado da função social/solidária da empresa, refletir sobre as contribuições dos *smart contracts* para a atividade empresarial, explanar acerca da tecnologia *blockchain* e examinar alguns usos dessas ferramentas, com destaque para seus reflexos na função social/solidária da empresa.

Com isso, este trabalho é fracionado em tópicos basilares. Com o propósito de proporcionar uma base teórica para a elucidação do problema proposto, no primeiro tópico é abordada a definição de empresa, a evolução dessa concepção, seus elementos e principais finalidades, bem como um panorama da função social/solidária.

Por sua vez, no segundo tópico, o estudo se debruça na questão da inovação e no desenvolvimento das novas tecnologias, com destaque para os *smart contracts*, oportunidade em que se elucida seu conceito, sua relação com a ferramenta *blockchain*, e suas principais contribuições para o exercício da atividade econômica.

Por fim, no terceiro e último tópico, discorre-se sobre os principais impactos e alguns exemplos de utilização dos *smart contracts*, refletindo sobre os aspectos práticos envolvendo esse instrumento e a forma pela qual pode ser utilizado como mecanismo de atendimento da função social/solidária da empresa.

Para tanto, a fim de concretizar os objetivos propostos neste artigo, foram realizadas pesquisas e revisão bibliográfica, com a utilização do método dedutivo, partindo de argumentos gerais para argumentos particulares (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2019), pois se objetivou traçar um paralelo entre as funções social e solidária, confrontando perspectivas complementares sobre o papel da empresa na sociedade.

A proposta, nesse contexto, é promover uma reflexão específica sobre a aplicabilidade prática dos *smart contracts* em relação ao cumprimento da função social/solidária da empresa,

tendo como base as premissas gerais sobre referidos princípios e exercício da atividade econômica no mercado.

Não obstante, buscou-se realizar uma investigação sobre os aspectos positivos e negativos das novas tecnologias, tendo por escopo os *smart contracts*, para, ao final, refletir sobre sua aplicabilidade prática em relação ao cumprimento da função social/solidária da empresa.

## **1. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO E A DELIMITAÇÃO DA EMPRESA E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL/SOLIDÁRIA**

Preliminarmente, é importante tecer considerações sobre o significado da empresa e o contexto em que se insere sua função social/solidária, o que exige, também, um panorama acerca da evolução do Direito Comercial/Empresarial.

### **1.1. A evolução do Direito Comercial / Empresarial e do conceito de Empresa**

De início, o Direito Comercial nasceu com o objetivo de regulamentar a atividade dos mercadores, que efetuavam trocas diretas de mercadorias e se organizavam com o propósito de favorecer a própria classe. Os mercadores criavam as próprias regras, que eram pautadas nos costumes, e se organizavam em associações e corporações (PEREIRA, 2010, p. 11).

O direito consuetudinário era a base do sistema, diante da inexistência de um processo formal de elaboração das leis. Os costumes e as tradições, transmitidas por meio da oralidade, regravam os comportamentos dos agentes de mercado, e o mecanismo de trocas diretas era a principal forma de aquisição dos produtos, prevalecendo o interesse mercantil.

Nesse período, o caráter subjetivista marcou as relações comerciais e o estabelecimento das regras de proteção aos mercadores. Isso porque a organização em associações ou corporações determinava a aplicação do Direito Comercial aos seus membros, de modo que as regras apenas incidiam aos respectivos mercadores filiados (RAMOS, 2017, p. 3).

Todavia, com a evolução das relações sociais, associadas à reivindicação do Estado em relação à jurisdição, essa teoria, de caráter eminentemente subjetivo, tornou-se imprecisa e incapaz de reger o comportamento dos agentes, ensejando a necessidade de sua reformulação.

Santiago e Medeiros (2017, p. 109) apontam que, com o Código Civil Napoleônico de 1804 e o Código Comercial, notou-se que o direito não poderia ficar circunscrito à pessoa do comerciante, pois também deveria considerar o exercício da atividade comercial. Surgiu, com isso, a Teoria dos Atos do Comércio.

Houve, com a Teoria dos Atos do Comércio, a substituição de uma visão subjetiva para uma perspectiva de objetivação do Direito Comercial. Os atos de comércio, e não mais a pessoa do mercador, passaram a ser a diretriz para a incidência das regras do Direito Comercial.

Porém, mesmo assim, essa teoria não considerava todas as possibilidades de atos a serem praticados, pois era limitada àqueles definidos na lei. Outrossim, a dinamicidade das relações sociais fez com que houvesse a renovação dos atos diante da modernidade e dos novos costumes adotados. Foi nesse contexto que surgiu a Teoria da Empresa (PEREIRA, 2010, p. 13).

De acordo com Santiago e Medeiros (2017, p. 109), a Teoria da Empresa, cujo marco é a unificação dos Códigos Civil e Comercial italianos, em 1942, ampliou o conceito de empresa e

a possibilidade de sua adaptação às novas realidades, pois passou a englobar a organização dos meios de produção, serviços, capital e trabalho.

É nítido, portanto, que a regulamentação das atividades econômicas foi deixando de favorecer os mercadores/capitalistas em detrimento da população, ou seja, a evolução do Direito Comercial/Empresarial implicou, também, uma evolução e atuação da empresa para uma maior preocupação com a sociedade, isto é, para quem a atividade é exercida.

Nesse prisma, a empresa deve ser compreendida como uma organização da natureza, do capital, do trabalho e da tecnologia, que constituem os fatores de produção. Daí sua inserção na Ordem Econômica como o agente responsável pela organização da atividade e gestão das propriedades.

A empresa é uma atividade econômica organizada, que assume a função de agente econômico no mercado, na medida em que há produção e circulação de bens ou prestação de serviços, imprescindível para a manutenção da forma de produção capitalista (MATIAS; NOGUEIRA, 2018, p. 116).

Nota-se que a organização da atividade econômica, ou dos fatores de produção, é um elemento em comum nas duas definições apresentadas. De fato, a empresa necessita dessa organização para alocar, de forma eficiente, o capital, a natureza, o trabalho e a tecnologia, na produção/circulação de bens ou prestação de serviços.

Não obstante, Diniz (2018, p. 390-393) ainda leciona que se trata de uma atividade econômica, pois o objetivo de seu exercício é a obtenção de lucro, como fim ou como meio, havendo o elemento da onerosidade. O exercício da empresa pressupõe o retorno econômico-financeiro pela articulação dos fatores de produção, com profissionalismo ou habitualidade.

Em síntese, é possível estabelecer como elementos basilares integradores da concepção de empresa a profissionalidade, a economicidade e a organização. Isso significa que o exercício da atividade econômica, pelo empresário, ocorre habitualmente, com o intuito de lucro, por meio da articulação da natureza, capital, trabalho e tecnologia, que constituem os fatores de produção.

Segundo Almeida (2003, p. 143), com o Estado Liberal, buscou-se assegurar a liberdade e a legalidade. A empresa, nesse contexto, considerando o modelo capitalista, foi concebida para a produção e transformação de bens e mercadorias, com uma atuação voltada na procura pelo mercado e pelos lucros, sem qualquer compromisso com o interesse social/solidário.

Entretanto, o cumprimento das funções social/solidária passou a ser exigência constitucional e da sociedade, de modo que a atuação da empresa precisou ser adaptada para o cumprimento de referidos princípios. Dessa forma, para entender o papel da empresa na sociedade, é preciso compreender em que consiste sua função social/solidária.

## **1.2. As funções social / solidária como princípios da atividade empresarial**

As funções social/solidária da empresa são diretrizes que devem nortear a atividade empresarial, pois são princípios e, com isso, integram o Direito. Nesse sentido, os princípios são elementos do Direito, de valor genérico e que direcionam a interpretação do sistema, a fim de promover a aplicação e integração das demais regras e normas.

De fato, os princípios estruturam e tornam coeso o sistema jurídico, na medida em que funcionam como alicerces que determinam o sentido e a aplicação das normas jurídicas. São, em outras palavras, vetores da exegese das expressões jurídicas (PETTER, 2008, p. 208).

Com isso, a importância dos princípios na interpretação das normas e subsunção aos casos concretos é inquestionável. De fato, todas as normas, mesmo que com elevado grau de clareza, exigem interpretação, isto é, a descoberta de seu sentido e alcance, conferindo aplicabilidade e correspondência às necessidades atuais.

Uma das principais características dos princípios é a abstração, já que são mais elásticos e funcionam, dessa forma, como guia para a aplicação das regras e das normas na sociedade. Diante dessa elasticidade, é possível dizer, então, que há vários níveis de respeito ou de desrespeito aos princípios, que nem por isso deixam de possuir teor deontico.

Historicamente, Cavalcante (2020, p. 98) informa que, enquanto princípio, a função social da propriedade foi lançada, em 1911, por Léon Duguit, que recebeu inspiração dos postulados de Augusto Comte. Já em 1917 e 1919, os limites à propriedade privada foram impostos, respectivamente, pelas Constituições do México e de Weimar.

Cavalcante (2020, p. 99) ainda ressalta que, no Brasil, a Constituição de 1934 trouxe a previsão do direito à propriedade privada, limitando seu exercício ao interesse coletivo. No mesmo sentido, a Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social. Além disso, a expressão “função social da propriedade” foi adotada pela Constituição de 1967.

Por sua vez, Cardoso e Carmo (2017, p. 147) anotam que, com a Constituição de 1988, houve uma redefinição da função social, uma vez que o texto constitucional, ao assegurar os direitos de propriedade e liberdade de iniciativa, exige sua observância enquanto princípio.

Denota-se, portanto, como bem apontado por Pessoa (2010, p. 66-67), que a função social foi uma conquista popular, que se deu mediante protestos, guerras e revoluções, os quais permitiram, paulatinamente, o reconhecimento de direitos sociais, culminando na própria releitura da propriedade.

A par de sua previsão em diversas outras Constituições, a função social da propriedade é, na atual Constituição, um direito fundamental e princípio geral da atividade econômica, conforme disposição dos artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III. Entretanto, esses dispositivos não tratam, especificamente, da empresa, mas sim, de uma forma geral, da propriedade.

Por isso, o reconhecimento da função social da empresa não se deve pelo fato de estar expressamente positivado no ordenamento jurídico, mas por interpretação sistemática. A função social da empresa se relaciona com a circulação de riqueza, da qual se extrai a noção de propriedade. Assim, sendo a propriedade uma riqueza, esta circula através de um contrato, o qual, por sua vez, é celebrado pelas pessoas jurídicas, isto é, pelas empresas.

Partilhando a mesma perspectiva, Almeida (2003, p. 147) ressalta que a Constituição Federal trouxe a exigência do atendimento da função social para vários institutos jurídicos e, conforme se depreende da leitura de seu texto, a empresa não foi excluída desse rol, uma vez que se trata de um ente responsável pela operacionalização do mercado.

Em síntese, sendo a propriedade funcionalizada, como parte integrante da cadeia, todos os demais elementos – contrato e empresa – também são, por consequência, funcionalizados. Outrossim, a interpretação conjunta entre a Constituição Federal, o Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações permitem concluir pela existência da função social da empresa.

Com efeito, o artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações estabelece, explicitamente, o dever da companhia em atender a função social. Também, o artigo 154, do mesmo diploma normativo, prevê que o administrador deve atuar para a consecução dos interesses da companhia, exigências do bem público e da função social da empresa (BRASIL, 1976).

O empresário, em decorrência da função social da empresa, deve, por exemplo, ao desenvolver a atividade, atuar a serviço do interesse coletivo, com o prevalectimento da livre concorrência, ausência de abuso econômico, respeito aos direitos do consumidor, diminuição das desigualdades e assistencialismo aos empregados (DINIZ, 2018, p. 394).

É por essa razão que Almeida (2003, p. 144) sustenta que houve a necessidade de ampliação das responsabilidades sociais da empresa e comprometimento com a função social, inclusive como requisito para sua manutenção. Ferreira (2004, p. 49) também sinaliza que a função social conduz à responsabilidade social e satisfação dos interesses coletivos.

Podemos considerar a função social da empresa como uma espécie de conceito aberto, mas que, por certo, possui limitações. Essas limitações se refletem nas próprias dimensões dos direitos fundamentais, com base nos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade.

As responsabilidades assumidas pela empresa, enquanto atividade econômica organizada, exercida com habitualidade, para a produção de bens e prestação de serviços, devem se basear na concretização dos interesses coletivos e das necessidades humanas, promovendo o desenvolvimento social e econômico para as presentes e futuras gerações.

Para Santiago e Medeiros (2017, p. 111), a função social da empresa implica o dever do Estado de demarcar o individualismo e os interesses coletivos, contrapondo-os no sentido de que estes últimos prevaleçam. Também, segundo Matias e Nogueira (2018, p. 117), atualmente, o formato da atividade empresarial possui como pressuposto o alcance de interesses que extrapolam os interesses privados dos sócios.

Complementando, não se pode olvidar que o exercício de uma atividade econômica se dá em razão da procura pelo lucro. Uma empresa sem rentabilidade não se mantém no mercado, por não ser economicamente viável para o empresário. Assim, o Estado, ao impor o atendimento da função social, não procura extirpar a lucratividade, mas apenas garantir que os interesses coletivos prevaleçam e que não ocorram abusos do poder econômico e violações de direitos.

A propriedade, e aqui se enquadra a figura da empresa, não é um direito ilimitado, e a livre iniciativa possui um valor social. Como as empresas estão relacionadas à propriedade e constituem o instrumento para o exercício da atividade econômica, é possível inferir que devem cumprir a função social.

Cardoso e Carmo (2017, p. 145) ainda ressaltam que as empresas possuem responsabilidades, e o exercício dessa atividade exige o respeito e a busca pela efetivação do interesse público, que deve, também, constituir sua finalidade, pois, com a função social, deve-se buscar a concretização da existência digna humana, nos moldes da justiça social.

Mas, afinal, quando se pode considerar que uma empresa cumpre com esse princípio? Ou, em termos mais específicos, o que se entende pela satisfação dos interesses coletivos?

Discorrendo sobre a incidência e a efetivação da função social da empresa, Cavalcante (2020, p. 103) afirma que seu cumprimento apenas ocorre quando há satisfação das necessidades coletivas, da justiça social e realização de uma atividade útil e produtiva, com respeito às questões trabalhistas, ambientais, sociais, econômicas, consumeristas etc.

Cardoso e Carmo (2017, p. 147) sintetizam essa perspectiva ao lecionarem que a função social da empresa é um dever social de harmonização entre os interesses privados e coletivos, ainda que, no fundo, a empresa almeje a obtenção de lucro, sem o qual se sujeitaria à falência.

Apesar da subjetividade característica da expressão “interesse coletivo” ou “necessidades coletivas”, a interseção entre esses posicionamentos sinaliza o que prevalece nas concepções sobre a temática.

A sociedade anseia pelo cumprimento dos direitos trabalhistas, com respeito à dignidade da pessoa humana, condições adequadas de labor, salários que proporcionem a aquisição dos itens para a subsistência própria e familiar e outras condições à promoção dos direitos humanos.

Outrossim, a necessidade de observância das questões e problemas ambientais é outra exigência a ser observada. Isso se intensificou nos últimos anos, quando da constatação dos níveis de degradação ambiental provocada por grandes empresas e exploração de matérias-primas e de recursos naturais, provocando a extinção ou ameaça de extinção de espécies.

Agrega-se a essa circunstância a nocividade da emissão de gases poluentes, típicos de atividades industriais e automação, acentuadas nas últimas décadas, com consequências negativas para o efeito estufa e camada de ozônio. A renovação atmosférica não acompanha o ritmo dessas atividades, resultando em uma redução na quantidade de gás oxigênio disponível.

Outro fator para o cumprimento da função social diz respeito à efetivação dos direitos dos consumidores. Apesar de o lucro ser, em regra, o objetivo da exploração da atividade, a empresa não pode atuar com práticas abusivas, eliminação da concorrência, estabelecimento de monopólio não natural, elevação dos preços e redução da qualidade ofertada.

Enfim, as empresas não devem provocar prejuízos e violar os interesses da coletividade, uma vez que estes possuem supremacia em relação aos interesses daquela. Deve haver, nesse sentido, o comprometimento para proporcionar, simultaneamente, o crescimento econômico e a qualidade social (SANTIAGO; MEDEIROS, 2017, p. 112).

É notória a importância do cumprimento da função social pela empresa na atualidade, inclusive por constituir mandamento constitucional. Logo, é razoável que aqueles que não observem esse preceito sofram as devidas punições, inclusive a obstaculização do exercício da atividade econômica, tendo em vista que esta é, direta ou indiretamente, prestada à coletividade.

É, também, do atendimento da função social que surge a noção da função solidária. Se a função social deve ser encarada, em termos gerais, como o cumprimento do disposto na lei e atendimento do interesse coletivo, quando a empresa contribuir de forma valorosa para uma sociedade melhor, estará concretizando o que se denomina de solidariedade social.

A propósito, a matriz da solidariedade social também está insculpida na própria Constituição Federal de 1988, quando esta consagra, em seu artigo 3º, inciso I, que um dos objetos fundamentais da República é a construção de “[...] uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

Quando a empresa atuar além de atender ao interesse coletivo, caracterizando um comportamento voltado para a função social, estará, de fato, atendendo ao princípio da função solidária e, por consequência, à solidariedade social. Assim, pode-se citar, como exemplo, o caso de uma empresa poluidora que, mesmo cumprindo todas as exigências impostas pela lei, adota medidas para a redução da degradação ambiental, restaurando, por exemplo, áreas verdes.

Nota-se que a ideia de função solidária está estreitamente relacionada com a terceira dimensão dos direitos fundamentais, relativos à fraternidade, e que buscam condições melhores para as futuras gerações. Juntas, funções social e solidária contribuem para o estabelecimento de uma sociedade digna para as gerações presente e futura.

Tal assertiva pode ser constatada quando da análise do artigo 170 da Constituição Federal, que norteia o exercício da atividade empresarial. Esse dispositivo fortalece a visão de desenvolvimento sustentável, preocupação com o interesse social, erradicação de desigualdades e concretização de uma existência digna de tal modo que caracteriza uma visão empresarial em conexão com a solidariedade social e terceira dimensão dos direitos fundamentais.

De fato, por meio da função solidária, é possível lançar um olhar prospectivo para as gerações futuras, garantindo que possam desfrutar de condições que lhes proporcionem uma vida digna, pautada nos ditames da justiça social. Há um dever ético e moral, insculpido na dimensão da fraternidade, das presentes gerações para com as gerações sucessoras.

É, inclusive, aqui que ganham relevância as discussões acerca da implementação de novas tecnologias. Afinal, espera-se que o desenvolvimento dessas, em regra, promovam o atendimento das exigências da sociedade, trazendo melhor conforto, qualidade e segurança nas atividades humanas, contribuindo para um presente e um futuro melhores.

Por esse ângulo, o próximo tópico abordará a utilização dessas inovações, tendo como plano a tecnologia *Blockchain* nos *smart contracts*, a fim de, em seguida, verificar se, com eles, há atendimento das funções social/solidária pelas empresas.

## **2. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: DO *BLOCKCHAIN* AOS *SMART CONTRACTS***

Atualmente, diante da constante procura, pelo ser humano, por comodidade, segurança e praticidade, o desenvolvimento de novas tecnologias tem se destacado. Há, inclusive, por meio dessas inovações, impactos diretos nas várias dimensões dos direitos fundamentais e, por consequência, no exercício da atividade empresarial.

Tal como afirmado por Silva e Sousa (2019, p. 54), o modo de vida das pessoas é influenciado pelas tecnologias, que estão cada vez mais presentes no cotidiano. Além disso, as empresas, com a globalização, precisam competir no mercado, sendo a inovação tecnológica um dos fatores determinantes para o sucesso em relação aos competidores.

O domínio da tecnologia, portanto, constitui uma das exigências para a manutenção da atividade empresarial, pois, em um mercado baseado na livre concorrência e na livre iniciativa, tal como consagrado na Constituição, apenas as empresas que acompanharem a evolução das necessidades humanas conseguirão conquistar consumidores e se manter no mercado.

A subsistência da atividade empresarial exige, em outras palavras, a dominação das novas tecnologias pela empresa, seja para melhorar a qualidade e as condições de produção ou de prestação do serviço, seja para aperfeiçoar os bens produzidos ou serviços prestados, atendendo às novas exigências do mercado e da sociedade capitalista.

Efing e Santos (2018, p. 51) destacam que, por meio das inovações, o aprimoramento das negociações eletrônicas, por exemplo, ganhou destaque e, paulatinamente, esses negócios estão substituindo alguns métodos comerciais tradicionais. Isso traz, para o Direito, o desafio de acompanhar essa evolução, adequando-se às novas exigências e à realidade da sociedade.

Uma dessas novas tecnologias são os *smart contracts*, que surgem, nesse contexto, para aperfeiçoar a prestação dos serviços e promover maior eficiência nas atividades desempenhadas. É por isso que eles vêm ganhando cada vez mais espaço nas empresas e discussões acadêmicas.

Entretanto, a compreensão da sistemática, estrutura e funcionamento dos *smart contracts* exige, antes, uma abordagem sobre o *blockchain*, pois, tal como ressaltado por Gomes (2018, p. 41), eles são a maneira mais avançada do uso dessa tecnologia. Trata-se de uma metodologia usualmente empregada para entender essas ferramentas e que será aqui adotada.

Divino (2018, p. 2776) leciona que, anteriormente à invenção do *blockchain* com a criptomoeda *bitcoin*, em 2008, a autenticação e veracidade das atividades desenvolvidas pela internet somente ocorriam por meio da figura de uma entidade centralizada. Dessa forma, a tecnologia *blockchain*, por meio de algoritmos executados em um *hardware*, obriga uma informação a percorrer toda a internet a fim de que se torne mais transparente.

Ferreira, Pinto e Santos (2017, p. 108) informam que, desenvolvido inicialmente para a *bitcoin* para o pagamento digital, o *blockchain*, considerado uma tecnologia que permite gerenciar dados por meio de transações descentralizadas, pode e tem sido adotado por diversos outros serviços e indústrias que procuram segurança, anonimato e integridade de dados.

Com o *blockchain*, a verificação da informação lançada é facilitada, tendo em vista a cooperação existente entre os usuários da rede de computadores descentralizada, o que proporciona mais segurança e integridade no tratamento dos dados. É inquestionável, portanto, seu potencial inovador em relação à autenticidade e verificação das informações armazenadas.

Isso ocorre porque, segundo Petroni e Gonçalves (2018, p. 24), através do *blockchain*, as transações são gravadas, de forma permanente, e apenas poderão sofrer atualizações de forma sequencial, ou seja, sem a possibilidade de serem posteriormente apagadas por usuários, o que proporciona a criação de um rastro histórico em que cada participante é dono do bloco gerado.

Sugestivo na nomenclatura, o *blockchain* é, de fato, uma cadeia de blocos, onde são registradas as informações com base em uma sequência que considera o histórico de cada transação, o que confere ao sistema maior autenticidade e segurança no tratamento dos dados.

Por isso, de acordo com Gil e Limón (2018, p. 29), o *Blockchain* pode ser considerado “[...] como el registro de todas las transacciones validadas agrupadas en bloques, cada una criptográficamente vinculada con las transacciones predecesoras hasta el bloque de génesis”.

No mercado tradicional, por exemplo, as transações possuem sua segurança e validade asseguradas por um terceiro que, normalmente, é uma instituição bancária. Assim, segundo Rocha, Pereira e Bragança Júnior (2018, p. 38), com o *blockchain* foi possível a eliminação desse agente, descentralizando-se a atividade e proporcionando a execução de operações financeiras sem custos e burocracias.

A expansão dessa tecnologia tem sido acentuada em razão destas vantagens, notadamente diante da segurança, confiabilidade e previsibilidade no tratamento de dados e informações. Nos vários modelos de negócios, e nas diversas áreas, inclusive do Direito Empresarial, o uso do *blockchain* tem proporcionado melhorias na realização das atividades.

Petroni e Gonçalves (2018, p. 26) também compartilham esse entendimento quando sustentam que “Todos os direitos podem ser rastreados e negociados em uma rede com o *blockchain*, reduzindo os custos de risco, cortes ou todos os custos operacionais”. Também, Lima, Hitomi e Oliveira (2018, p. 6) aduzem que seu uso pode ocorrer desde ambientes corporativos até nos contratos inteligentes.

Com efeito, uma das possíveis utilizações do *blockchain* é para a celebração de *smart contracts*, e isso tem se destacado no campo empresarial, principalmente por constituir um sistema de armazenamento de dados. Também conhecidos como contratos inteligentes, os *smart*

*contracts* permitem, por exemplo, a descentralização e a redução dos custos de transação envolvidos nas contratações.

Não é fácil a tarefa de formulação de uma definição para o termo *smart contracts*, mas é possível, a partir de uma reflexão dos conceitos existentes, a extração de algumas características comuns para se buscar um denominador e estabelecer seus elementos e principais aspectos práticos.

Com esse intento, Gomes (2018, p. 42) assevera que a noção de contratos inteligentes data de mais de 2000 anos e diz respeito a uma máquina dispensadora automática de água benta, fabricada pelo matemático Heron de Alexandria para os templos do Egito, constituída por um engenho através do qual a inserção de moedas criava condições para a abertura de uma comporta quando alcançado um determinado peso.

Desde a antiguidade, a ação humana está voltada para o desenvolvimento de tecnologias e aprimoramento das atividades para facilitar os trabalhos. Ademais, nota-se que, mesmo apresentando uma funcionalidade distinta da que é usualmente empregada na atualidade, as técnicas utilizadas nessa máquina proporcionaram a base para o aperfeiçoamento da invenção.

Efing e Santos (2018, p. 54) pontuam que nos *smart contracts*, através de um programa de computador, escreve-se uma mensagem que será interpretada em outro computador e, com isso, uma tarefa é desempenhada quando ocorrida a condição pré-determinada por meio de uma codificação, impondo alterações significativas na forma de execução das avenças estabelecidas.

Apesar de guardar suas particularidades, a sistemática atual dos *smart contracts* é muito próxima daquela na qual os egípcios se valiam em suas máquinas dispensadoras automáticas de água. O principal elemento em comum é a condição previamente estabelecida, por meio de uma codificação, hoje em dia através de uma mensagem computacional, e nos tempos remotos pela inserção de moedas para a abertura da comporta.

É por isso que a definição adotada por Divino (2018, p. 2788) para *smart contracts* diz respeito à ideia de comandos escritos em linguagem algorítmica e desenvolvidos com o propósito de execução de determinados negócios jurídicos pactuados de forma prévia, armazenados em um banco de dados responsável por sua gestão automática através de softwares e hardwares, sem que, para tanto, haja a necessidade da intervenção de um terceiro.

A automação é uma das grandes procuras pelas empresas quando buscam otimizar a produção de um bem ou prestação de um serviço, conjugando os aspectos econômicos e de tempo. Essa é uma das razões pelas quais os *smart contracts* ganharam tamanha adesão, haja vista a desnecessidade da atividade humana na execução de uma simples tarefa que pode ser programada por meio de códigos e/ou algoritmos.

Efing e Santos (2018, p. 54) exemplificam os *smart contracts* ao ilustrarem os casos das máquinas de venda de refrigerantes. Os autores explicam que o contratante implementa uma condição previamente fixada ao depositar o valor na máquina, que será por ela interpretado, e esta entregará a contraprestação devida ao ejetar o produto, no caso, o refrigerante escolhido.

Por meio do estabelecimento preliminar de determinadas condições, os *smart contracts*, armazenados em uma cadeia de blocos, o *blockchain*, possuem executoriedade e aplicabilidade autônomas sempre que se verificar a condição estabelecida por meio da programação. Em termos bem simples, podemos considerar que funcionam de acordo com a premissa “Se X, então Y”.

Desta forma, para Petroni e Gonçalves (2018, p. 26), utilizando-se da tecnologia *Blockchain*, o *smart contract* é um contrato inteligente que executa uma tarefa por meio de um protocolo de consenso advindo de computadores, conectados à rede, codificando regras representadas

em linguagem computacional e realizando os termos contratuais previamente definidos, reduzindo e/ou eliminando a necessidade de terceiros intermediários.

De forma sintética e didática, Gomes (2018, p. 42) ensina que os *smart contracts* são “[...] algoritmos informáticos que executam automaticamente os termos contratuais, verificadas as condições previamente programadas”.

Portanto, depreende-se que as principais vantagens proporcionadas por essa tecnologia dizem respeito à automação das operações, com ausência de intervenção humana posterior no processo, automático cumprimento da transação, economia dos custos envolvidos e segurança proporcionada pela criptografia e armazenamento das informações em cadeias de blocos.

Araújo e Santos (2019, p. 1364-1365) destacam que há, com os *smart contracts*, um rompimento de paradigmas tanto nas estruturas do governo quanto nas estruturas das empresas e nos negócios de uma maneira geral, com a possibilidade de minoração da burocracia, custos mais baixos e solução para problemas econômicos.

Logo, por meio das novas tecnologias, observa-se a reconfiguração dos padrões usualmente estabelecidos nos mercados, dando uma nova roupagem ao Direito Empresarial, que deve se adaptar para acompanhar a dinamicidade das relações sociais. Há, de fato, a ruptura de paradigmas nas negociações e nas relações empresariais.

Todavia, apesar de tantos aspectos práticos, os *smart contracts* apresentam alguns contrapontos que precisam ser destacados. Com efeito, ressalta-se, já de plano, que a própria autoexecutoriedade a autoaplicabilidade dessa ferramenta possui um lado negativo, que se caracteriza pela imutabilidade das condições previamente estabelecidas.

Esse aspecto é destacado por Castro da Rocha e Santos da Rocha (2020, p. 119) ao aduzirem que a imutabilidade dos *smart contracts* com base na tecnologia da cadeia em blocos resulta na imunidade às mudanças supervenientes à contratação e, logicamente, o não acompanhamento da dinamicidade dos fatos, que são imprevisíveis, impedindo mudanças posteriores para o ajustamento às alterações ocorridas.

Podemos dizer, com isso, que o funcionamento dos *smart contracts* possuem como característica a irretroatividade, o que pode se tornar desvantajoso quando da ocorrência de mudanças fáticas que alterem os termos contratuais, já que esses, após a celebração e programação, ocorrem de forma automática, por meio do cumprimento dos comandos estabelecidos.

Outrossim, à luz da função social dos contratos, essa característica denota certa “[...] dificuldade frente à adoção desta tecnologia por grande parte da população aos requerimentos tradicionais do direito contratual vigente na maioria das jurisdições” (SILVA; SOUSA, 2019, p. 8).

Não obstante, deve-se destacar que, mesmo diante da segurança e da autenticidade proporcionada com o uso da cadeia de blocos, isto é, da tecnologia *blockchain*, nos *smart contracts* não ocorre a eliminação total dos riscos e dos erros, uma vez que esses podem se dar por meio do próprio programa, dos *softwares* ou da ação humana durante a programação.

Esse é o alerta feito por Silva e Pinto (2019, p. 4), para os quais, mesmo com a automação da tarefa a ser desempenhada pela máquina, por meio da interpretação da linguagem de computador, a programação depende da atuação de uma pessoa, que, como qualquer indivíduo, está sujeito a erros.

Em resumo, apesar dos diversos benefícios proporcionados, o uso do *blockchain* e dos *smart contracts* apresenta determinados aspectos que anseiam por um planejamento e pensamento reflexivo antes de sua efetiva implantação nas atividades empresariais.

Nesse cenário, é possível, diante do contexto apresentado, refletir sobre a incidência dos *smart contracts*, com a utilização do *Blockchain*, no contexto de atendimento da função social/solidária das empresas, o que constitui o objetivo específico do próximo tópico.

### **3. USOS DOS *SMART CONTRACTS* E SEUS REFLEXOS NO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL / SOLIDÁRIA DA EMPRESA**

A partir da reflexão sobre as vantagens e desvantagens que o uso da tecnologia *blockchain* confere aos *smart contracts*, bem como à luz da evolução dos conceitos de empresa e função social/solidária explicitados anteriormente, este tópico busca elucidar exemplos de utilizações dessa tecnologia e seus reflexos nas atividades empresariais.

Com efeito, as novas tecnologias, de uma maneira geral, provocam grande repercussão para os diversos ramos do Direito, especialmente para a área do Direito Empresarial, diretamente afetado pelas inovações tecnológicas (ROCHA; PEREIRA; BRAGANÇA JÚNIOR, 2018, p. 37).

Isso pode ser afirmado principalmente diante da circunstância de que o empresário, para se manter no exercício de sua atividade, precisa ter domínio da tecnologia e das inovações e novas ferramentas disponibilizadas, sob pena de ter sua atuação extirpada do mercado, haja vista a impossibilidade de concorrência com os competidores.

Nesse sentido, Boar (2018, p. 34) assevera que a iniciativa empresarial, associada à inovação tecnológica, tem proporcionado um cenário favorável na questão da concorrência, tendo em vista que novos produtos e serviços são disponibilizados nos mercados, o que fomenta a atuação dos competidores na busca de melhorias para os consumidores.

Portanto, buscando o estabelecimento de melhores condições para a oferta de seus produtos ou serviços, as empresas, ao investirem em novas tecnologias para conquistar o mercado, proporcionam melhorias do ponto de vista social, já que atendem aos anseios da coletividade, na busca de comodidade, e econômico, com redução de certos custos envolvidos.

Da mesma forma, Rocha, Pereira e Bragança Júnior (2018, p. 40) sustentam que se procura, na sociedade contemporânea, praticidade, qualidade e economia de tempo e, neste cenário, as inovações tecnológicas têm sido cada vez mais utilizadas, como tendência global, visando facilitar a vida e o trabalho dos seres humanos.

É facilmente perceptível que a evolução tecnológica e o uso cada vez mais frequente da automação e informatização criam um cenário no qual “[...] blockchain y los smart contracts nos darán nuevas formas de administrar y ejecutar acuerdos entre personas, empresas y gobiernos (GIL; LIMÓN, 2018, p. 35).

É nesse contexto que os reflexos do uso dos *smart contracts*, com base na tecnologia *blockchain*, podem ser elucidados. A empresa não pode perder de vista que, a par de seus interesses privados, consistente na maximização dos lucros e redução dos custos, deve ter uma atuação voltada para a preservação do interesse coletivo e não violação dos direitos humanos.

Portanto, é fundamental que a sociedade, enquanto consumidora, sinta seus direitos preservados e seus interesses satisfeitos, o que pode ocorrer através da qualidade, do preço, da sustentabilidade e de outros fatores que proporcionem melhorias sociais.

Petroni e Gonçalves (2018, p. 28), por exemplo, aduzem que “A disruptiva tecnologia *blockchain* executando *smart contracts* de fato, oferece uma gama de oportunidades e ideias para

novas implementações e desafios aos atuais e se não antigos modelos de negócios, não diferente para a área do direito”.

O uso da cadeia de blocos nos *smart contracts* promove uma interrupção do curso normal do processo, com a ruptura das configurações usuais estabelecidas no mercado, proporcionando novos modos de execução de tarefas, por meio da programação de máquinas, tornando prescindível a intervenção de um terceiro e, por consequência, provocando redução dos custos envolvidos na execução de uma determinada operação.

Miragem (2019, p. 30-31) assegura que os *smart contracts* podem ser considerados como o futuro do Direito Contratual, tendo em vista as características que particularizam o instituto, principalmente no que se refere aos aspectos relacionados à facilidade de contratação e execução, minoração dos conflitos relativos à ambiguidade de cláusulas, autoexecutoriedade de suas disposições, com consequente redução dos riscos de inadimplemento, entre outros.

Outrossim, apesar de não eliminar totalmente os riscos e os erros envolvidos na operação, os *smart contracts* reduzem as chances de sua ocorrência, conferindo maior segurança, autenticidade e transparência nas transações realizadas, o que, evidentemente, constitui um ponto favorável ao cumprimento da função social/solidária por parte da empresa que o adote, já que, nesse caso, a preservação do interesse coletivo e a contribuição valorosa para uma sociedade melhor é notória.

Não obstante, outro aspecto prático a ser considerado e que é proporcionado pelos *smart contracts* nas atividades empresariais reside na possibilidade de automatização dos processos e das relações sem que haja, em contrapartida, o receio de ocorrências de fraudes em contratos ou interrupções infundadas (ROCHA; PEREIRA; BRAGANÇA JÚNIOR, 2018, p. 51).

Na atual dimensão da globalização e da intensificação das relações sociais e empresariais, o tratamento dos dados e das informações exige um comprometimento com relação à proteção da segurança, da autenticidade e da transparência. Assim, a adoção dessa ferramenta pelas empresas permite que essas possuam uma atuação voltada para além da defesa do interesse coletivo, fundado, em outros dizeres, na própria noção de solidariedade social.

A justificativa para essa assertiva se encontra no fato de que a segurança, autenticidade e transparência proporcionadas pelos *smart contracts* possuem relação direta com as dimensões dos direitos fundamentais, inclusive com a garantia de respeito à terceira geração, já que sua adoção pelas empresas, quando possível, pressupõe uma contribuição valorosa para uma sociedade melhor, concretizando a solidariedade social ao atuar além de suas usuais obrigações.

É por essa razão que Rocha, Pereira e Bragança Júnior (2018, p. 51) defendem a ampliação do uso desse novo modelo contratual por parte das empresas, já que conferem diversas vantagens ao exercício da atividade econômica e execução dos contratos firmados no mercado.

Gil e Limón (2018, p. 33) ainda anotam que, por meio dos *smart contracts*, os indivíduos podem controlar a identidade digital, o que engloba a reputação, os dados e os ativos digitais, permitindo a escolha de quais informações divulgar e oportunizando, às empresas, o conhecimento integrado dos clientes.

Paralelamente, os interesses privados do empresário também são preservados, uma vez que, com base nas características de autoexecutoriedade e autoaplicabilidade, os *smart contracts* apenas serão executados quando da ocorrência da condição previamente estabelecida, o que favorece o cumprimento contratual e a redução do inadimplemento da obrigação assumida.

Sáenz (2017, p. 71) destaca esse aspecto ao explicar que os *smart contracts* podem revogar, de forma automática, por exemplo, as chaves digitais que permitem o acesso aos fundos ou

à ativação das garantias caso não ocorra o cumprimento de uma obrigação por parte de algum devedor, assegurando, de certa forma, o adimplemento da prestação por parte do contratante.

Outra utilidade dos *smart contracts* diz respeito à potencialidade que possuem para o aprimoramento e desenvolvimento de novas pesquisas, principalmente quando fundados na tecnologia *blockchain*, já que, por meio dessa cadeia de blocos é possível a gravação dos dados permanentemente, e suas alterações de forma sequencial, caracterizando uma espécie de rastro histórico dos resultados obtidos com as pesquisas realizadas.

Ilustrativamente, Gil e Limón (2018, p. 33) ressaltam que, ao permitirem a troca de dados, os *smart contracts* podem contribuir para diversas pesquisas, nas mais variadas áreas do conhecimento, inclusive da saúde, como a do câncer. Mantendo a privacidade do paciente, com seu uso é possível a contribuição e o compartilhamento de dados, proporcionando melhorias para essas pesquisas e coleta de dados.

De fato, no desenvolvimento dessas pesquisas, o registro das informações pode ocorrer com base em uma sequência de dados que levem em consideração o histórico das descobertas científicas e aprimoramento das técnicas de tratamento, melhorando as formas de diagnóstico e de acompanhamento dos quadros clínicos dos pacientes envolvidos.

Não obstante, Gil e Limón (2018, p. 33) ainda defendem que os *smart contracts*, ao provocarem a redução dos riscos operacionais nas transações, podem ser utilizados para facilitar, por exemplo, os pagamentos automáticos das compras realizadas, as divisões dos títulos e a gestão dos passivos.

Nesse sentido, a título exemplificativo, Sáenz (2017, p. 71) ensina que os *smart contracts* podem amparar as compras pela internet, liberando o pagamento assim que verificada a entrega do produto ao destinatário final por meio do código de barras, rastreio do documento ou da impressão digital do recebedor da mercadoria.

Conforme já mencionado no tópico anterior, a funcionalidade básica dos *smart contracts* pode ser resumida pelo comando estabelecido por uma fórmula de programação “Se X, então Y”. Assim, é possível que haja a programação no sentido de que “Se ocorrer a entrega do produto”, então “Libera-se o pagamento”, o que confere às relações comerciais mais confiança e segurança, contribuindo, dessa forma, para a função social/solidária da empresa.

Ademais, Gil e Limón (2018, p. 33) também exemplificam que, por meio da utilização dos *smart contracts*, é possível a realização de financiamentos comerciais, na medida em que esse instrumento proporciona maior facilidade de transferências internacionais das mercadorias e liquidez nos ativos.

A simplificação desses financiamentos se dá em decorrência da utilização de um comando que permite a execução automática do processo. Com a chegada da informação do recebimento do produto, o *smart contract* pode ser desenvolvido e programado no sentido de permitir a imediata liberação da transferência ao exportador, conjugando segurança e eficiência nas operações de crédito.

Ainda nessa ótica, Gil e Limón (2018, p. 33) apregoam que os *smart contracts* proporcionam a simplificação dos processos de pós-negociação, abolindo a realização de procedimentos duplicados pelas partes contratantes para o registro e a verificação das transações realizadas.

Não se pode olvidar, também, que em razão do uso da tecnologia *blockchain* e, por consequência, do armazenamento das informações em uma cadeia de blocos, os *smart contracts* podem ter utilidade no registro dos dados financeiros, por meio da cooperação entre as instituições, contribuindo, concomitantemente, para a transparência dos procedimentos realizados.

Por fim, é importante ressaltar a possibilidade do uso dos *smart contracts* nas cadeias de abastecimentos. “Los dispositivos de internet de las cosas pueden escribir en un smart contract a medida que un producto se mueve de la planta de fábrica a los estantes de las tiendas, proporcionando visibilidad en tiempo real de toda la cadena de suministro de una empresa” (GIL; LIMÓN, 2018, p. 33-34).

Diante de sua potencialidade para o acompanhamento e registro dos dados e das informações, as empresas podem criar e implementar um *smart contract* no sentido da realização de um registro dos produtos ofertados, e a verificação dos estoques e da etapa de produção, por parte do consumidor, criando maior visibilidade de seus suprimentos.

Finalmente, salienta-se, conforme abordado por Almeida (2020, p. 36), que a utilização da tecnologia *blockchain* através dos *smart contracts* confere, com a criptografia, maior transparência e, por consequência, aumenta a confiabilidade das operações realizadas, culminando no atendimento dos interesses coletivos e ensejando, nessa perspectiva, o atendimento das funções social/solidária da empresa.

Enfim, constata-se que o futuro caminha para um uso cada vez mais frequente dos *smart contracts* nas relações empresariais, uma vez que essa ferramenta elimina a necessidade de um intermediário para a transação, aumenta o poder de negociação dos usuários e, ainda que não elimine, reduz os riscos creditícios e legais, tendo incidência prática em diversas situações fáticas cotidianas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do conceito de empresa exige a compreensão de que o Direito, notadamente o Empresarial, sofreu adaptações para o atendimento das necessidades sociais. Assim, passando de um caráter subjetivista e pautado nos interesses dos mercadores, para uma teoria objetiva, que considerava o exercício da mercancia, chegou-se à Teoria da Empresa.

À luz dessa teoria, a empresa deve ser encarada como uma atividade econômica organizada, na medida em que promove a produção e circulação de bens e prestação de serviços, com o objetivo de obtenção de lucro, por meio da articulação dos fatores de produção, exercida com profissionalismo e habitualidade.

Todavia, no modelo de produção capitalista, a empresa não foi concebida com uma atuação voltada para o interesse social, haja vista a busca pela conquista de mercado e obtenção de lucros a qualquer custo. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 e a redefinição da função social, seu atendimento passou a ser imperativo.

Apesar de a função social da empresa não possuir previsão expressa nos textos normativos, sua existência pode ser verificada por meio da interpretação sistemática. Ora, com a funcionalização da propriedade, todos os elementos que integram a cadeia de riqueza (isto é, o contrato e a empresa) devem cumprir a função social.

Assim, as empresas devem se voltar para o desenvolvimento econômico e social, buscando seus objetivos sem, em contrapartida, violar os direitos e interesses da coletividade, como a livre concorrência, redução das desigualdades, geração de empregos, os direitos do consumidor, os direitos das futuras gerações e outras tantas garantias fundamentais.

Dessa perspectiva, extrai-se a ideia de função solidária. Se, a par do cumprimento do disposto na legislação e atendimento do interesse coletivo, a empresa contribuir de forma valerosa para uma sociedade melhor, concretizará o que se denomina de solidariedade social, insculpida no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Não obstante, o artigo 170 da Constituição é o dispositivo que norteia, basicamente, o exercício da atividade empresarial. A partir de sua leitura, é perceptível a busca pelo fortalecimento de uma visão de desenvolvimento sustentável, atendimento do interesse coletivo, erradicação das desigualdades e concretização de uma existência digna para todos, traduzindo uma visão do Empresarial em conexão com a solidariedade social.

É nesse contexto que surgem as questões relativas às inovações e desenvolvimento tecnológico, afinal, a tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano da população, influenciando seu modo de pensar e agir. Uma das inovações que ganha destaque nesse cenário é a utilização do *blockchain* nos *smart contracts*.

Apesar de algumas desvantagens apresentadas por essa ferramenta, os *smart contracts* conduzem à automação das operações, o que implica a redução da intervenção humana no processo, automático cumprimento da transação, economia dos custos, segurança proporcionada pela criptografia e armazenamento das informações em cadeias de blocos.

Dessa forma, tendo como plano a função social/solidária da empresa, os *smart contracts* diminuem as chances de ocorrência de fraudes, erros e inadimplementos, conferindo maior segurança, autenticidade e transparência nas transações realizadas, o que, evidentemente, constitui um ponto favorável ao cumprimento da função social/solidária.

Isso porque, baseado no comando de programação “Se X, então Y”, é possível o condicionamento da liberação de uma contraprestação a partir do registro do cumprimento da obrigação pelo contratante, conferindo maior segurança e confiabilidade nas relações empresariais, que tendem a ser adimplidas nas formas previamente pactuadas, efetivando o interesse coletivo e contribuindo de forma valerosa para uma sociedade melhor.

Portanto, a manutenção da atividade empresarial implica a dominação das novas tecnologias pelo empresário e os *smart contracts*, com a utilização da tecnologia *Blockchain*, surgem, nesse cenário, como instrumentos de aperfeiçoamento da prestação dos serviços e maior eficiência, precisão e transparência no exercício das atividades, contribuindo para o atendimento da função social/solidária da empresa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bianca dos Santos Cavalli. Aplicabilidade dos *smart contracts* nas instituições financeiras. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 14, n. 1, p. 28-38, set. 2020. Disponível em: <https://revistapgbcb.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1067>. Acesso em: 06 maio 2021.

ALMEIDA, Maria Christina. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. **Revista Argumentum**, Marília, v. 3, p. 141-152, jan./dez. 2003. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/697/348>. Acesso em: 06 maio 2021.

ARAÚJO, Gildércia Silva Guedes de; SANTOS, Katysco de Farias. Evolução da tecnologia *Smart Contracts* pela perspectiva dos indicadores de patentes. **Cadernos de Prospecção**, Salva-

dor, v. 12, n. 5, p. 1363-1373, dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/cp.v12i5%20Especial.32932>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nit/article/view/32932/20674>. Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm). Acesso em: 06 maio 2021.

BOAR, Andrei. Efectos de la tecnología blockchain en el sector financiero y empresarial. **Revista de Contabilidad y Dirección**, n. 27, p. 33-45, 2018. Disponível em: [https://accid.org/wp-content/uploads/2019/04/Efectos\\_de\\_la\\_tecnolog%C3%ADa\\_blockchain\\_en\\_el\\_sector\\_financiero\\_y\\_empresarial\\_A\\_Boarlogo.pdf](https://accid.org/wp-content/uploads/2019/04/Efectos_de_la_tecnolog%C3%ADa_blockchain_en_el_sector_financiero_y_empresarial_A_Boarlogo.pdf). Acesso em: 06 maio 2021.

CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; CARMO, Valter Moura do. Função social/solidária da empresa nos negócios virtuais. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 137-157, jul./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.24067/rju7,14.2:509>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/509/361>. Acesso em: 06 maio 2021.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Sociedade, tecnologia e desemprego. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 86, p. 97-118, mar. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/170372>. Acesso em: 06 maio 2021.

DINIZ, Maria Helena. A importância da função social da empresa. **Revista Jurídica Unicuri-tiba**, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 387-412, abr./jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revista-jur.2316-753X.v51i2.2815>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2815/371371482>. Acesso em: 06 maio 2021.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Smart Contracts: Conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 4, n. 6, p. 2771- 2807, 2018. Disponível em: [http://cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2771\\_2808.pdf](http://cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf). Acesso em: 06 maio 2021.

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos *smart contracts* à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 49-64, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755/554>. Acesso em: 06 maio 2021.

FERREIRA, Juliandson Estanislau; PINTO, Filipe Gutemberg Costa; SANTOS, Simone Cristiane dos. Estudo de mapeamento sistemático sobre as tendências e desafios do Blockchain. **Revista Eletrônica de Gestão Organizacional**, Recife, v. 15, edição especial, p. 108-117, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.21714/1679-18272017v15Ed.p108-117>. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaoorg/article/view/231244/26094>. Acesso em: 06 maio 2021.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Argumentum**, Marília, v. 4, p. 35-52, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/699/352>. Acesso em: 06 maio 2021.

GIL, Anahiby Anyel Becerril; LIMÓN, Samuel Ortigoza. Habilitadores tecnológicos y realidades del derecho informático empresarial. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas**, Puebla,

v. 12, n. 41, p. 11-41, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-11.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

GOMES, Delber Pinto. Contratos *ex machina*: breves notas sobre a introdução da tecnologia *Blockchain* e *Smart Contracts*. **Revista Electrónica de Direito**, Porto, v. 17, n. 3, p. 39-55, out. 2018. DOI 10.24840/2182-9845\_2018-0003\_0003. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=9561180030981250011190950901090790910030710500140440440300860670741010841100921020020980561270481170580300051021060640130940940380780360730511270870040880051201110240600850530751250831181250001080270840640960810871070101094022003013089110084081092089025&EXT=pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

LIMA, Barbara Helen Neto; HITOMI, Felipe Augusto Carvalho; OLIVEIRA, Gabriel Santana de. Aplicação da tecnologia blockchain em ambientes corporativos. **FaSci-Tech**, São Caetano do Sul, v. 1, n. 13, p. 6-13, 2018. Disponível em: <http://www.fatecsaocaetano.edu.br/fascitech/index.php/fascitech/article/view/133/113>. Acesso em: 06 maio 2021.

MATIAS, João Luís Nogueira; NOGUEIRA, Mônica de Sá Pinto. Empresa contemporânea e a proteção aos direitos humanos.

**Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 115-126, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/559/469>. Acesso em: 06 maio 2021.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 125, a. 28, p. 17-62, set./out. 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1243/1168>. Acesso em: 06 maio 2021.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraHV\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf). Acesso em: 06 maio 2021.

PESSOA, Emanuel de Abreu. A Constitucionalização da Função Social da propriedade: alteração na dogmática do Direito Civil. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 65-75, abr. 2010. DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;7.1:137>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/137>. Acesso em: 06 maio 2021.

PETRONI, Benedito Cristiano Ap.; GONÇALVES, Rodrigo Franco. *Smart Contracts* baseados em *blockchain* na cadeia de custódia digital: uma proposta de arquitetura. In: **The Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law**, 2018, São Paulo. São Paulo, 2018. p. 23-30. DOI: 10.5769/C201803. Disponível em: <http://icofcs.org/2018/ICoFCS-2018-003.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da Ordem Econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

ROCHA, Débora Cristina de Castro da; ROCHA, Edilson Santos da. Smart contracts e the code is law: a problemática frente à base principiológica contratual contemporânea. **Percursos**, Curitiba, v. 1, n. 32, p. 113-137, jan./mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/RevPercursos.2316>

7521.v1i32.4263. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4263>. Acesso em: 06 maio 2021.

ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca; PEREIRA, Débora de Oliveira; BRAGANÇA JÚNIOR, Sergio Henrique Fernandes. *Blockchain e smart contracts: como a tecnologia está mudando a intermediação e o Direito Empresarial*. **Cadernos de Direito – UNIFESO**, Teresópolis, v. 1, n. 2, p. 37-57, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.unifeso.edu.br/revista/index.php/cadernosdedireitounifeso/article/view/1252/502>. Acesso em: 06 maio 2021.

SÁENZ, Maria Echebarría. Contratos electronicos autoejecutables (smart contract) y pagos con tecnología blockchain. **Revista de Estudios Europeos**, Valladolid, n. 70, p. 69-95, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6258551>. Acesso em: 06 maio 2021.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MEDEIROS, Elisângela Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 99-122, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i47.2028>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2028/1307>. Acesso em: 06 maio 2021.

SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos Inteligentes (Smart Contracts): Esses estranhos (des)conhecidos. **Revista de Direito e as Novas Tecnologia**, São Paulo, v. 5, p. 1-9 out./dez. 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/338020036\\_Contratos\\_inteligentes\\_smart\\_contracts\\_esses\\_estranhos\\_desconhecidos\\_Smart\\_contracts\\_these\\_unknown\\_strangers](https://www.researchgate.net/publication/338020036_Contratos_inteligentes_smart_contracts_esses_estranhos_desconhecidos_Smart_contracts_these_unknown_strangers). Acesso em: 06 maio 2021.

SILVA, Alyne Rayanna de Sousa Salvador da; SOUSA, Iarley Pereira de. *Blockchain e smart contracts: os impactos das novas tecnologias no direito*. **Revista brasileira de Direito e Gestão Pública**, Pombal, v. 7, n. 5, p. 53-66, out. 2019. Disponível em: <https://editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7341>. Acesso em: 06 maio 2021.

Recebido em: 14 jun. 2021.

Aceito em: 16 jan. 2023.



## O CONTEXTO DOS INDICADORES DE OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOBRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**André Viana Custódio**

Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul.  
andreviana.sc@gmail.com

**Meline Tainah Kern**

Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul.  
meline\_kern@hotmail.com

**Resumo:** Ainda que subnotificados, os indicadores relacionados à infância e à adolescência refletem a necessidade de inclusão mais efetiva no planejamento e na execução de políticas públicas destinadas à proteção integral desse setor da população, evitando violações de direitos. O objetivo geral deste artigo é identificar as violações de direitos de crianças e adolescentes, presentes nos indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) produzidos, no Rio Grande do Sul. Os objetivos específicos envolvem compreender os aspectos conceituais e a evolução do desenvolvimento sustentável, pesquisar os objetivos de desenvolvimento sustentável na Agenda 2030 e analisar os indicadores de desenvolvimento sustentável produzidos a partir do compilado de dados da Fundação Abrinq e a violação de direitos de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul. O problema de pesquisa questiona: como os indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentam a situação de violação de direitos de crianças e adolescentes no Estado do Rio Grande do Sul?. Para isso, utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Como principais resultados, o estudo constata a ineficiência na garantia de determinados direitos e a necessidade de ação e investimento em políticas públicas que busquem prevenir e erradicar todos os tipos de violações de direitos, garantindo a proteção integral e a prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes.

**Palavras-chave:** Adolescente. Criança. Direitos Humanos. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Políticas Públicas.

*The indexes context of Sustainable Development Goals about children and teenagers in the state of Rio Grande do Sul*

**Abstract:** Although underreported, the indicators related to childhood and adolescence reflect the need for more effective inclusion in the planning and execution of policies aimed at the integral protection of this sector of the population, avoiding violations of rights. The general objective of this article is to identify the violations of the rights of children and adolescents, present in the indicators of Sustainable Development Goals (SDGs) produced in Rio Grande do Sul. The specific objectives involve understanding the conceptual aspects and evolution of sustainable development, researching the sustainable development goals in the 2030 Agenda and analyzing the sustainable development indicators produced from the data compile of the Abrinq Foundation and the violation of the rights of children and adolescents in Rio Grande do Sul. The research

problem asks: how do the indexes of Sustainable Development Goals present situations of violation of children and teenagers rights in the State of Rio Grande do Sul? The approach method is deductive and the procedure method is monographic, with bibliographic and documentary research techniques. As main results, the study notes inefficiency in ensuring certain rights and the necessity of action and investments in policies that seek to prevent and eradicate all kinds of rights violation, ensuring full protection and absolute priority for children and teenagers.

**Keywords:** Teenager. Child. Human Rights. Sustainable Development Goals. Policies.

## INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre o contexto dos indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) sobre crianças e adolescentes no Estado do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, objetiva-se identificar as violações de direitos de crianças e adolescentes, presentes nos indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável produzidos, no Rio Grande do Sul. A principal questão a ser respondida com esta pesquisa é: como os indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentam a situação de violação de direitos de crianças e adolescentes no Estado do Rio Grande do Sul? A hipótese indica que a violação demonstrada nos índices diz respeito à ausência ou ineficiência na garantia dos mais diversos direitos de crianças e adolescentes, em vários âmbitos.

Para isso, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, partindo-se da compreensão dos aspectos conceituais e da evolução do desenvolvimento sustentável através das dimensões de sustentabilidade, das Conferências das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Em um segundo momento, pesquisa-se os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na Agenda 2030, trazendo o significado dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda 2030, os próprios objetivos e a legislação brasileira relacionada ao desenvolvimento sustentável. Por fim, analisa-se os indicadores de desenvolvimento sustentável produzidos a partir do compilado de dados da Fundação Abrinq e a violação de direitos de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, a partir da relação entre a Agenda 2030 e o Direito da Criança e do Adolescente, os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável produzidos no Rio Grande do Sul e a violação de direitos de crianças e adolescentes a partir dos indicadores produzidos no Rio Grande do Sul.

O método de procedimento é o monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada no Banco de Teses e Dissertações da CAPES e nas bases de dados Google Acadêmico, Scopus/Elsevier, Scielo, priorizando as revistas qualificadas, como também junto às bibliotecas de universidades. O levantamento documental envolveu o a legislação no site do Planalto, das Nações Unidas, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Brasil (ODS Brasil) e nas informações compiladas pela Fundação Abrinq.

Ainda que os indicadores no Brasil sejam, demasiadas vezes insuficientes, incompletos e não reflitam a realidade por inteiro, seja pela subnotificação ou pelos métodos utilizados na pesquisa, é possível, a partir dos existentes, retirar diversas conclusões, especialmente das áreas que necessitam maior atenção, tanto pelo Estado – poder público – como pela sociedade.

Os indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) sobre crianças e adolescentes refletem diversas violações de direitos no Brasil como um todo. É importante salientar que muitas das ações, políticas públicas e programas que combatam violações de direitos, são desenvolvidos no âmbito do estado e especialmente no âmbito do município. Por isso, é

importante conhecer a realidade estadual – que é diferente em cada estado -, para que seja possível o auxílio e fortalecimento a nível regional e municipal, até mesmo articulando e pactuando fluxos entre os atores responsáveis.

Este trabalho contribuirá na análise de indicadores relacionados à violação de direitos de crianças e adolescentes, no sentido de compreender, a partir de indicadores com alta incidência de violações, vulnerabilidades em mecanismos e políticas públicas de combate às mais diversas violações, sendo limitadas as pesquisas nesse sentido.

## **1. ASPECTOS CONCEITUAIS E A EVOLUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Neste item, aborda-se acerca das dimensões de sustentabilidade, compreendidas pela cultural, econômica, ambiental, social, territorial, ecológica e política. Além disso, fala-se das Conferências realizadas sobre o desenvolvimento sustentável, abrangendo a de Estocolmo, a Rio-92, a Rio+10 e a Rio+20. Por fim, são trazidos os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, precursores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

### **1.1. As dimensões de sustentabilidade**

O desenvolvimento sustentável representa um conjunto de paradigmas para a utilização de recursos que busquem atender as necessidades humanas. A sua definição mais difundida e aceita é que o desenvolvimento sustentável é aquele que "satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades". Essa definição ficou conhecida no Relatório Brundtland da Organização das Nações Unidas, em 1987 (TORRESI; PARDINI; FERREIRA, 2010, p. 1).

Após essa definição, outras surgiram e ainda vão surgir, dada a globalização. Porém, há um ponto em comum entre as definições: as dimensões que se enquadram no termo sustentabilidade. Grande parte dos estudos afirma que três dimensões compõem a sustentabilidade: econômica, ambiental e social (CLARO; CLARO; AMÂNCIO, 2008, p. 290).

Outros, como Ignacy Sachs, apresentam, além dessas, mais dimensões, como a cultural, a ecológica, a territorial ou espacial, embora popularmente o termo seja utilizado, majoritariamente, para a “sustentabilidade ambiental” (SACHS, 2011, p. 71-72). Existem conceitos e critérios para atingir um desenvolvimento sustentável, que pode ser direcionado a um país, a uma empresa, a uma cidade.

A sustentabilidade social pode ser considerada à frente das demais, como finalidade do desenvolvimento. Tem como critérios o alcance de um bom nível de homogeneidade social, distribuição justa de renda, emprego/trabalho com qualidade de vida e igualdade de acesso aos recursos e serviços sociais proporcionados (SACHS, 2011, p. 71,85).

Ou seja, por sustentabilidade social, entende-se um processo de desenvolvimento sustentável que busque um equilíbrio da sociedade, com a melhoria significativa da qualidade de vida da população mundial através da justa distribuição de renda, qualidade nos sistemas e serviços de saúde, educação e oportunidades (FROEHLICH, 2014, p.157).

A sustentabilidade econômica é apresentada como uma necessidade, mas não é condição prévia para outras dimensões como a social e a ambiental. Dentre seus critérios, está o desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, segurança alimentar, a capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção, certo patamar de autonomia na pesquisa tecnológica e científica e a inserção soberana na economia internacional (SACHS, 2011, p. 71, 86). Assim, a sustentabilidade econômica pode se apresentar com uma abordagem preventiva, na união de um desenvolvimento econômico com a sustentabilidade, buscando conservar os recursos naturais através de uma visão que considera as necessidades de gerações futuras (FERRAZ, 2003, p. 24).

Aliada às demais, a sustentabilidade cultural tem como critérios a promoção de mudanças no interior da continuidade, mantendo o equilíbrio entre inovação e respeito à tradição/cultura, a busca pela capacidade de autonomia para elaborar um projeto nacional integrado e a partir do interno e a aquisição de autoconfiança combinada com abertura para o mundo (SACHS, 2011, p. 86). Ou seja, é necessário levar em consideração a cultura inerente a cada povo ou sociedade, de forma que as mudanças promovidas permaneçam na continuidade cultural, unindo a diversidade biológica à diversidade cultural, na busca por um desenvolvimento sustentável (FROEHLICH, 2014, p. 158).

Já a sustentabilidade ambiental tem como critério o respeito e o realce da capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais (SACHS, 2011, p. 86). Assim, o modelo de produção e consumo deve ser “compatível com a base material em que se assenta a economia, como subsistema do meio natural”. Por isso, a produção e o consumo devem ocorrer com a garantia de auto reparação dos ecossistemas, ou a sua capacidade de resiliência (NASCIMENTO, 2012, p. 55).

Muito se confunde a sustentabilidade ambiental com a ecológica, porém, são distintas. Para ter sustentabilidade ecológica, os critérios são a preservação do potencia do capital natureza na sua produção de recursos renováveis e a limitação do uso de recursos não renováveis (SACHS, 2011, p. 86). Isso quer dizer que o uso dos recursos que são naturais deve minimizar os danos aos sistemas ecológicos de sustentação da vida, e isso ocorre a partir da redução de resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de energia e de materiais e do desenvolvimento e o uso de tecnologias limpas e mais eficientes, inclusive a partir da política 3R (reduzir, reutilizar, reciclar) (CATALISA, s.d.).

A dimensão territorial ou espacial de sustentabilidade abarca a melhoria do ambiente urbano, o balanceamento de configurações urbanas e rurais, a superação das desigualdades inter-regionais e o planejamento de estratégias de desenvolvimento que sejam ambientalmente seguras para áreas ecologicamente frágeis (SACHS, 2011, p. 86). Essa dimensão requer a distribuição adequada das populações urbana e rural, evitando a concentração em uma delas apenas, isso porque a concentração excessiva nas áreas urbanas causa, além de outras questões, a perda da biodiversidade (FROEHLICH, 2014, p. 158).

Por fim, há as dimensões políticas nacional e internacional. A nacional indica uma democracia definida com a apropriação universal dos direitos humanos, desenvolvimento da capacidade do Estado na implementação do projeto nacional em conjunto com os empreendedores e um nível razoável de coesão social. Já a internacional apresenta como critérios a eficácia do sistema de prevenção de guerras da Organização das Nações Unidas (ONU), na garantia de paz e busca pela cooperação internacional, a existência de um plano de co-desenvolvimento entre norte e sul, com base na igualdade, o controle institucional do sistema financeiro e de negócios internacional e também da aplicação do princípio da precaução relacionado ao meio ambiente,

prevenção de mudanças globais negativas proteção da diversidade biológica e o sistema efetivo de cooperação científica e tecnológica internacional (SACHS, 2011, p. 86-87).

Ou seja, na política, especialmente a nacional, a sustentabilidade atua como uma garantia de participação de todos democraticamente e a manutenção da paz, contando, internacionalmente com a cooperação em vários setores.

## **1.2. As Conferências das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável**

Após a Segunda Guerra Mundial, quando, por conta da ação humana, houve grande destruição e industrialização, passou-se a olhar mais pelo meio ambiente. Nessa crescente preocupação pelo uso sustentável do planeta, em 1972 a Organização das Nações Unidas convocou a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente.

Realizada em Estocolmo – por isso ficou conhecida como Conferência de Estocolmo -, na Suécia, foi organizada, principalmente para que fosse realizada uma avaliação da problemática ambiental e criado um espaço de diálogo entre governos e a opinião pública, com a formulação de recomendações e estudos de caminhos que apresentem soluções para as questões trazidas. Grande parte das expectativas não foi alcançada, especialmente pelas diferentes agendas dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Por isso, a Declaração da Conferência de Estocolmo pode ser entendida como uma carta pela mobilização internacional com o objetivo do fim do subdesenvolvimento e suas diversas nuances relacionadas ao meio ambiente. Ainda, a partir da Conferência, iniciou-se o processo para a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (ALBUQUERQUE, 2008, p. 140, 147, 151).

Vinte anos depois da primeira, em 1992, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também chamada de Eco-92 ou Rio-92, no Rio de Janeiro. O objetivo principal era a redução da liberação e concentração de gases de efeito estufa na atmosfera, momento em que também foi reafirmada a Declaração de Estocolmo e ressaltada a necessidade de novas cooperações internacionais, principalmente técnicas e científicas entre Estados, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento socioeconômico, aliado ao meio ambiente de forma sustentável. Foi publicada a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (BERCHIN; CARVALHO, 2016, p. 175). Além disso, entre outras questões, também foi aprovada a “Agenda 21”, com os planos mundiais para sustentar a vida no planeta e os desafios no século XXI (FROEHLICH, 2014, p. 154).

No ano de 2002, dez anos após a Rio-92, em Joanesburgo, na África do Sul ocorreu o que se chamou de Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, mais conhecida como Rio+10. Pouco antes havia acontecido os atentados de onze de setembro, motivo pelo qual o enfoque na temática ambiental havia diminuído e o foco estava mais direcionado às questões militares e econômicas em grande parte dos países participantes. O objetivo principal da Conferência era a análise, “cobrança” e revalidação do acordado na Rio-92, especialmente sobre a implementação da Agenda 21, que pouco havia sido cumprida. Ao citar algumas das questões que não foram cumpridas, tem-se a contribuição de pequena parcela – acordada - do Produto Nacional Bruto dos países mais ricos aos mais pobres, a redução dos gases de efeito estufa – o principal responsável por essa redução não ter ocorrido foram os Estados Unidos, responsáveis por 25% da emissão desses gases, pois recusaram a assinatura do protocolo de Quioto (OLIVEIRA; MOREIRA, 2011, p. 109-110).

A mais recente das Conferências foi a Rio+20, também realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 2012.

O objetivo da Conferência foi a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, por meio da avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes (BRASIL, s.d, <http://www.rio20.gov.br/>).

Nessa Conferência foram abordados diversos temas, mas o que mais se propagou através dos discursos foi o da “economia verde como ferramenta e instrumento para desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza”, deixando outros temas como energia e biodiversidade em segundo plano. Compreendeu-se também a importância do apoio do setor privado na busca por um desenvolvimento sustentável – e os perigos de não o ter. Um dos resultados positivos dessa reunião foram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), uma expansão dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) (GUIMARAES; FONTOURA, 2012, p. 516-522).

Faz-se necessário ressaltar que houve outros encontros e questões importantes entre uma e outra Conferência. Além disso, as questões de desenvolvimento sustentável não se aplicavam apenas ao meio ambiente sustentável, mas sim, unindo dignidade às pessoas, qualidade de serviços oferecidos pelos Estados, economia, industrialização, entre outros, ambos conectados à sustentabilidade.

### 1.3. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) surgiram no ano de 2000, através da Declaração do Milênio das Nações Unidas, posteriormente adotada pelos 191 Estados membros, o que inclui o Brasil. Sua criação teve o objetivo de formar um esforço internacional para o alcance mundial do que hoje se conhece por desenvolvimento sustentável, ou seja, enfoque no meio ambiente, nos direitos humanos, a busca por igualdade social, racial e de gênero. No total, foram estabelecidos oito objetivos, com 21 metas, a partir de 60 indicadores comparados entre países (CAL, 2017).

Assim, princípios como a liberdade, solidariedade, igualdade, respeito pela natureza, tolerância e responsabilidade compartilhada deveriam ser alguns dos valores adotados por um governo, caso optasse por uma boa governança e quisesse manter uma cooperação internacional (CAMACHO, 2017, p. 35).

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio tinham seu prazo até 2015, ou seja, os países deveriam trabalhar, preferencialmente em cooperação, para que o máximo de objetivos fosse atingido até tal ano, respeitadas as peculiaridades de cada Estado.

O primeiro objetivo era a erradicação da miséria/pobreza extrema e da fome, o que, em metas, significava reduzir pela metade, de 1990 até 2015, a proporção de população que vivia com renda inferior a 1,25 dólares por dia, alcançar o emprego pleno e produtivo e também o trabalho decente para todos, o que incluía mulheres e jovens e reduzir pela metade, no mesmo período, a proporção de população que sofre de fome (ANDRADE, 2014, p. 56).

O segundo objetivo era atingir o ensino básico universal, ou seja, para todos, até 2015. O Relatório dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2015, elaborado pela ONU, indicou que até o referido ano, o mundo não havia alcançado essa meta, mas atingiu progressos significativos desde a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, no ano de 2000, como por exemplo, o alcance da taxa de 91% de matrículas no ensino primário em 2015, que em 2000 era de 83%. O número de crianças não escolarizadas, mas com idade para frequentar o ensino primário reduziu de 100 milhões em 2000 para 57 milhões em 2015. A maior dificuldade de atingir alto índice de frequência está nos países em desenvolvimento e um dos motivos está no

fato de que crianças mais pobres têm mais probabilidade de não serem escolarizadas, em comparação com as crianças de classe média ou ricas (ROMA, 2019, p. 35), o que pode ser resultado da existência de trabalho infantil.

O terceiro objetivo era a promoção de igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, por meio da meta de eliminação da disparidade entre os sexos no ensino primário e secundário, até o ano de 2015 (ANDRADE, 2014, p. 56). Já o quarto objetivo era reduzir a mortalidade infantil e significava reduzir pelo menos em dois terços a taxa de mortalidade de crianças com menos de cinco anos de idade, entre 1990 e 2015, podendo reduzir ainda mais (BUENO, 2008, p. 11).

O quinto objetivo era melhorar a saúde das gestantes, o que deveria ser feito através da redução de três quartos da taxa de mortalidade materna, como também alcançar, até 2015, o acesso universal à saúde reprodutiva. O sexto objetivo relacionava-se com o combate da AIDS, da malária e de outras doenças, cumprindo as metas de deter a propagação do HIV/ADS até 2015, alcançar o acesso universal ao tratamento àqueles que necessitem, até 2010 e deter também a incidência da malária e de outras doenças importantes, até o ano de 2015 (ANDRADE, 2014, p. 56-57).

O objetivo de número sete era de assegurar a sustentabilidade ambiental e abrangia quatro metas: “integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas e reverter a perda de recursos ambientais”, reduzir significativamente a perda da biodiversidade até 2010, reduzir pela metade a proporção da população sem acesso permanente e sustentável à água potável e à rede de esgoto até 2015, e ter alcançado uma melhora significativa na vida de pelo menos 100 milhões de habitantes de assentamentos precários até o ano de 2020. Globalmente, segundo o Relatório Objetivos de Desenvolvimento Sustentável elaborado pela ONU em 2015, os desmatamentos de florestas, até o ano de 2010 haviam diminuído, porém, as emissões de gás carbônico aumentaram mais de 50% (ROMA, 2019, p. 37).

Por fim, o objetivo de número oito buscava estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento por meio de um sistema comercial e financeiro aberto, regado e não discriminatório; atendidas as necessidades especiais de países em desenvolvimento, de países sem acesso ao mar e dos pequenos Estados insulares; tratando o problema da dívida global e cooperando com empresas farmacêuticas para o acesso a medicamentos essenciais com preços acessíveis nos países em desenvolvimento e com o setor privado para o acesso facilitado a novas tecnologias (ANDRADE, 2014, p. 57). Esse objetivo estabelece uma parceria mundial para o desenvolvimento e revela a configuração capitalista, de forma que suas metas estão centradas nos problemas gerados pelo mercado mundial (REZENDE, 2007, p. 177).

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio com certeza foram essenciais na evolução global em busca de um desenvolvimento sustentável, mas algumas mudanças foram necessárias em função de novas demandas e também pelas mudanças ocorridas dentro de cada país-membro.

## **2. OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA AGENDA 2030**

Neste item, aborda-se o significado dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a sua origem. Além disso, traz-se os dezessete objetivos, um a um, dando um panorama geral sobre os temas e, por último, a legislação brasileira relacionada ao desenvolvimento sustentável, tendo como elemento central a Constituição Federal.

## 2.1. O significado dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda

### 2030

Faz parte de uma agenda ter uma data de início e outra de vencimento. Uma vez que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio tinham como data de vencimento o ano de 2015, em 2012, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) foi elaborado um documento chamado “O Futuro que Queremos” que continha as bases para uma construção coletiva entre os países-membros da ONU de um novo conjunto de objetivos relacionados ao desenvolvimento sustentável, que valeria a partir do pós-2015. O documento adotado, após negociações, em 2015 na Assembleia Geral da ONU foi o “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, com dezessete objetivos e 169 metas, válidos por quinze anos, ou seja, até 2030 (ROMA, 2019, p. 38).

Os objetivos da Agenda 2030 foram denominados “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS), e são, portanto, uma sequência mais elaborada dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM).

Pode-se dizer que a Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável foram desenvolvidos desde 2012, na Conferência Rio+20, apesar de a Colômbia, a Guatemala e o Peru terem proposto a definição dos objetivos no período anterior à conferência. Durante a sua construção, foi chamado de processo Pós-2015, ou seja, após o ano de 2015, quando encerraria os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Por isso, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável abordam muito do que foram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, mas com diversas evoluções a serem seguidas, como a intensificação do combate à pobreza e à fome, melhorias na educação, na saúde, na água, no saneamento básico e na busca pela igualdade de gênero. Também foram trazidas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, questões da Agenda 21, originada na Rio+92 como o consumo sustentável, combate às mudanças climáticas e a preservação de tudo que envolva ou proporcione vida, como oceanos e ecossistemas terrestres. Buscou-se evitar erros estruturais dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (BEISHEIM, 2016, p. 3).

É muito comum considerar o processo de construção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como algo racionalmente planejado a partir de um projeto padrão. Porém, vê-los como originados de um período de extensas discussões e tensões, dadas as diferenças entre os atores e seus interesses, faz com que se pareça mais ajustado à realidade (OSÉS; MARTÍNEZ, 2016, p. 79).

As delegações que participaram das negociações optaram por uma abordagem mais holística, já que são diversas as dimensões do desenvolvimento sustentável. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável também incluem questões de direitos humanos, refletidos em todos os objetivos e metas. Dessas questões, os princípios da responsabilidade, da participação e da não discriminação têm uma atuação central, pois 156 das 169 metas “(mais de 92%) têm ligações substanciais com instrumentos de direitos humanos e normas laborais” (ANDRADE, 2017, p. 40).

É importante ressaltar que a Agenda 2030, com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as respectivas metas é um documento de nível global, por isso, alguns de seus indicadores não têm relação com o contexto local. Cada país tem a liberdade de escolher as ações a serem tomadas e também estabelecer os próprios indicadores para o uso como base para alcance dos objetivos (CANABRAVA, 2017, p. 42).

Além disso, a atuação do setor privado tem grande importância no processo de incorporação das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável pelo seu grande poder econômico, propulsor de inovações e tecnologias, além de exercer grande influência e engajamento aos mais diversos públicos como governos, fornecedores, colaboradores e consumidores (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d.). Os novos objetivos também conclamam, além das nações desenvolvidas e em desenvolvimento e das empresas privadas, instituições e organizações (governamentais e não governamentais), academia, mídia e sociedade civil para agirem em prol do que se chama “5 P’s” da Agenda 2030: a) pessoas; b) planeta; c) parcerias; d) prosperidade; e d) paz (OKADO; QUINELLI, 2016, p. 120).

Ainda que se tenha o apoio e engajamento dos mais diversos setores, também são necessários para o enfrentamento dos desafios impostos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, mecanismos de avaliação e acompanhamento do progresso, de forma a compreender e acompanhar o avanço do desenvolvimento sustentável nos países para que seja possível ajustá-lo quando necessário. “O acompanhamento no nível global é necessário pois os países em diferentes regiões ou no mesmo nível de desenvolvimento podem enfrentar desafios semelhantes e, portanto, têm lições para compartilhar” (ANDRADE, 2017, p. 45).

Portanto, os objetivos são diversos, mas inter-relacionados, cabendo a adaptação à realidade de cada Estado-membro.

## 2.2. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

São dezessete os objetivos de desenvolvimento sustentável, que se dividem em temas aos quais os países adeptos devem dar mais atenção, e buscar o seu cumprimento até 2030. Conforme as Nações Unidas Brasil (s.d., <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>), os objetivos são:

O primeiro objetivo é a erradicação da pobreza, em todas as formas e em todos os lugares, tendo dentre as suas metas a garantia de “que todos os homens e mulheres, particularmente os pobres e vulneráveis, tenham direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a serviços básicos, propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade [...]”

O objetivo de número dois é erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável, o que inclui metas como “acabar com a fome e garantir o acesso de todas as pessoas, em particular os pobres e pessoas em situações vulneráveis, incluindo crianças, a alimentos seguros, nutritivos e suficientes durante todo o ano” e “garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção, que ajudem a manter os ecossistemas [...]”.

Saúde e Bem-Estar é o terceiro enfoque, com o objetivo de garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades. Algumas de suas metas são “reduzir a taxa de mortalidade materna global [...]”; “acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos [...]”; “atingir a cobertura universal de saúde, [...], o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos”.

O quarto objetivo é garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. Dentre as metas, estão a garantia de “que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes” como também o acesso a homens e mulheres à educação técnica e superior de qualidade, a preços acessíveis.

Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas é o quinto objetivo, estando entre as metas “eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas”. O sexto objetivo busca garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos. Uma das metas para alcançá-lo é “alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos”, assim como acesso ao saneamento e higiene adequada.

Como objetivo número sete, tem-se garantir o acesso a fontes de energia fiáveis, sustentáveis e modernas para todos, devendo, para isso, entre outras questões, “assegurar o acesso universal, confiável, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia” e também aumentar o uso de energias renováveis. Também o objetivo de número oito busca promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos, estando, dentre as metas, a redução substancial da proporção de jovens sem emprego, educação ou formação.

O nono objetivo busca a construção de infraestruturas resilientes, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento da inovação, o que impõe como meta – além de outras – o fortalecimento da pesquisa científica e das capacidades tecnológicas de setores industriais.

Como décimo – e muito importante – objetivo, tem-se a redução das desigualdades no interior dos países e entre países, o que demanda, entre outras questões “empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra”. Já o de número onze visa tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis, iniciando pela garantia ao acesso de todos à habitação segura, adequada e com preços acessíveis, além dos serviços básicos e da urbanização de favelas.

Os objetivos treze, catorze, quinze e dezesseis, estão atrelados ao meio ambiente e suas ramificações, sendo eles, respectivamente: “garantir padrões de consumo e de produção sustentáveis”; “adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos”; “conservar e usar de forma sustentável os oceanos, mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável” e “proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, travar e reverter a degradação dos solos e travar a perda da biodiversidade”.

Por último – e não menos importante -, o objetivo dezessete convida a reforçar os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável, sendo necessário, para isso, ações como o fortalecimento da mobilização de recursos internos – inclusive com apoio internacional – para melhorar a capacidade nacional de arrecadação de tributos.

Todas as metas representam evolução em diferentes campos da humanidade. Alguns convergem entre si, outros não, mas todos dizem respeito a um objetivo maior: a garantia dos direitos humanos, em especial de uma vida digna a todas as pessoas.

### **2.3. A legislação brasileira relacionada ao desenvolvimento sustentável**

Embora sustentabilidade não se restrinja a questões ambientais, a maior parte da legislação é direcionada a esse tema, enquanto as outras dimensões concentram-se mais em políticas de governo. Porém, a legislação brasileira traz algumas questões que, por estarem na lei e pela transformação das ideias, é intangível.

Parte-se do pressuposto que o desenvolvimento é um direito fundamental. Ele está na mesma dimensão que o direito a um ambiente equilibrado e saudável. Dessa interação entre desenvolvimento econômico e ambiente, surge o desenvolvimento sustentável. É importante salientar que o desenvolvimento sustentável não é apenas o equilíbrio entre o econômico e o ecológico, mas também de outros elementos que compõem o ambiente, sejam naturais, artificiais ou culturais – ou que indiretamente podem afetar o homem (FERNANDES, 2008, p. 21).

No artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estão os direitos sociais, que são “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Ou seja, garantindo direitos que permeiam diversas das dimensões de sustentabilidade, e também, diversos dos enfoques dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Ainda que não especifique a forma como devem ser garantidos, deixa claro que todas as pessoas são detentoras desses direitos, sejam elas crianças, adolescentes, adultas ou idosas, independentemente de classe social, gênero, raça ou etnia – depende da política de governo a busca pelo alcance desses direitos a todos e todas.

Também vale ressaltar o artigo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz alguns direitos dos trabalhadores, prevendo, por exemplo, o salário-mínimo e a proibição da distinção entre o salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, o que demonstra, mais uma vez, relação com um desenvolvimento sustentável, tendo conexão direta com os objetivos de números oito e dez – ainda que seja apenas uma pequena parte do que é a sustentabilidade.

Além desses, há também o artigo 170 da Constituição Federal, que prevê que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais [...] (BRASIL, 1988).

A existência digna, pelos ditames da justiça social, a valorização do trabalho humano e a redução das desigualdades regionais e sociais também vão de encontro aos objetivos oito e dez, diretamente. A função social da propriedade está ligada aos objetivos de números um e dois. Já a defesa do meio ambiente relaciona-se com, no mínimo quatro objetivos: doze, treze, catorze e quinze.

O artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) também tem grande importância, neste caso, em relação ao meio ambiente. Ele dá a todos o direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, como também impõe ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade de defendê-lo e preservá-lo. O parágrafo primeiro traz as incumbências do Poder Público, estando, entre elas, a promoção de educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e a definição de espaços territoriais, por todas as unidades da Federação, e seus componentes a serem especialmente protegidos.

Há ainda, leis infraconstitucionais importantes na busca por um desenvolvimento sustentável. A Lei nº 10.257 de 2001 - Estatuto da Cidade - é uma delas, que estabelece em seu artigo segundo, inciso I, a garantia do direito a cidades sustentáveis. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000) apresenta, em diversos dispositivos “a preocupação com o uso sustentável dos recursos naturais e o manejo desses espaços protegidos”. A Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/1999) traz a concepção de meio ambiente, considerando os

O contexto dos indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável sobre crianças e adolescentes no estado do Rio Grande do Sul

meios natural, socioeconômico e cultural interdependentes sob o enfoque da sustentabilidade (VILANI, 2013, p. 843-844).

Portanto, há previsões legislativas relacionadas à sustentabilidade, ainda que os meios para esse alcance não sejam definidos, cabendo assim, a cada política de governo a sua definição.

### **3. OS INDICADORES DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL**

Neste item, relaciona-se a Agenda 2030 e o Direito da Criança e do Adolescente a partir da teoria da proteção integral, faz-se uma análise dos indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável produzidos no Rio Grande do Sul a partir dos dados compilados pela Fundação Abrinq, bem como identifica-se a violação de direitos de crianças e adolescentes a partir dos indicadores produzidos no Rio Grande do Sul.

#### **3.1. A relação entre a Agenda 2030 e o Direito da Criança e do Adolescente**

A Constituição Federal de 1988 inaugurou no Brasil o que se chama teoria da proteção integral, rompendo com o menorismo e a doutrina da situação irregular, em que as crianças e os adolescentes não eram considerados sujeitos de direito.

A teoria da proteção integral traz consigo a união das necessidades sociais iminentes e de “elementos complexos que envolveram mudança de valores, princípios, regras e neste contexto conviver com a perspectiva emancipadora do reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente” (CUSTÓDIO, 2008, p. 31).

Assim, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, detentores de direitos humanos e fundamentais. Dada a sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento, o Direito da Criança e do Adolescente – que não se atém ao Estatuto da Criança e do Adolescente -, é regido por princípios bases e norteadores (VERONESE, 2003, p. 439).

Um desses princípios é o interesse superior da criança. Previsto no artigo 3º, 1 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, dita que quaisquer ações relacionadas às crianças, feitas por instituições ou órgãos públicos, privados, tribunais, devem considerar, de partida, o melhor interesse da criança (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 114). Ele limita e orienta decisões sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, como também serve de critério hermenêutico, de resolução de colisão de direitos previstos na Convenção, de orientação e avaliação de legislação e de práticas que não estejam expressas na lei (LIMA, 2001, p. 213).

Além desse, há o princípio da prioridade absoluta, o qual também serve como critério interpretativo na solução de conflitos. O seu enfoque é reforçar a “verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução” (CUSTÓDIO, 2008, p. 34). Ou seja, as crianças e os adolescentes devem estar no topo da escala de preocupações tanto da família, como da sociedade e do Estado, o que também reflete na responsabilidade compartilhada – tríplice responsabilidade compartilhada – entre os três, na garantia de direitos fundamentais e tudo o que o Direito da Criança e do Adolescente contempla (LIMA, 2001, p. 217).

No contexto jurídico, a afirmação desse ramo do direito brasileiro apresenta-se como um instrumento com a capacidade de impulsionar transformações normativas e sociais, dando efetividade aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (REIS, 2015, p. 58).

Observar a teoria da proteção integral significa garantir que todas as crianças e todos os adolescentes sejam beneficiários de políticas sociais básicas, complementares ou assistenciais - o que difere de assistencialismo -, ações político-administrativas, programas de atendimento e mecanismos jurídico-processuais, sendo a sociedade, o Estado e a família, responsáveis pela eficiência dessa operacionalização. Isso demonstra o caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente (LIMA, 2001, p. 177).

A Agenda 2030 busca “conciliar e explorar um modelo global com vista à erradicação da pobreza, à promoção da prosperidade e bem-estar de todos, e à proteção do ambiente salientando o fenômeno das alterações climáticas” (RESENDE, 2018, p. 10).

Uma vez que a teoria da proteção integral é garantista, no sentido de buscar garantir às crianças e aos adolescentes uma vida digna, dotada de direitos humanos e fundamentais, efetivados não apenas formalmente, mas também materialmente, a Agenda 2030 vai de encontro a isso, pois visa um desenvolvimento sustentável não apenas para uma parte das pessoas e do ambiente em que vivem, mas sim, para todos.

As crianças e os adolescentes são, portanto, sujeitos de direitos, e por isso, devem usufruir de tudo aquilo que seja benéfico, respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Sendo a Agenda 2030, a busca por uma melhora no desenvolvimento, seja essa melhora social, cultural, política, ecológica, ambiental, econômica ou territorial, as crianças e os adolescentes estão inclusos nela.

Além disso, há objetivos e metas com enfoques para as crianças e/ou os adolescentes, as quais devem ser priorizadas no seu cumprimento, diante do princípio da prioridade absoluta. Os objetivos com enfoques diretos a esses sujeitos de direito são os de erradicação da pobreza, fome zero, saúde e bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, trabalho decente, redução das desigualdades, cidades e comunidades sustentáveis e paz, justiça e instituições eficazes.

### **3.2. Os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável produzidos no Rio Grande do Sul (RS)**

A Fundação Abrinq, através do Observatório da Criança e do Adolescente, compilou os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019), que tem relação com as crianças e/ou os adolescentes. Dentro dos objetivos de erradicação da pobreza, fome zero, saúde e bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, trabalho decente, redução das desigualdades, cidades e comunidades sustentáveis e paz, justiça e instituições eficazes, há 296 indicadores, motivo pelo qual serão selecionados alguns deles para abordar.

No ano de 2019, a estimativa populacional brasileira de zero a dezenove anos de idade era de aproximadamente 69,5 milhões. Nesse mesmo ano, a estimativa populacional de zero a dezenove anos no Rio Grande do Sul era de aproximadamente 3,5 milhões, em Santa Catarina era de pouco mais de 2 milhões e no Paraná, pouco mais de 3,5 milhões (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019). Ressalte-se que, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), no Brasil, o Rio Grande do Sul ficou atrás apenas de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná no ano de 2020, o

que demonstra a importância do estado na economia brasileira, de forma que a qualidade de vida da população possa também influenciar em tal questão (IBGE, 2020). Assim, a atenção às garantias de direitos da população, em especial aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável mostra-se essencial.

No objetivo de número um - Erradicação da pobreza -, no índice relacionado à proporção da população identificada às classes de rendimentos mais baixos, no ano de 2019, mais de 60 milhões de brasileiros viviam em classes de rendimento domiciliar mensal *per capita* de até meio salário mínimo. Desses, quase um milhão e quatrocentas mil pessoas eram no Rio Grande do Sul, 12,3% da população total do estado. No Brasil, dos mais de 60, 18,8 milhões eram crianças e adolescentes com menos de catorze anos de idade nessa situação, sendo 517 mil crianças e adolescentes do Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

No objetivo referente à “Fome Zero”, também no ano de 2019, havia mais de 660 mil crianças com menos de cinco anos de idade – relação entre altura e idade - que sofriam de desnutrição crônica. No Rio Grande do Sul, nesse mesmo ano, o índice era de pouco mais de 16 mil crianças. Também nesse ano, o número de crianças com menos de cinco anos, abaixo do peso ideal chegou, em nível de Brasil, a quase 165 mil crianças, das quais, aproximadamente 2.500 eram do Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

Em relação à boa saúde e bem-estar – objetivo de número 3 -, há trinta e nove indicadores, dos quais, opta-se por apresentar três. O primeiro deles é sobre a taxa de mortalidade na infância, considerando crianças de até quatro anos de idade. No Brasil, em 2019, a cada mil nascidos vivos, a taxa de mortalidade na infância foi de 14,4, enquanto no Rio Grande do Sul esse número foi de 12,1. A gravidez na adolescência também continua alta – incluindo também gravidezes na infância e algumas com mais de dezoito anos. Em 2019, no Brasil, quase 420 mil crianças nasceram vivas de mães entre zero e dezenove anos. Desse número, aproximadamente 15 mil nasceram no Rio Grande do Sul, de mães entre zero e dezenove anos (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

Ainda, no ano de 2019, 79,6% das crianças registradas, com menos de um ano de idade foram imunizadas por vacinas imunobiológicas no Brasil. No Rio Grande do Sul, no mesmo ano, esse percentual foi de 82,5% (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

O objetivo de número quatro, sobre educação é o que mais possui indicadores: 160. Desses, opta-se por quatro que demonstram muito sobre o ensino e as suas nuances. Em 2019, o número de estabelecimentos que utilizam material didático específico para os povos e comunidades indígenas no Brasil era de 1.013. Já no Rio Grande do Sul, nas mesmas condições, o número era de apenas 21. (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

A taxa de abandono escolar no ensino fundamental, em 2019 no Brasil foi de 1,2%, e no Rio Grande do Sul, de 0,9%. Enquanto isso, no ensino médio, essa taxa sobe para 4,8%, no Brasil, e 5,3% no Rio Grande do Sul. A taxa de analfabetismo segue alta para pessoas com 15 ou mais anos de idade, contando com 11,3 milhões no Brasil, e 275 mil no Rio Grande do Sul – nesse número, estão inclusos adolescentes entre 15 e 18 anos de idade (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

A igualdade de gênero – objetivo cinco -, apesar da evolução dos últimos vinte anos, ainda precisa de muitos esforços para ser alcançada. Em 2019, no Brasil, quase 21 mil denúncias foram feitas ao Disque 100 apenas de violência sexual. No Rio Grande do Sul, o número foi de 859. Ressalte-se que apenas relacionado a um tipo de violência e apenas um dos meios pelos

quais se recebem notificações. Também, em 2018, quase 90 mil meninas com menos de dezanove anos casaram no Brasil. No Rio Grande do Sul foram pouco mais de três mil (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

A falta de água limpa e saneamento pode matar. Em 2019, a taxa para cada 100 mil habitantes e o número de óbitos relacionados a fontes de água e saneamento inadequados e falta de higiene no Brasil, de crianças entre zero e quatro anos foi de 4,6 – sendo que apenas foi calculada com base nos municípios com mais de 100 mil residentes. Essa mesma taxa, no Rio Grande do Sul foi de 1,8. Entre cinco e nove anos de idade, no mesmo ano, no Brasil a taxa foi de 0,4 e no Rio Grande do Sul, de 0,6. A taxa de óbitos por essa causa também no ano de 2019, de crianças e adolescentes de dez a catorze anos de idade foi de 0,2, tanto no Brasil como no Rio Grande do Sul. Por fim, a taxa de óbitos de adolescentes – e adultos, entre dezoito e dezanove - entre quinze e dezanove anos foi de 0,3 no Brasil e 0,2 no Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

O objetivo de número oito traz a busca pelo emprego digno e crescimento econômico, ao passo que os índices apresentados demonstram a existência de um número expressivamente alto de trabalho infantil. No ano de 2015, quase 2,7 milhões de crianças e adolescentes entre cinco e dezessete anos trabalhavam no Brasil. No Rio Grande do Sul, eram quase 178 mil nesse mesmo ano (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019). Ressalte-se que nesse número, há adolescentes que trabalham legalmente, como a partir dos dezesseis anos – exceto com trabalho perigoso, insalubre ou noturno. Porém, nesse número também não estão incluídas muitas das crianças que trabalham, dos casos que não chegaram às autoridades, em virtude da fragilidade dos sistemas de notificação. O trabalho infantil é um dos motivos do abandono escolar, o que também reflete no objetivo de número quatro, sobre educação.

No objetivo de número 10, sobre redução de desigualdade, tem-se o Coeficiente Gini de desigualdade, que é um instrumento que mede a concentração de renda de determinado grupo, apontando a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos. Varia de zero a um, sendo zero a situação de igualdade, e quanto mais próximo de um, maior a desigualdade de um território (WOLFFENBÜTTEL, 2004). No ano de 2014, o Coeficiente no Brasil era de 0,518. No Rio Grande do Sul, esse mesmo Coeficiente era 0,476 no mesmo ano (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

O objetivo onze - cidades e comunidades sustentáveis – apresenta índices como o adensamento excessivo, que no Brasil, em 2019 era realidade no domicílio de mais de 9,7 milhões de pessoas. No Rio Grande do Sul, aproximadamente 268 mil pessoas viviam nessas condições naquele ano. Também traz a quantidade absoluta de óbitos de crianças e adolescentes, entre zero e dezanove anos de idade, em acidentes de transporte notificados aos sistemas de saúde, que em 2019 atingiu 3.038 crianças e adolescentes no Brasil, sendo 161 do Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

Ao objetivo de número dezesseis, sobre paz, justiça e instituições fortes estão conectados índices de diversas formas de violência ou violações de direitos contra as crianças e os adolescentes. Uma das violências apresentadas é o estupro contra a criança e o adolescente – neste caso, com menos de dezanove anos, o que inclui adultos entre dezoito e dezanove -, que no ano de 2018 vitimou 22.645 no Brasil – com dados apenas do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) - e 1.695 crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul. De exploração sexual, no mesmo ano, mesma faixa etária e fonte, 981 crianças e adolescentes foram vítimas no Brasil, e 71 no Rio Grande do Sul. A violência sexual, que abrange várias formas, em 2018 a nível nacional foram 31.799 casos, e a nível estadual, 2.217 (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

Ainda que extremamente subnotificada, a violência física também é recorrente na vida de muitas crianças e muitos adolescentes: em 2018, no Brasil, foram 59.167 casos registrados, enquanto no Rio Grande do Sul, foram 2.862. É preocupante o número de homicídios por armas de fogo de crianças e adolescentes entre zero e dezenove anos de idade, que em 2018 vitimou 7.851 crianças e adolescentes no Brasil, e 382 no Rio Grande do Sul (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2019).

É essencial ressaltar que em todos os dados, ainda que sejam relevantes e demonstrem diversas carências, principalmente de políticas públicas, há um índice alto de subnotificação, ou seja, casos que não chegam aos registros oficiais e, por isso, não estão nos números, isso significa que os números são ainda maiores.

### **3.3. A violação de direitos de crianças e adolescentes a partir dos indicadores produzidos no Rio Grande do Sul**

Independente do número de violações, todas e cada uma devem ser levadas em consideração, tanto para fornecer o suporte necessário à vítima, como para formular políticas públicas e mecanismos para coibi-la. Violação de direitos quer dizer não apenas a ausência da garantia material dos direitos tidos pelas crianças e pelos adolescentes – ou por qualquer ser humano –, mas quando, além disso, eles são infringidos, violados, desrespeitados.

Sendo assim, cada indicador em que há uma criança ou um adolescente vítima de alguma ação ou omissão, seja por parte do Estado/estado ou por outro ser humano/família/sociedade, considera-se uma violação de direitos.

Dos índices relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentados, em todos há pelo menos uma violação. Algumas das violações também atuam como causa para outras violações.

No Objetivos de Desenvolvimento Sustentável número um, vê-se que há um grande número de pessoas sobrevivendo com rendimentos domiciliares baixos. A pobreza e a extrema pobreza, além de gerar consequências como a fome, desnutrição, o frio, e diversas doenças – pela ausência de acesso à saneamento, alimentação adequada, etc. –, também é causa de outras violações, como o trabalho infantil, em que as crianças e os adolescentes trabalham para complementar a renda familiar – ainda que isso não aconteça – e acabam por perpetuar os ciclos intergeracionais da pobreza, impedindo também o desenvolvimento educacional e a profissionalização (CABRAL; MOREIRA, 2019, p. 5).

A fome, cujo combate está relacionado ao objetivo dois, muito tem a ver com a pobreza e principalmente com a desigualdade social e concentração de renda - demonstrado nos índices do objetivo dez. Dentre as consequências da fome para as crianças, está a dificuldade no aprendizado e no desempenho acadêmico, o que provoca o desestímulo e o conseqüente abandono escolar – e o aumento do trabalho infantil. Também contribui para o surgimento de doenças, influenciando inclusive no sistema de saúde do estado ou do país (PLAN INTERNATIONAL BRASIL, 2017). No Rio Grande do Sul são pelo menos 16 mil crianças com menos de cinco anos de idade com desnutrição crônica, o que viola diretamente os direitos à vida, à saúde, à dignidade e à educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º, traz o direito à vida e à saúde à criança e ao adolescente, que deve se dar “mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de

existência” (BRASIL, 1990). A mortalidade na infância, a gravidez na adolescência, a não imunização de todas as crianças com menos de um ano de idade e a falta de água limpa e saneamento – esta do objetivo seis - violam diretamente esse direito. A gravidez na infância e na adolescência, além da ausência de políticas públicas de saúde voltadas para esse tema, também viola o direito à educação, nesse caso, educação sexual. Ambas têm índices elevados no RS.

A educação também é um direito previsto legalmente às crianças e aos adolescentes. Os índices do Rio Grande do Sul – e do Brasil - relacionados ao objetivo de número quatro violam esse direito. Deve-se ressaltar a taxa de abandono escolar, que aumenta significativamente no ensino médio no RS. Grande parte desse aumento é consequência do trabalho infantil, especialmente dos adolescentes que nessa fase – do ensino médio – começam a trabalhar. Estudos sobre a relação do trabalho infantil e da educação informam que o trabalho precoce prejudica e impede a escolarização, e quanto maior a idade da criança ou do adolescente, mais grave essa condição se torna (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 129). Inevitavelmente, também reflete nos índices do objetivo de número oito, que também demonstram a violação ao direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Os índices dos objetivos de número cinco e dezesseis se comunicam. A violência, por si só, viola diversos direitos, como a saúde – física e psicológica -, e a dignidade. A violência contra a criança e o adolescente infelizmente ainda é comum no Brasil. Especialmente a violência sexual possui um recorte específico de sexo/gênero. No ano de 2018, mais de 27 mil meninas foram vítimas de violência sexual, enquanto pouco mais de 4,5 mil meninos foram vítimas nessas mesmas condições, no Brasil. O RS reflete o mesmo: enquanto há registro de mais de 1,8 mil meninas vítimas de violência sexual em 2018, 478 meninos foram vítima. (FUNDAÇÃO ABRINQ, 2018). Esses dados revelam, entre diversas violações de direitos, o machismo ainda presente.

A ausência de comunidades e cidades sustentáveis abarcam violação a todos – ou quase todos – os direitos, especialmente o de dignidade na sua amplitude, eis que a sustentabilidade possui diversas nuances e, por isso, a ausência dela nas comunidades ou cidades, representa uma violação completa de direitos.

## CONCLUSÃO

O termo desenvolvimento sustentável, que representa um conjunto de ações para a geração atual, que não compromete a futura, pelo contrário, beneficia-a, abrange uma série de questões. A começar pela sustentabilidade, nas suas mais diversas dimensões, sejam elas econômica, ambiental, social, cultural, ecológica, territorial ou política. A evolução do que se tem por desenvolvimento sustentável e dos objetivos relacionados a ele se dá, muito pelas Conferências das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável, onde começou a discussão entre países para uma cooperação internacional com esse fim. A união entre os países, proporcionada, em partes pelas referidas conferências, deu origem aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que surgiram no ano de 2000, através da Declaração do Milênio das Nações Unidas. Esses foram os objetivos antecessores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A última Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável foi em 2012, no Rio de Janeiro, quando e onde iniciou-se o processo de diálogo sobre a necessidade de aprimorar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Assim, em 2015, na Assembleia Geral da ONU foi adotada a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, onde estão os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Neles, há essa evolução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, com a intensificação do combate à pobreza e à fome, melhorias na educação, na saúde,

na água, no saneamento básico e na busca pela igualdade de gênero, além de consumo sustentável, combate às mudanças climáticas e a preservação do ambiente natural como um todo.

São dezessete os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, respectivamente, do um ao dezessete: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz justiça e instituições eficazes e parcerias e meios de implementação. Diversas das metas estipuladas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável encontram-se na legislação brasileira, especialmente na Constituição Federal, nos artigos 5º, 6º, 7º, 170 e 225, além de legislações infraconstitucionais.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estão diretamente relacionados aos direitos das crianças e dos adolescentes. De partida, porque são sujeitos de direitos, o que os torna tão parte dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como os adultos e idosos. Além disso, há diversas metas que dizem respeito diretamente às crianças e aos adolescentes.

Os indicadores trazidos dizem respeito apenas a índices já existentes, ou seja, ainda há diversos indicadores faltantes sobre as metas, o que por si só já constitui uma ameaça aos direitos, eis que, quando não existem dados ou eles são incompletos, dificilmente essa ameaça ou até violação, chama a atenção das autoridades competentes.

Assim, em resposta ao problema de pesquisa “como os indicadores de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentam a situação de violação de direitos de crianças e adolescentes no Estado do Rio Grande do Sul?”, há a confirmação da hipótese, eis que a violação demonstrada nos índices diz respeito à ausência ou ineficiência na garantia dos mais diversos direitos de crianças e adolescentes, em vários âmbitos. Os índices também demonstram a falta de ações, mecanismos e políticas públicas de prevenção e erradicação dessas violações e principalmente, violação à proteção integral e à prioridade absoluta, este que determina que os investimentos, os enfoques e a atenção devem-se voltar, prioritariamente à criança e ao adolescente.

Desta forma, além das violações de direitos específicos que os índices apresentam, eles também trazem que, ao longo dos anos, nada se fez para enfrentar essas violações e garantir os direitos de crianças e adolescentes, ou seja, demonstra aquilo que o país e o estado do Rio Grande do Sul estão deixando de fazer, as áreas que não estão dando atenção, isso sem esquecer, é claro, da tríplice responsabilidade compartilhada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jade Alves Souza de. **Avaliação e acompanhamento no nível global da implementação da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Dissertação (Mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2017. Disponível em: [https://sustentabilidade.ufop.br/sites/default/files/sustentabilidade/files/dissertacao\\_final\\_jade\\_de\\_andrade.pdf?m=1523560781](https://sustentabilidade.ufop.br/sites/default/files/sustentabilidade/files/dissertacao_final_jade_de_andrade.pdf?m=1523560781). Acesso em: 20 jan. 2021.

ANDRADE, Letícia Cunha de. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs): a dimensão social da cooperação internacional para o desenvolvimento. **Perspectivas do Desenvolvimento: um enfoque multidimensional**, 2. ed., v. 2., n. 2., 2014.

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. **O socioambientalismo na perspectiva da sociedade civil latino americana**: uma análise no âmbito das conferências das Nações Unidas.

Tese (Doutorado em Ambiente e Sociedade) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280516>. Acesso em: 14 jan. 2021.

BEISHEIM, Marianne. Follow-up and Review: Developing the Institutional Framework for Implementing and Reviewing the Sustainable Development Goals and Partnerships. **Working Paper**. Berlin: SWP Berlin, 2016. Disponível em: [https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/WP\\_FG8\\_2016\\_02\\_bsh.pdf](https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/WP_FG8_2016_02_bsh.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

BERCHIN, Issa Ibrahim; CARVALHO, Andréia de Simas Cunha. O papel das conferências internacionais sobre o meio ambiente para o desenvolvimento dos regimes internacionais ambientais: de Estocolmo à Rio + 20. In: COSTA, R. S. da; GUERRA, J. B. S. O. de A.; DIAS, T. (org). **Debates Interdisciplinares VII**. Palhoça: Unisul, 2016. p. 167-185. *E-book*. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1934/Debates%20interdisciplinares%20VII.pdf?sequence=1#page=168>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm). Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Nações Unidas. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tema/odm/>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2020. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. **Sobre a Rio+20**. s.d. Disponível em: [http://www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20.html](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html). Acesso em: 15 jan. 2020.

BUENO, Roberto Eduardo. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e Saúde Bucal**. 2008. 142 f. Dissertação (Mestrado em Odontologia) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_arquivos/4/TDE-2009-05-08T113726Z-1134/Publico/RobertoEduardo.pdf](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2009-05-08T113726Z-1134/Publico/RobertoEduardo.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

CABRAL, Maria Eliza Leal; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral. In: Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 15.; Mostra Internacional de Trabalhos Científicos, 11., 2019, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos do XV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18830/1192612091>. Acesso em: 26 jan. 2021.

CAL, Carla Monteaperto. **Histórico ODM**. Secretaria de Governo da Presidência da República, Brasília, 2017. Disponível em: [http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/copy\\_of\\_historico-odm](http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/copy_of_historico-odm). Acesso em: 18 jan. 2020.

CAMACHO, Beatriz Isabel Jardim. **Dos objetivos de desenvolvimento do milênio aos objetivos desenvolvimento sustentável: trajetórias, percepções e desafios nas ONGD portuguesas**. Dissertação (Mestrado em Estudos de Desenvolvimento) - ISCTE-IUL, Lisboa, 2017. Disponível em <http://hdl.handle.net/10071/15359>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CANABRAVA, Daniel Saraiva. **Avaliação do desempenho ambiental da Favela Sol Nascente em Brasília-DF e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola Politécnica, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.dissertacoes.poli.ufrj.br/dissertacoes/dissert-poli2437.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CATALISA. **Rede de Cooperação para a Sustentabilidade**. Disponível em: <https://catalisa.org.br/textoteca/o-conceito-de-sustentabilidade-e-desenvolvimento-sustent/>. Acesso em: 14 jan. 2021.

CLARO, Priscila Borin de Oliveira; CLARO, Danny Pimentel; AMÂNCIO, Robson. Entendendo o conceito de sustentabilidade nas organizações. **Revista de Administração-RAUSP**, v. 43, n. 4, p. 289-300, 2008. Disponível em: <https://www.re-dalyc.org/pdf/2234/223417504001.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Multidéia, 2009. v. 1. 232p.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 3, Curitiba, 2008. Disponível em: <https://revistaetro-nicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/125/124>. Acesso em: 21 jan. 2021.

FERRAZ, José Maria Gusman. As dimensões da sustentabilidade e seus indicadores. In: MARQUES, J. F.; SKORUPA, L. A.; FERRAZ, J. M. G. (Ed.). **Indicadores de sustentabilidade em agroecossistemas**. Jaguariúna: Embrapa Meio Ambiente, 2003. 281 p. Parte I, cap.1, p. 15-35.

FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: dimensões e métodos de mensuração de resultados. **Desenvolve Revista de Gestão do Unilasalle**, v. 3, n. 2, p. 151-168, 2014. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316/1182>. Acesso em: 13 jan. 2021.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Casos notificados de violência sexual contra crianças e adolescentes segundo sexo**. 2018. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/violencia/1167-casos-notificados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-segundo-sexo?filters=1,1938;27,1938>. Acesso em: 27 jan. 2021.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Observatório da Criança e do Adolescente**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/crianca-adolescente-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 14 jun. 2020.

GUIMARAES, Roberto; FONTOURA, Yuna. Desenvolvimento sustentável na Rio + 20: discursos, avanços, retrocessos e novas perspectivas. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, pág. 508-532, 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-39512012000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512012000300004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 16 jan. 2021.

IBGE. Produto Interno Bruto – PIB. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 11 fev. 2023.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. s.d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 21 jan. 2021.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142012000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 jan. 2021.

OLIVEIRA, Natália Couto de; MOREIRA, Paula Gomes. O Brasil e as três conferências das Nações Unidas sobre meio ambiente. *História e Economia*, v. 9, n. 2, p. 99-116, 2011. Disponível em: <https://historiaeconomia.pt/index.php/he/article/view/80/68>. Acesso em: 15 jan. 2021.

OKADO, Giovanni Hideki Chinaglia; QUINELLI, Larissa. Megatendências Mundiais 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): uma reflexão preliminar sobre a "Nova Agenda" das Nações Unidas. **Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos**, v. 2, n. 2, p. 111-129, 2016. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/baru/article/view/5266>. Acesso em: 31 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Entenda melhor os ODS**. Pacto Global – Rede Brasil, s.d. Disponível em: <https://pactoglobal.org.br/ods>. Acesso em: 20 jan. 2021.

OSÉS, Pablo Martínez; MARTÍNEZ, Ignacio Martínez. La Agenda 2030: ¿cambiar el mundo sin cambiar la distribución del poder?. **Lan Harremanak**: Revista de relaciones laborales. Lejona, España, n. 33, p. 73-102, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5439901>. Acesso em: 31 mai. 2020.

PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **#Agenda2030**: quais são as consequências da fome para o mundo?. 2017. Disponível em: <https://plan.org.br/agenda2030-quais-sao-as-consequencias-da-fome-para-o-mundo/>. Acesso em 27 jan. 2021.

REIS, Suzéte da Silva. **Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente**. 2015. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

RESENDE, Ricardo Miguel de Campos. **A Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nas Grandes Opções do Plano 2017** – uma avaliação no contexto de políticas públicas. 2018. Dissertação (Mestrado em Engenharia do Ambiente) – Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/50889>. Acesso em 30 mai. 2020.

REZENDE, María José de. Os objetivos socioeconômicos denominados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU: os objetivos de um projeto de combate à pobreza absoluta e à exclusão social. **Convergence Journal of Social Sciences**, Toluca, n. 43, 2007. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-14352007000100007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352007000100007&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 19 jan. 2021.

ROMA, Júlio César. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 33-39, 2019. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252019000100011&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 jan. 2021.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. STROH, Paula Yone (org). Tradução: José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013)**. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 22 jan. 2021.

TORRESI, Susana I. Córdoba de; PARDINI, Vera L. ; FERREIRA, Vitor F.. O que é sustentabilidade?. **Química Nova**, São Paulo, v. 33, n. 1, pág. 1, 2010. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-40422010000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422010000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em 13 jan. 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

VILANI, Rodrigo Machado. Legislação e política ambiental no Brasil: as possibilidades do desenvolvimento sustentável e os riscos do retrocesso ambiental. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, Brasília, v. 10, n. 21, p. 829 - 860, 2013. Disponível em: <http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/414/345>. Acesso em: 21 jan. 2021.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - Índice de Gini. **Desafios do desenvolvimento**, Brasília, ano 1, 4. ed., 2004. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&id=2048:catid=28](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28). Acesso em: 24 jan. 2021.

Submetido em: 3 maio 2021.

Aceito em: 17 fev. 2023.

# INAPLICABILIDADE DAS LEIS N<sup>o</sup>s 8.666/93 E 14.133/21 AOS INVESTIMENTOS EM EFICIÊNCIA ENERGÉTICA PREVISTOS NA LEI N<sup>o</sup> 9.991/00

**Carlos Eduardo Montes Netto**

Universidade de Ribeirão Preto, São Paulo.  
carlosmontes3@hotmail.com

**Ângelo Rocha de Oliveira**

Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais,  
Minas Gerais.  
angelo@cefetmg.br

**Resumo:** A eficiência energética é fundamental para a manutenção e o desenvolvimento de qualquer economia. A Lei n<sup>o</sup> 9.991/00 estabeleceu a obrigação de as concessionárias e permissionárias dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica destinarem parte da sua receita operacional líquida a programas de eficiência energética, inclusive em edificações do Poder Público. A utilização desses recursos é disciplinada pela Lei n<sup>o</sup> 9.991/00 e pelos Procedimentos do Programa de Eficiência Energética (PROPEE), regulamentados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Como regra geral, as contratações realizadas pela Administração Pública devem seguir as Leis n<sup>o</sup>s 8.666/93 e 14.133/21. Quando a distribuidora e/ou consumidor beneficiado não estiverem sujeitos às Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, os PROPEE sequer permitem a licitação de projetos, admitindo-a apenas se a distribuidora e/ou beneficiário se sujeitar às Leis n<sup>o</sup>s 8.666/93 e 14.133/21. O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicabilidade das Leis n<sup>o</sup>s 8.666/93 e 14.133/21 aos programas de eficiência energética que envolvam a Administração Pública, considerando que nesses casos já incidem, obrigatoriamente, as disposições da Lei n<sup>o</sup> 9.991/00 e dos PROPEE. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir, ao final, que as Leis n<sup>o</sup>s 8.666/93 e 14.133/21 não se aplicam aos programas de eficiência energética, ainda que envolvam o Poder Público, diante da legislação em vigor e da existência de regras específicas que melhor atendem ao interesse público.

**Palavras-chave:** Lei 9.991/00. Investimentos. Programas de eficiência energética. Aplicabilidade. Leis n<sup>o</sup>s 8.666/93 e 14.133/21.

*Inapplicability of Laws no. 8.666/93 and 14.133/21 to investments in energy efficiency provided for in law no. 9.991/00*

**Abstract:** Energy efficiency is fundamental to the maintenance and development of any economy. Law n<sup>o</sup> 9.991/00 established the obligation for concessionaires and licensees of public electricity distribution services to allocate part of their net operating revenue to energy efficiency programs, including in Public Power buildings. The use of these resources is regulated by Law n<sup>o</sup> 9.991/00 and by the Procedures of the Energy Efficiency Program (PROPEE), regulated by the National Electric Energy Agency (ANEEL). As general rule, contracts carried out by Public Administration must follow Laws 8.666/93 and 14.133/21. When the distributor and/or benefited consumer are not subject to the General Bidding Laws and Administrative Contracts, the PRO-

PEE do not even allow the bidding of projects, admitting it only if the distributor and/or beneficiary is under Laws 8.666/93 and 14.133/21. The objective of this work is to analyze the applicability of Laws nº 8.666/93 and 14.133/21 to energy efficiency programs involving the Public Administration, considering that in these cases, the provisions of Law nº 9.991/00 and PROPEE already apply. The methodology chosen consists in exploratory research using a literature review and qualitative data analysis in order to meet this objective, which led to the conclusion that Laws 8.666/93 and 14.133/21 do not apply to energy efficiency programs, even if they involve the Government, given the legislation in force and the existence of specific rules that better serve the public interest.

**Keywords:** Law 9.991/00. Investments. Energy efficiency programs. Application. Laws 8.666/93 and 14.133/21.

## INTRODUÇÃO

Na atual economia globalizada e competitiva a disponibilidade e o custo da energia elétrica constituem elementos essenciais para o crescimento econômico das nações, impactando direta e indiretamente no bem-estar social dos indivíduos e contribuindo para a efetivação dos seus direitos, incluindo os fundamentais, com o acesso à saúde, à educação, dentre outros.

De acordo com o Boletim Mensal de Energia do Ministério de Minas e Energia (MME) (BRASIL, 2021f), de janeiro a maio de 2021, o consumo de energia elétrica subiu 6,9%, sendo o aumento de demanda agravado pelo baixo volume de chuvas, que tem provocado a redução da capacidade de geração hidráulica, colocando em risco o próprio fornecimento de energia elétrica e resultando na maior necessidade de geração por térmicas e combustíveis fósseis, com impactos direto na política tarifária.

Uma das possíveis alternativas para mitigar o problema consiste na realização de investimentos em eficiência energética, tendo a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000 (BRASIL, 2000), estabelecido a obrigação de as concessionárias e permissionárias aplicarem anualmente parte da sua receita operacional líquida (ROL) em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e em programas de eficiência energética no uso final, observando as suas disposições e os PROPEE, regulamentados pela ANEEL.

O art. 1º, VI da Lei nº 9.991/00 permite o uso desses recursos na instalação de sistemas de geração de energia renovável em edificações utilizadas pela Administração Pública, sendo possível beneficiar hospitais, escolas, ou, ainda, unidades consumidoras abrangidas pela tarifa social de energia elétrica em comunidades de baixa renda ou rurais e a promoção de investimentos no sistema de iluminação pública, contribuindo até mesmo com a segurança pública.

Quando a distribuidora e/ou consumidor beneficiado não estiverem sujeitos às Leis Gerais de Licitações e Contratos Administrativos, os PROPEE não admitem a licitação de projetos, devendo o projeto selecionado ser executado e contratado diretamente pelo proponente selecionado pela chamada pública de projetos, sendo a aplicação das Leis nºs 8.666/93 (BRASIL, 1993) e 14.133/21 (BRASIL, 2021e) admitidas apenas se a distribuidora e/ou consumidor beneficiado estiver sujeito às regras gerais de licitações e contratos.

Nessa perspectiva, diante da possibilidade de os investimentos previstos na Lei nº 9.991/00 abrangerem entes sujeitos às normas gerais de licitações e contratos, do silêncio da Lei 9.991/00 com relação à obrigatoriedade de observância das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 e da previsão genérica dos PROPEE, no item 4.3, que cuida dos procedimentos, de que a licitação de

projetos selecionados em chamada pública de projetos somente será “permitida” se “a distribuidora e/ou o consumidor beneficiado estiver sujeito à Lei nº 8.666/1990” (BRASIL, 2018), a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a aplicabilidade (ou não) das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 aos programas de eficiência energética que envolvam a Administração Pública, considerando que nesses casos já incidem, obrigatoriamente, as disposições da Lei nº 9.991/00 e dos PROPEE, com critérios objetivos e rigorosos, inclusive de performance.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase na dimensão normativa que envolve a interpretação de normas legais e infralegais, valendo-se da análise de documentos, notícias, da legislação e de trabalhos acadêmicos.

O presente estudo abordará: i) o racionamento de energia elétrica ocorrido no país entre 2001 e 2002; ii) a atual crise energética; iii) a eficiência energética no Brasil; e iv) a aplicação dos investimentos em eficiência energética previstos na Lei 9.991/00; v) os PROPEE, regulamentados pela ANEEL; vi) a aplicabilidade (ou não) das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 aos programas de eficiência energética que envolvam a Administração Pública.

## **1. DO RACIONAMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA OCORRIDO NO BRASIL ENTRE 2001 E 2002**

Entre junho de 2001 e fevereiro de 2002, houve a necessidade de se impor no Brasil o racionamento de energia elétrica como forma de suprir o déficit de oferta diante da projeção de consumo para o período.

Sustenta-se que a medida teve forte impacto sobre a popularidade do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, produzindo efeitos na atividade econômica, tendo a oposição ao governo denominado a crise energética de “apagão” (BBC NEWS BRASIL, 2021).

O racionamento afetou, além do consumo de energia elétrica, a arrecadação de tributos, o crescimento industrial, a expansão do setor elétrico, a segurança pública, o erário, os lucros das empresas distribuidoras de energia elétrica, a legislação que regula o setor elétrico e a própria balança comercial do país (BARDELIN, [s.d.]).

Conforme destaca Bardelin (2004), as causas que levaram ao racionamento vão muito além da oferta menor que a demanda pelo uso da energia elétrica, considerando que o aumento no consumo evidencia a necessidade de investimentos adequados na geração e transmissão de energia, servindo o racionamento apenas para a contenção do consumo. Naquela época, mais de 90% da energia elétrica gerada no país era hidráulica, o que criou uma forte dependência relacionada às questões climáticas, diante da ausência de diversificação da matriz energética brasileira e da limitação de transporte da energia gerada no Norte/Nordeste do país para as outras regiões (BARDELIN, [s.d.]).

Nos anos 80 e 90, o aumento da capacidade de geração de energia elétrica no país foi inferior ao crescimento da demanda. A demora na realização de obras de geração e transmissão entre 1998 a 2001 corresponderam a aproximadamente 22.000 GWh de redução na oferta, montante equivalente a 15% da capacidade de armazenamento dos reservatórios das regiões sudeste, centro oeste e nordeste somadas, tendo o plano decenal de expansão elaborado em 1999 consagrado o alto risco de racionamento já em 2001 (BARDELIN, 2004).

Ressalta-se, no entanto, que o racionamento de energia ocorrido entre 2001 e 2002 não foi o primeiro registrado no Brasil e na América Latina, podendo ser mencionadas outras crises de abastecimento ocorridas na região Sul em 1986, no Nordeste em 1987, na Argentina em 1989 e 2004 e no Chile em 1989, além de situações semelhantes na Europa e nos Estados Unidos (BARDELIN, 2004).

Por intermédio da Medida Provisória nº 2.147, de 15 de maio de 2001 (BRASIL, 2001), foi criada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial visando compatibilizar a demanda à oferta de energia elétrica, como forma de evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia (art. 1º).

Dentre outras atribuições, competia ao GCE, nos termos do art. 2º da mencionada norma: i) o estabelecimento e o gerenciamento do “Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica” (inciso I); ii) “acompanhar e avaliar as conseqüências macro e microeconômicas da crise de energia elétrica e das medidas adotadas para o seu enfrentamento” (inciso III); iii) propor medidas visando atenuar os impactos negativos da crise energética (inciso IV); iv) “estabelecer limites de uso de energia elétrica” (inciso VI); v) “estabelecer medidas compulsórias de redução do consumo de energia elétrica” (inciso VII); vi) “propor a alteração de tributos e tarifas sobre bens e equipamentos que produzam ou consumam energia” (inciso VIII); vii) “decidir quanto à implantação de racionamento e suspensão individual e coletiva do fornecimento de energia elétrica”; viii) “adotar outras medidas para a redução do consumo e ampliação da transmissão e da oferta de energia elétrica”.

De acordo com seu art. 5º, o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica compreendeu ações de curto prazo objetivando: i) o contingenciamento de carga, com a definição de medidas “necessárias para redução compulsória da demanda de energia elétrica” (inciso I); ii) a otimização do consumo de energia, com a priorização de setores estratégicos (inciso II); iii) a realização de campanhas educativas visando conscientizar a população sobre a necessidade de redução do consumo de energia elétrica (inciso III); iv) “estimular a imediata substituição de aparatos, equipamentos e instalações tecnologicamente superadas em seus níveis de consumo energético” (inciso IV); v) a fixação de regimes especiais de tarifação, incluindo a concessão de bônus para a redução do consumo de energia elétrica (inciso V); vi) estabelecer limites ao uso de energia elétrica (inciso VI); vii) estimular a autoprodução de energia (inciso VII); e viii) a adoção de outras medidas que contribuíssem para que os objetivos do programa fossem atingidos (inciso VIII).

Destaca-se que a norma também reconheceu expressamente a necessidade de se promover a diversificação da matriz energética, como forma de redução da dependência do regime hidrológico (art. 6º, III).

## **2. DA RECENTE CRISE ENERGÉTICA**

Conforme apontado na seção anterior, por ocasião do racionamento de energia elétrica ocorrido entre os anos de 2001 e 2002, mais de 90% da energia gerada no país era hidráulica.

Desde então, a situação se modificou, mas o país ainda continua bastante dependente da geração hidráulica, apesar do incremento de outras fontes. De acordo com dados de 26 de setembro de 2021, o país possui a carga total de 72.916,3 MW, correspondendo a geração eólica a 10.974,9 MW, a hidráulica a 38.877,6 MW, a térmica a 19.174,2 MW, a nuclear a 2.011,0 MW e a solar a 4.700 MW, além da importação de 1.866,0 MW, representando a geração hidráulica

aproximadamente 53,31% do total de energia elétrica gerada no país (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO, 2021).

Recentemente, uma nova crise hídrica atingiu o país. Segundo dados do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), de 25 de setembro de 2021, o Subsistema Sudeste/Centro-Oeste, com capacidade máxima de armazenamento de 203.567,078 MW/mês, responsável aproximadamente metade de toda a capacidade de geração de energia hidráulica no país, encontrava-se com apenas 17,32% da capacidade dos seus reservatórios<sup>1</sup> (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO, 2021).

Com relação aos demais subsistemas que existem no país: i) o Subsistema Sul, com capacidade de armazenamento de 19.897,047 MW/mês, estava com 31,44% da capacidade dos seus reservatórios; ii) o Subsistema Nordeste, com capacidade de armazenamento de 51.602,07 MW/mês, estava com 41,88% da capacidade dos seus reservatórios; e iii) o Subsistema Norte, com capacidade de armazenamento de 15.164,887 MW/mês, estava com 62,67% da capacidade dos seus reservatórios (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO, 2021).

Conforme se observa, a situação dos reservatórios na região sudeste é tão grave<sup>2</sup> que o Presidente da República pediu às pessoas que apaguem “uma luz em casa”, sugerindo, ainda, que deixem de utilizar elevadores e tomem banhos frios visando economizar energia elétrica (O GLOBO, 2021). A crise hídrica provocou o rodízio de água no interior de São Paulo e multa por desperdício no estado de Minas Gerais (O GLOBO, 2021). Vale ressaltar que a água é um bem com múltiplos usos, o que faz com que a crise hídrica afete não somente a energia elétrica, mas também o consumo humano, agricultura e pecuária, por exemplo.

Diante disso, o Governo autorizou o início de um plano de racionamento de energia elétrica, destinado a grandes consumidores, objetivando a redução da demanda em horários de pico, com a finalidade de diminuir riscos de apagões (VALOR ECONÔMICO, 2021).

Em 23 de agosto de 2021, por meio da Portaria Normativa nº 22GM/MME (BRASIL, 2021i), o Ministério das Minas e Energias estabeleceu de forma excepcional e temporária (até 30 de abril de 2022), diretrizes para a apresentação de ofertas de Redução Voluntária de Demanda de Energia Elétrica - RVD para Atendimento ao Sistema Interligado Nacional - SIN, permitindo a participação do setor industrial, a partir da realocação de lotes de energia “vendidos” pelas indústrias para atendimento da demanda do Brasil.

Por meio do Decreto nº 10.779, de 25 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021c), o Governo federal estabeleceu medidas para a redução do consumo de energia elétrica no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 1º), objetivando a redução do consumo de energia elétrica como, por exemplo: i) a utilização “apenas da ventilação natural nos dias com temperaturas quentes” (item 1.2 do anexo de recomendações); ii) a limitação do resfri-

---

<sup>1</sup> De acordo com nota conjunta emitida pelas Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan) e a Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG) existe a previsão de que os reservatórios do subsistema Sudeste/Centro Oeste finalizem o mês de setembro de 2021 com 14,9% das suas capacidades (FIRJAN, 2021).

<sup>2</sup> A Firjan e a FIEMG destacam que apesar da crise hídrica vivida no país, a atual crise na geração de energia é produto de uma década de operação hidrelétrica sob estresse, sem a adoção de medidas estruturais para mitigação dos riscos. As entidades ressaltaram, ainda, que se não fossem as sucessivas crises econômicas que prejudicaram o desenvolvimento do país a situação seria insustentável (FIRJAN, 2021).

amento a 24° C e o aquecimento a 20° C (item 1.3 do anexo de recomendações); iii) o desligamento da iluminação dos locais que não estiverem em uso (item 2.1 do anexo de recomendações); iv) a não utilização de iluminação elétrica quando existir iluminação natural (item 2.4 do anexo de recomendações); v) o desligamento do monitor, da impressora, do estabilizador, da caixa de som, do microfone e dos outros acessórios sempre que não estiverem em uso.

Em 31 de agosto de 2021, a ANEEL e o Ministério de Minas e Energia anunciaram a criação de um programa buscando estimular os consumidores a diminuir o consumo de energia diante da atual crise hídrica, oferecendo o desconto de R\$ 50,00 a cada 100 kWh reduzidos entre setembro e dezembro de 2021, sendo necessário para usufruir do desconto a redução de ao menos 10% do consumo verificado no mesmo período do ano anterior (BRASIL, 2021g).

Além do estímulo à redução no consumo, a Resolução nº 3, de 31 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021h), determinou à ANEEL a implementação de “patamar específico das Bandeiras Tarifárias, de que trata o Decreto nº 8.401, de 4 de fevereiro de 2015, para arcar com os custos que especifica”. Dessa forma, o valor da bandeira tarifária chegou ao seu máximo valor histórico, chegando a R\$ 142,00 por MWh consumidos. Como base de comparação, a Bandeira Vermelha, patamar 2, onera a conta de luz em R\$ 94,92 para cada MWh consumido. Com a Resolução nº 3, esse valor foi aumentado em 50%.

Assim, as próprias autoridades competentes admitiram abertamente que o país viveu uma crise na geração de energia elétrica que colocou em risco o fornecimento aos consumidores, com potencial para promover a elevação das tarifas.

### **3. DA EFICIÊNCIA ENERGÉTICA NO BRASIL E DAS ALTERAÇÕES NO SETOR DE ENERGIA**

A eficiência energética é fundamental para o desenvolvimento da economia de qualquer país, especialmente diante do cenário de crise econômica e fiscal provocada pela pandemia desencadeada pela COVID-19 e da crise na geração de energia elétrica hidráulica mencionada na seção anterior.

A propósito, o Brasil se encontra na penúltima posição no ranking internacional de eficiência energética, que abrange as 16 maiores economias do mundo, à frente apenas do México (ARAÚJO; OLIVEIRA, 2021). No ranking elaborado em 2016 pela ACEEE (Conselho Americano para uma Economia Eficiente em Energia), o Brasil ocupava a 22ª posição e o México a 19ª dentre os 25 países com maior consumo de energia elétrica no mundo, passando para a 20ª posição em novo estudo divulgado pela ACEEE no ano de 2018 (ARAÚJO; OLIVEIRA, 2021).

Além disso, o custo da energia influi diretamente no crescimento econômico do país, impactando no Produto Interno Bruto (PIB) e na qualidade de vida das pessoas, considerando que o bem-estar social dos indivíduos está diretamente relacionado com o desempenho da economia. De acordo com estudo realizado pelo Instituto Acende Brasil sobre o custo das tarifas elétricas e a formulação de políticas públicas:

[...] o Brasil ocupa a 37ª posição entre os 110 países com a energia mais cara do mundo. O Brasil ficou à frente de países como a Argentina, China, Índia e México (US\$ 0,08), Coreia do Sul (US\$ 0,11), Estados Unidos (US\$ 0,14) e da maioria dos países em desenvolvimento. Isso implica em perda de competitividade dos nossos produtos industrializados para nossos vizinhos da América Latina, como Argentina e México (ARAÚJO; OLIVEIRA, 2021).

Apesar disso e dos aumentos de tarifas provocados pela atual crise hídrica, o Ministro da Economia Paulo Guedes indagou: “Qual o problema de a energia ficar um pouco mais cara?”, afirmando em seguida que os fundamentos fiscais do Brasil nunca “estiveram tão tranquilos” e que quem está dizendo que o Brasil vai parar de crescer em 2022 “não entendeu nada” (VALOR ECONÔMICO, 2021). Ainda de acordo com o Ministro, a arrecadação e o consumo de energia elétrica estão “bombando” e a economia estaria “vindo com força” o que, aliado à atual crise hídrica, provoca o aumento da tarifa de energia elétrica (VALOR ECONÔMICO, 2021).

No que tange às alterações no setor elétrico, em 18 de agosto de 2021, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei (PL 5.829/19) (BRASIL, 2019a), de autoria do deputado Silas Câmara, que dispõe sobre o denominado marco legal dos micro e minigeradores de energia, estabelecendo uma transição para a cobrança de encargos e tarifas de uso dos sistemas de distribuição por parte dos micro e minigeradores de energia elétrica (BRASIL, 2021a).

De acordo com o mencionado PL, até 2045 os micro e minigeradores já existentes pagarão os componentes da tarifa apenas sobre a diferença, caso positiva, entre o consumido e o gerado e injetado na rede de distribuição, como ocorre atualmente (BRASIL, 2021a). O PL estipula uma transição de sete a nove anos no pagamento de encargos de distribuição (transporte), para quem começar a geração após 12 meses da entrada em vigor da nova lei (BRASIL, 2021a).

Dentro da mesma linha de pensamento, focada na modernização das regras do setor elétrico no Brasil, o PLS 232/16, aprovado na Comissão de Infraestrutura do Senado Federal, em decisão terminativa, seguiu para a Câmara dos Deputados, sendo identificado como PL 414/2021 (BRASIL, 2021b), constando como último andamento a aprovação de requerimento para a realização de Audiência Pública para debater o PL que visa alterar:

[...] as Leis nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, nº 10.438, de 26 de abril de 2002, nº 10.848, de 15 de março de 2004, nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, para aprimorar o modelo regulatório e comercial do setor elétrico com vistas à expansão do mercado livre, e dá outras providências (BRASIL, 2021b).

O PL 414/21 tem como foco aumentar a liberdade do consumidor de energia, flexibilizando as regras para a compra de energia elétrica. Atualmente, somente grandes consumidores têm liberdade para comprar energia, enquanto a maioria dos consumidores é obrigada a comprar energia da concessionária/permissionária de distribuição local.

Segundo a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL), a aprovação desse PL conduzirá o Brasil para a 4ª posição no Ranking Internacional da Liberdade de Energia Elétrica, colocando o Brasil na direção da total liberdade de escolha para os consumidores de energia elétrica, retirando o país do penúltimo lugar da lista que realizou um levantamento envolvendo 56 países, dos quais 62,5% já reconheceram a liberdade de escolha do setor de energia elétrica um direito dos consumidores, sendo o ranking liderado pelo Japão, seguido pela Alemanha, Coreia do Sul, França e Reino Unido (ABRACEEL, 2021).

A ABRACEEL acrescenta que, se aprovado, o PL 414 tornará o mercado de energia elétrica livre e acessível, inclusive para os consumidores residenciais, considerando que atualmente só consumidores com demanda acima de 1.500 kW possuem: i) poder de escolha da fonte desejada; ii) possibilidade da redução de preços na conta de luz, aumentando a eficiência, aproveitando-se da competitividade do mercado; iii) flexibilidade na negociação de preços, volume, prazo, fonte e outras condições com o fornecedor de energia; iv) previsibilidade, especialmente na definição de preços durante o prazo fixado no contrato (ABRACEEL, 2021).

A entidade destaca que o mercado livre já corresponde a mais de 30% de toda a energia elétrica consumida no país, representando aos seus consumidores uma economia média de 40% nas contas de luz no ano de 2020 (ABRACEEL, 2021).

Independentemente da aprovação do PL 414, nos termos da Portaria nº 465 do Ministério de Minas e Energia, de 12 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019b), a partir de 1º de janeiro de 2022, os consumidores com demanda maior ou igual a 1.000 kW já terão liberdade para escolher qualquer tipo de energia.

Conforme se observa, o setor elétrico está repleto de modificações no plano legal e infra-legal, reforçado pela atual crise energética e pela necessidade de se buscar a eficiência no setor, como forma de garantir o funcionamento do sistema e a competitividade do país.

#### **4. DA OBRIGAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS EM EFICIÊNCIA ENERGÉTICA POR PARTE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA NOS TERMOS DA LEI 9.991/00**

Antes mesmo do racionamento de energia elétrica ocorrido entre os anos de 2001 e 2002 destacado na primeira seção deste artigo, já havia a preocupação com relação à necessidade da realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética (SOUZA; GUERRA; KRUGER, 2011).

Nesse contexto, foi aprovada a Lei nº 9.991/00, que dispõe sobre a realização de investimentos em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica. De acordo com o art. 1º da referida norma:

Art. 1º As concessionárias e permissionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, setenta e cinco centésimos por cento de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e, no mínimo, vinte e cinco centésimos por cento em programas de eficiência energética no uso final, observado o seguinte:

I – até 31 de dezembro de 2022, os percentuais mínimos definidos no caput deste artigo serão de 0,50% (cinquenta centésimos por cento), tanto para pesquisa e desenvolvimento como para programas de eficiência energética na oferta e no uso final da energia;

Nos termos dos incisos do mencionado artigo, as concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica poderão aplicar, por exemplo: i) até 80% dos recursos dos seus programas de eficiência energética em unidades consumidoras beneficiadas pela Tarifa Social de energia elétrica, em comunidades de baixa renda ou rurais (art. 1º, V); ii) recursos de eficiência energética na instalação de sistema de geração de energia renovável em edificações utilizadas pela Administração Pública (art. 1º, VI); iii) os recursos de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias para o armazenamento de energia solar, eólica e de biomassa (art. 1º, VII).

Dessa forma, esses recursos poderão beneficiar tanto comunidades de baixa renda ou rurais, bem como a própria Administração Pública, o que se revela bastante útil em tempos de crise energética, que demanda a necessidade urgente da redução de consumo. Ainda, com o investimento de recursos em programas de eficiência energética e em pesquisas para o desenvolvimento de novas tecnologias para armazenamento de energia solar, eólica e de biomassas, por exemplo, é possível diminuir a dependência do país com relação à geração hidráulica e atender à demanda

no caso de eventual crescimento econômico, sem a necessidade de se impor racionamentos ou o corte do fornecimento de energia elétrica aos consumidores.

Conforme preconiza o art. 5º da Lei em análise, os recursos para eficiência energética previstos no art. 1º deverão ser aplicados da seguinte forma: i) 80% de acordo com os regulamentos estabelecidos pela ANEEL (I, “a”); e ii) 20% serão destinados ao Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel) (I, “b”).

Com relação aos recursos destinados ao Procel, a sua utilização está condicionada à: i) à apresentação de plano de aplicação dos recursos pelo Grupo Coordenador de Conservação de Energia Elétrica (GCCE) (art. 5º-A, I); ii) à aprovação do plano de aplicação de recursos pelo Comitê Gestor de Eficiência Energética (art. 5º-A, II); iii) à apresentação da prestação de contas dos recursos utilizados no período anterior pelo GCCE (art. 5º-A, III); iv) à aprovação da prestação de contas apresentada pelo GCCE pelo Comitê Gestor de Eficiência Energética (art. 5º-A, IV). Ainda, o plano de investimentos e a prestação de contas deverão ser apresentados anualmente em audiência pública realizada pela ANEEL, com a participação da sociedade (art. 5º-A, § 2º).

O art. 6º, *caput* da Lei nº 9.991/00 estabelece, ainda, a criação de um Comitê Gestor no Ministério da Ciência e da Tecnologia com a finalidade de prestar apoio técnico, administrativo e financeiro, com a finalidade de definir diretrizes gerais do plano anual de investimentos, além de acompanhar a implementação das ações e avaliar anualmente os resultados alcançados na aplicação dos recursos investidos no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT.

A Lei também prevê a criação de um Comitê Gestor de Eficiência Energética no Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de aprovar o plano anual de investimentos do Procel, acompanhar a execução das ações e avaliar anualmente os resultados alcançados na aplicação dos recursos destinados ao Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (Procel) (art. 6º-A, *caput*).

Recentemente, a Lei nº 14.120/21, de 1º de março de 2021 (BRASIL, 2021d), que alterou, dentre outros dispositivos legais, a Lei nº 9.991/00, estabeleceu o contingenciamento de 30% dos investimentos previstos nessa última norma, nos termos da redação conferida ao art. 5º-B, § 1º da Lei nº 9.991/00, diante da destinação de recursos não comprometidos com projetos contratados ou iniciados à Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), visando a redução das tarifas (art. 5º-B, *caput* da Lei nº 9.991/00).

Conforme se observa, a fiscalização dos recursos investidos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética, nos termos da Lei nº 9.991/00, é bastante ampla, contando com diversos órgãos públicos, com a realização de audiências públicas visando a transparência do processo, além da previsão de participação da sociedade civil.

## **5. DOS PROCEDIMENTOS DO PROGRAMA DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA - PROPEE DA ANEEL**

Diante da determinação da Lei nº 9.991/00 de que as empresas concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica devem aplicar um percentual mínimo da sua ROL em programas de eficiência energética, conforme regulamentos da ANEEL, essa agência fixou os Procedimentos do Programa de Eficiência Energética - PROPEE (BRASIL, 2018).

O percentual mínimo da ROL que as distribuidoras devem aplicar no Programa de Eficiência Energética (PEE) e sua regulamentação específica são constantemente alterados por meio de Lei e Resoluções Normativas que são divulgadas pela ANEEL, mais recentemente a Lei 14120/21.

De acordo com a ANEEL, o PEE visa a promoção da utilização “eficiente e racional de energia elétrica em todos os setores da economia por meio de projetos que demonstrem a importância e a viabilidade econômica de ações de combate ao desperdício e de melhoria da eficiência energética de equipamentos, processos e usos finais de energia” (BRASIL, 2018). Buscando atingir esse objetivo:

[...] busca-se maximizar os benefícios públicos da energia economizada e da demanda evitada no âmbito desses programas. Busca-se, enfim, a transformação do mercado de energia elétrica, estimulando o desenvolvimento de novas tecnologias e a criação de hábitos e práticas racionais de uso da energia elétrica (BRASIL, 2018).

Os PROPEE estabelecem como etapas do PEE: i) a seleção: que abrange as atividades de prospecção, pré-diagnóstico e seleção de projetos, por meio de chamada pública; ii) a definição: que corresponde à análise técnico-econômica e às bases para as atividades de M&V (medição e verificação de resultados); iii) o cadastro: consistente no carregamento do projeto na base de PEE da ANEEL; iv) avaliação inicial: submissão à avaliação prévia da ANEEL; v) execução: cadastro na base de PEE da ANEEL da data do início do projeto; vi) medição e verificação: elaboração de relatório das ações e etapa inicial do período de medição e de verificação de resultados; vii) auditoria contábil e financeira: elaboração de relatório dos gastos realizados na execução do projeto, verificando-se a sua adequação de acordo com o Manual dos Procedimentos Previamente Acordados para Auditoria Contábil e Financeira de Projetos, Planos e Programas de Eficiência Energética – EE (PPA); viii) relatório final: irá apresentar os resultados obtidos após a conclusão do projeto e da fase inicial do período de determinação da economia das atividades de M&V, com carregamento junto à base da ANEEL com o relatório M&V e o Relatório da Auditoria; ix) avaliação final: fase obrigatória para todos os projetos desenvolvidos no âmbito do PEE; e x) acompanhamento: visa avaliar a permanência das ações de eficiência energética implantadas e as mudanças do mercado (BRASIL, 2018).

Além disso, os PROPEE preveem a elaboração do denominado “cálculo de viabilidade”, visando analisar a viabilidade econômica dos projetos realizados no âmbito do PEE. Nessa perspectiva, o principal critério de avaliação da viabilidade econômica de um projeto do PEE consiste na verificação da relação custo-benefício (RCB), na qual o benefício consiste na “valoração da energia economizada e da redução da demanda na ponta durante a vida útil do projeto para o sistema elétrico” e o custo aos “aportes feitos para a sua realização (do PEE, do consumidor ou de terceiros)” (BRASIL, [2018]).

O cálculo de viabilidade deve ser realizado ao longo do projeto, compreendendo uma avaliação *ex ante* dos valores estimados na fase de definição, baseados em análises de campo, experiências anteriores, cálculos de engenharia e avaliações de preços no mercado e uma avaliação *ex post*, que levará em conta a economia de energia e a redução da demanda na ponta, observando as ações de medição e verificação e os custos efetivamente despendidos (BRASIL, 2018).

Dentre diversos outros critérios considerados no cálculo de viabilidade, os PROPEE ainda apresentam um “critério chave de avaliação”, que busca conferir racionalidade à avaliação, verificando se o benefício auferido é maior que aquele que haveria se o recurso tivesse sido alocado na expansão do sistema elétrico (BRASIL, 2018). Nesse sentido:

[...] o benefício apurado com a valoração da energia e da demanda reduzidas ao custo unitário marginal de expansão do sistema deve ser no mínimo 25% maior que o custo

do projeto. Em outras palavras, a relação custo-benefício do projeto deve ser igual ou inferior a 0,8 (oito décimos) (BRASIL, [2018]).

Assim, a RCB deve ser igual ou inferior a 0,8. No caso de contratos de desempenho energético que estabeleçam compromissos futuros é admitido o RCB menor ou igual a 0,9. Já nos projetos com fontes incentivadas, em razão das tarifas e enquadramentos diferenciados, admite-se, como forma de incentivo, RCB menor ou igual a 1,0 (BRASIL, 2018)

Esse indicador de performance é muito importante para a valorização dos recursos empregados para a eficiência energética no Brasil, haja vista que, na pior das hipóteses, para cada R\$0,80 investidos em eficiência energética, obtém-se R\$1,00 em economia de energia. Com relação a fonte incentivadas, o parâmetro de performance é flexibilizado considerando que as fontes permitidas para essa modalidade devem ser fontes renováveis.

Faz-se mister ressaltar um outro aspecto do indicador RCB, que faz com que os projetos de eficiência energética passem por critérios muito rigorosos de avaliação, garantindo qualidade e razoabilidade de custos em equipamentos e serviços prestados no âmbito desses projetos: por exemplo, quando se substitui uma lâmpada com tecnologias convencionais de 100W por uma com tecnologia LED de 50W, o benefício obtido é de 50W. Ou seja, na relação custo-benefício, o benefício está fixado em 50W. Analisando agora o custo sob a mesma óptica, se for considerado um custo limite de R\$20 para a lâmpada com tecnologia LED e R\$5,00 para os serviços relacionados à sua substituição e descarte ambiental, dentre outras atividades, tem-se um custo máximo de R\$ 25,00 para a substituição da referida lâmpada, custo este que levaria a RCB para seu limite máximo, segundo os PROPEE, de 0,8. Por outro lado, em um “ambiente” regido pelas Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21, se o gestor público recebe três orçamentos para a substituição desta mesma lâmpada, sendo o orçamento 1 no valor de R\$ 30,00, o orçamento 2 no valor de R\$ 50,00 e o orçamento 3 no valor de R\$70,00, geralmente o orçamento 1 será o escolhido, diante do que dispõem os arts. 45, § 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 33, I e 34, *caput* da Lei nº 14.133/21.

No exemplo citado, mesmo que a aquisição leve em conta o critério do menor preço estabelecido nas leis de licitações, que tende a apresentar o menor valor nominal de compra, o custo mínimo seria de R\$ 30,00, que nunca passaria pelo crivo do processo estabelecido nos PROPEE, que analisa com rigor a relação custo-benefício do investimento. Esse exemplo simples mostra a grande distorção existente entre as Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 e a Lei 9991/00.

Não se sustenta que a prática administrativa adota de forma incorreta o critério do menor preço, mas é possível afirmar que a relação custo-benefício exigida nos PROPEE tende a apresentar maior economicidade, fugindo a análise específica das vantagens e desvantagens dos critérios empregados para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública nas leis de licitações dos limites do presente estudo, devendo ser objeto de novos trabalhos específicos.

Conforme se observa, os PROPEE, visando regular os investimentos previstos pela Lei 9.991/00, apresentam um procedimento com várias fases específicas e controles baseado na eficiência e na relação custo-benefício, com critérios objetivos para a mediação e avaliação do índice de desempenho, dificultando ações fraudulentas, não se verificando qualquer tipo de exigência de performance semelhante nas Leis de Licitações e Contratos Administrativos em vigor (Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21).

## 6. DA INAPLICABILIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AOS INVESTIMENTOS EM EFICIÊNCIA ENERGÉTICA PREVISTOS NA LEI 9.991/00

Conforme destaca Oliveira (2012) a exploração da energia elétrica no Brasil data do começo do Século XX, quando foram fundadas as primeiras companhias geradoras e distribuidoras que celebraram com vários municípios contratos de concessão.

No escólio de Bastos (2012a, n. p.) “A concessão foi a primeira forma que o poder público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isto se deu a partir do momento em que o Estado liberal, que vigorava no fim do século XVIII e no XIX, cedeu lugar ao Estado intervencionista”.

De acordo com o art. 175 da CRFB/88 “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Segundo Mello a concessão de serviço público:

[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” (MELLO, 2011, p. 709-710).

Constitui uma espécie de contrato administrativo, apresentando todas as características inerente a esse tipo de contrato (BASTOS, 2012a), encontrando-se sujeita a um regime autônomo com princípios que fogem aos limites fixados pelo direito comum, permitindo a inserção das denominadas cláusulas exorbitantes ou derogatórias (DELGADO, 2012).

Já a permissão corresponde a outra modalidade de prestação indireta de serviços públicos, constituindo “ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários” (MELLO, 2011, p. 767).

Bastos (2012b) observa que a permissão e a concessão possuem tantas aproximações que alguns autores desprezam as diferenças que existem entre os institutos, ressaltando, no entanto, que diante da sua natureza de ato unilateral, precário e discricionário revogável unilateralmente a qualquer tempo, a permissão geralmente é utilizada quando não existe a necessidade do investimento de grandes capitais.

No que interessa diretamente ao presente estudo, diante da possibilidade da utilização dos recursos previstos na Lei nº 9.991/00 em projetos de eficiência energética e na instalação de sistemas de geração de energia renovável em edificações utilizadas pela Administração Pública, na forma do art. 1º, VI da mencionada Lei, resta analisar se, no silêncio da legislação específica (Lei nº 9.991/00), devem ser observadas as Leis de Licitações e Contratos Administrativos em vigor, Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21, que estabelecem normas gerais de “licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1º, *caput* da Lei nº 14.133/21)<sup>3</sup>, abrangendo ainda “os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa”

<sup>3</sup> Em sentido semelhante: art. 1º, *caput* da Lei nº 8.666/93.

(art. 1º, I da Lei nº 14.133/21) e “os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública” (art. 1º, II)<sup>4</sup>.

O § 1º, do artigo 1º da Lei nº 14.133/21<sup>5</sup> consigna que não são abrangidas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, devendo ser destacado que os recursos previstos na Lei nº 9.991/00 decorrem de parte da ROL das concessionárias e permissionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica, que são pessoas jurídicas de direito privado, que receberam a concessão ou a permissão para a exploração do serviços público de distribuição de energia elétrica, com fundamento no art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, embora a concessão e a permissão de serviços públicos se sujeitem às normas de licitações e contratos públicos, as concessionárias e permissionárias, nos termos do art. 37, *caput* e inciso XXI da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e dos arts. 1º Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 não se sujeitam à lei de licitações e contratos nas suas contratações em geral, não se enquadrando os PROPEE como concessão ou permissão de serviço público.

Destaca-se que se a distribuidora e/ou o consumidor beneficiado não estiverem sujeitos à Lei de Licitações e Contratos Administrativos os PROPEE sequer permitem a licitação de projetos, devendo o projeto selecionado ser executado e contratado diretamente pelo proponente selecionado pela chamada pública de projetos, permitindo-a apenas se a distribuidora e/ou consumidor beneficiado estiver sujeito à “Lei nº 8.666/93” (BRASIL, 2018), que será totalmente revogada após dois anos da publicação da Lei nº 14.133/21, nos termos do seu artigo 193, II.

O art. 193, I da Lei nº 14.133/21 revogou imediatamente apenas os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, relacionados a disposições penais e processuais penais e não houve a fixação de *vacatio legis* para a entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, que entrou em vigência na data da sua publicação, ocorrida em 1º de abril de 2021.

Desta forma, durante os próximos dois anos coexistirão dois regimes licitatórios, cabendo ao administrador a opção por qual regime jurídico deseja realizar os procedimentos de licitações e contratações, sendo possível, inclusive, a alternância entre os regimes antigo e novo, contando que o edital deixe claro as regras que serão aplicadas.

Feitas essas observações, consigna-se que as Leis de Licitações e Contratos Administrativos estabelecem normas gerais de licitações e contratação, visando selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública<sup>6-7</sup>, ao contrário dos PROPEE, que objetivam atender de

<sup>4</sup> De acordo com o art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93: “Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

<sup>5</sup> Sem dispositivo semelhante na Lei 8.666/93.

<sup>6</sup> “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (BRASIL, 2021e).

<sup>7</sup> Vide art. 3º, *caput* da Lei nº 8.666/93.

forma específica a aplicação do ROL pelas empresas concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica no PEE.

Além disso, nos termos do art. 14, II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>8</sup>, por exemplo, a empresa responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários, não poderá disputar a licitação ou participar da execução do contrato direta ou indiretamente.

A aplicação das Leis de Licitações e Contratos Administrativos pode causar prejuízos à concorrência e desestimular a democratização que a chamada pública de projetos visa implementar, de acordo com o que estabelecem os PROPEE, fazendo com que as empresas, notadamente as pequenas trabalhem no “risco”, considerando que mesmo após atenderem todos os rigorosos critérios estabelecidos nos PROPEE, que envolvem o uso de recursos financeiros e tempo, podem ser impedidas ou não ter qualquer garantia com relação à execução do seu projeto que foi selecionado após procedimento muito mais rigoroso do que aquele estabelecido na legislação, que fixa normas gerais para as licitações e os contratos, contrariando o interesse público na execução dos projetos de eficiência energética, especialmente diante do atual período de crise na geração de energia elétrica.

A propósito, destaca-se o instituto da “contratação integrada”, criada pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), previsto na Lei nº 12.462/11, de 4 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011), para uso nas obras de infraestrutura e aeroportos da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como empreendimentos do PAC e do SUS.

Segundo o § 1º, do art. 9º da Lei nº 12.462/11 a contratação integrada compreende “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

O RDC evidencia a necessidade da existência de outros regimes específicos como forma de atendimento ao interesse público, o que é o caso da aplicação da ROL pelas empresas concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica no PEE, diante da inadequação da aplicação das normas gerais previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Conforme destacado na seção anterior, os PROPEE já apresentam, na etapa de seleção, a chamada pública de projetos, que é obrigatória para todas as distribuidoras, correspondendo ao “mecanismo pelo qual os projetos são apresentados por agentes, em atenção a uma chamada pública, concorrendo em regime de leilão de qualidade e preço” (BRASIL, 2018).

Na chamada pública de projetos, a distribuidora irá emitir um edital, com a mais ampla divulgação possível, convocando quem assim desejar para a apresentação de projetos de eficiência energética dentro dos critérios técnico-econômicos estabelecidos pela ANEEL, visando tornar o processo decisório de escolha dos projetos e consumidores beneficiados pelo PEE mais transparente e democrático, com a ampla possibilidade de participação da sociedade civil (BRASIL, 2018).

Serão fixados ainda os critérios de qualificação dos projetos incluindo a exigência de que “O aporte requerido ao PEE deve proporcionar ao projeto uma RCB menor ou igual à máxima definida na Chamada Pública (por sua vez, menor ou igual à máxima definida no Módulo 7 -

---

<sup>8</sup> A mesma vedação é prevista no art. 9º, II da Lei nº 8.666/93.

Cálculo da Viabilidade)” (BRASIL, 2018), para fins de verificação de forma objetiva da eficiência e da relação custo-benefício, estabelecendo desde o início o desempenho mínimo que o projeto deverá alcançar.

A fim de comparação, o denominado “contrato de eficiência” previsto no art. 6º, LIII da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, definido como o contrato que tem como objeto a prestação de serviços e que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens “com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada” não apresenta requisitos de performance tão específicos, objetivos e rígidos como os estabelecidos pelos PROPEE em cumprimento da Lei 9.991/00.

Além disso, todos os equipamentos que forem adquiridos com recursos do PEE devem ser energeticamente eficientes, sendo considerado eficiente aquele que apresentar as certificações INMETRO e PROCEL (BRASIL, 2018).

Os resultados da chamada pública deverão ser divulgados conforme o rito do edital da chamada pública e na página da internet da distribuidora que a realizou contendo, no mínimo: i) segmento ao qual pertence o projeto; ii) usos finais que tiveram ações de eficiência energética; iii) nome da empresa proponente do projeto; iv) CNPJ da empresa proponente do projeto; v) nome do consumidor; vi) Valor total do projeto; vii) Recursos do PEE aplicados no projeto; viii) RCB global do projeto; ix) Pontuação alcançada com o projeto, por critério e total, com a devida justificativa (BRASIL, 2018).

No caso de projetos qualificados e não selecionados, além desses dados, deverá ser informado o motivo da não seleção. Com relação aos projetos não qualificados, devem ser informados “detalhes” de todos os motivos da não qualificação da proposta, estando todas as chamadas públicas sujeitas à fiscalização da ANEEL (BRASIL, 2018).

Ainda, todos os projetos devem ser obrigatoriamente submetidos à auditoria contábil e financeira, ao final da sua execução, com a contratação de empresa inscrita na Comissão de Valores Mobiliários - CVM para executar a tarefa (BRASIL, 2018)

Ressalta-se que a Lei nº 9.991/00 e os PROPEE atendem todos os princípios descritos no art. 5º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>9</sup>, em especial os da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, não havendo o menor sentido e/ou utilidade na aplicação das normas gerais de licitações e contratos às chamadas públicas de projetos de eficiência energética, devendo ser ressaltado, ainda, que nos termos do art. 3º, II da Lei nº 14.133/21<sup>10</sup>, não se subordinam aos seus preceitos as contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

No caso em apreço, o ato não configura uma “contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina” (BRASIL, 2015), mas, sim, em destinação de parcela do resultado líquido operacional, decorrente da própria atividade da concessionária/permissionária, para a aplicação em programas de eficiência energética.

---

<sup>9</sup> Vide art. 3º, *caput* da Lei 8.666/93.

<sup>10</sup> Sem dispositivo similar na Lei nº 8.666/93.

A aplicação das normas gerais das Leis de Licitações e Contratos Administrativos, além de não proporcionar o nível de controle estabelecido pelos PROPEE, inclusive no que se refere à avaliação de desempenho por meio de critérios objetivos, pode servir como obstáculo para o atendimento do interesse público que a Lei 9.991/00 visa promover, consistente no retorno à sociedade de parte do valor pago pelos usuários a título de tarifa do consumo de energia elétrica, o que poderia beneficiar, por exemplo, hospitais, escolas, a própria Administração Pública, além de melhoramentos no sistema de iluminação pública.

Salienta-se que esses projetos de eficiência energética podem contribuir com o enfrentamento da atual crise que está colocando em risco o próprio fornecimento de energia elétrica e provocando o aumento de tarifas, ensejando um sacrifício menor às empresas e à população.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou discorrer sobre a aplicabilidade das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 aos programas de eficiência energética que envolvam os entes sujeitos às regras gerais das leis de licitações e contratos administrativos, considerando que, nesses casos, o procedimento já é regulado pela Lei nº 9.991/00 e pelos PROPEE, que fixam critérios específicos.

Observou-se que a Lei nº 9.991/00 não prevê a aplicação das normas gerais de licitações e contratos e que os PROPEE não admitem a licitação de projetos quando a distribuidora e/ou consumidor beneficiado não estiverem sujeitos às Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21, permitindo-a apenas se a distribuidora e/ou consumidor beneficiado estiver sujeito às regras gerais de licitações e contratos.

A questão é importante do ponto de vista prático e para fins de atendimento do interesse público, considerando que os investimentos previstos na Lei nº 9.991/00 podem beneficiar, por exemplo, hospitais, escolas, unidades consumidoras situadas em comunidades de baixa renda ou rurais, prédios da Administração Pública e até mesmo promover investimentos em iluminação pública.

Verificou-se que a aplicação das regras gerais das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 pode causar prejuízo à concorrência e desestimular a democratização que a chamada pública de projetos busca atingir, fazendo com que as empresas do ramo de eficiência energética, notadamente as pequenas, trabalhem no risco, considerando que não terão qualquer garantia com relação à contratação do seu projeto, selecionado após rigoroso e longo procedimento estabelecido pela Lei nº 9.991/00 e pelos PROPEE, com diversas etapas, que incluem critérios objetivos de performance não encontrados na legislação geral de licitações e contratos, em prejuízo do interesse público.

Nessa perspectiva, a adequada utilização dos recursos previstos na Lei nº 9.991/00 pode contribuir para ao menos minorar os efeitos de crises no fornecimento de energia elétrica, como a vivenciada entre os anos de 2001 e 2002 e a atual, agravada pela dependência da geração hidráulica, afetada pelo baixo volume de chuvas.

Conforme se pontuou: i) embora a concessão e a permissão se sujeitem às normas de licitações e contratos públicos, as concessionárias e permissionárias, nos termos do art. 37, *caput* e inciso XXI da CRFB/88 (BRASIL, 1988) e dos arts. 1º Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 não se sujeitam à lei de licitações e contratos nas suas contratações em geral, não se enquadrando os PROPEE como concessão ou permissão de serviço público; ii) os recursos previstos na Lei nº 9.991/00 decorrem de parte da ROL das concessionárias e permissionárias de serviços públicos

de distribuição de energia elétrica, que são pessoas jurídicas de direito privado que não se sujeitam às normas gerais de licitações e contratos administrativos; iii) a aplicação dessas regras gerais não se revelam adequadas para o atendimento do interesse público na execução de projetos de eficiência energética, diante das suas especificidades; iv) a Lei nº 9.991/00 e os PROPEE já preveem um procedimento muito mais rigoroso de controle de gastos e de eficiência do que as Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21, incluindo, já na etapa de seleção, a chamada pública de projetos, com a exigência de desempenho mínimo e diversas outras formas de fiscalização, como a realização de auditoria contábil e financeira; e v) o ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo, tratando-se de destinação de parcela do resultado líquido operacional, decorrente da própria atividade da concessionária/permissionária, para a aplicação em programas de eficiência energética.

Assim, a aplicação das normas gerais das Leis de Licitações e Contratos, além de não acrescentar nada para a melhoria e controle do procedimento estabelecido pelos PROPEE, poderá representar um obstáculo para o atendimento do interesse público, burocratizando de maneira indevida e sem qualquer fundamento constitucional ou legal a aplicação de recursos que poderiam servir para atender ao interesse da coletividade e da própria Administração Pública, além de minorar os problemas que o sistema elétrico do país vem enfrentando, evitando-se a imposição de sacrifícios desnecessários às empresas e à população.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Frederico; OLIVEIRA, Ângelo. **O panorama da eficiência energética no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://osetoreletrico.com.br/o-panorama-da-eficiencia-energetica-no-brasil/>. Acesso em: 26 set. 2021.

BARDELIN, Cesar Endrigo Alves. **Impactos do Racionamento de Energia Elétrica de 2001 e 2002 no Brasil**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.seeds.usp.br/pir/arquivos/congressos/CLAGTEE2003/Papers/EUE%20B-066.pdf>. Acesso em: 24 de set. 2021.

BARDELIN, Cesar Endrigo Alves. **Os efeitos do Racionamento de Energia Elétrica ocorrido no Brasil em 2001 e 2002 com ênfase no Consumo de Energia Elétrica**. 2004. 112 p. Dissertação (Mestrado em Engenharia). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2004.

BASTOS, Celso. Concessão de serviços públicos. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 5, p. 261-270, nov. 2012a. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001864696fc53d07c74da&docguid=I51e2c6d0f25611dfab6f010000000000&hitguid=I51e2c6d0f25611dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=64&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 fev. 2023.

BASTOS, Celso. Concessões e permissões do serviço público. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 5, p. 271-284, nov. 2012b. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018646a30b978f72b58f&docguid=I53e491a0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I53e491a0f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=109&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 fev. 2023.

Inaplicabilidade das Leis nºs 8.666/93 e 14.133/21 aos investimentos em eficiência energética previstos na Lei nº 9.991/00

BBC NEWS BRASIL. **Apagão ou racionamento**: 10 termos para entender a crise do setor elétrico. 10 termos para entender a crise do setor elétrico. 2021. Elaborada por: Thais Carrança. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57647243>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. **Procedimentos do Programa de Eficiência Energética - PROPEE**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cpfel.com.br/energias-sustentaveis/eficiencia-energetica/chamada-publica/SiteAssets/Paginas/chamada-publica/Procedimentos%20do%20Programa%20de%20Efici%C3%Aancia%20Energ%C3%A9tica%20-%20PROPEE.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara aprova marco legal dos micro e minigeradores de energia**: Texto estabelece regras de transição para cobrança de encargos de uso dos sistemas de distribuição. Brasília, 2021a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/796186-camara-aprova-marco-legal-dos-micro-e-minigeradores-de-energia/>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 414/2021**. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270036>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5.829/2019**. Brasília, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228151>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.779, de 25 de agosto de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, 2021c. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/decreto/D10779.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10779.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000**. Diário Oficial da União. Brasília, 2000. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/decreto/D10779.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10779.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Diário Oficial da União. Brasília, 2011. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.120, de 1º de março de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, 2021d. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14120.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, 2021e. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.147, de 15 de maio de 2001**. Diário Oficial da União. Brasília, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/antigas\\_2001/2147.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2147.htm). Acesso em: 24 mai. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Demanda de energia no Brasil tem forte recuperação em 2021**: Consumo de eletricidade teve alta de 6,9% de janeiro a maio. A demanda total de energia poderá crescer 4,3% nos 12 meses de 2021. Brasília, 2021f. Disponível em:

<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/demanda-de-energia-no-brasil-tem-forte-recuperacao-em-2021>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **MME e Aneel apresentam medidas para enfrentamento do cenário de aumento nos custos de geração de energia:** Câmara de Regras Excepcionais aprova Programa de Incentivo à Redução Voluntária do Consumo de Energia Elétrica e novo patamar de bandeira tarifária de energia. 31 ago. 2021g. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/mme-e-aneel-apresentam-medidas-para-enfrentamento-do-cenario-de-aumento-nos-custos-de-geracao-de-energia#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20programa,limitado%20C3%A0%20redu%C3%A7%C3%A3o%20de%2020%25>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Portaria nº 465, de 12 de dezembro de 2019.** Diário Oficial da União. Brasília, 2019b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-465-de-12-de-dezembro-de-2019.-233554889>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Resolução nº 3, de 31 de agosto de 2021.** Diário Oficial da União. Brasília, 2021h. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-31-de-agosto-de-2021-341960205>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 22/GM/MME, de 23 de agosto de 2021.** Diário Oficial da União. Brasília, 2021i. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-n-22/gm/mme-de-23-de-agosto-de-2021-340095888>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923.** Relator(a): Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16 abr. 2015.

DELGADO, José Augusto. Contrato de Direito Administrativo. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 4, p. 695-711, nov. 2012. Disponível em: <https://www.revista-distribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018646afc529a08a40bb&docusid=I6492de205a2611e28f6101000000000&hitguid=I6492de205a2611e28f6101000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=152&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 fev. 2023.

FIRJAN. **Nota conjunta Firjan e FIEMG sobre a crise energética.** Disponível em: <https://www.firjan.com.br/noticias-1/nota-conjunta-firjan-e-fiemg-sobre-a-crise-energetica-1.htm?&IdEditoriaPrincipal=4028818B46EEB3CD01473BA3AD9836AB>. Acesso em: 29 set. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **Energia agora:** carga e geração. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/energia-agora/carga-e-geracao>. Acesso em: 26 set. 2021.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **Reservatórios.** Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/energia-agora/reservatorios>. Acesso em: 26 set. 2021.

O GLOBO. **Bolsonaro pede que população deixe de usar elevador para economizar energia.** 24 set. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/bolsonaro-pede-que-populacao-deixe-de-usar-elevador-para-economizar-energia-25211046>. Acesso em: 26 set. 2021.

**O GLOBO. Crise hídrica: Brasil já tem rodízio de água no interior de São Paulo e multa por desperdício em Minas:** Previsão é que na primavera chuvas continuem abaixo da média histórica; escassez já faz população mudar hábitos e até compromete sustento. 27 set. 2021. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/brasil/crise-hidrica-brasil-ja-tem-rodizio-de-agua-no-interior-de-sao-paulo-multa-por-desperdicio-em-minas-25213837?utm\\_source=globo.com&utm\\_medium=oglobo](https://oglobo.globo.com/brasil/crise-hidrica-brasil-ja-tem-rodizio-de-agua-no-interior-de-sao-paulo-multa-por-desperdicio-em-minas-25213837?utm_source=globo.com&utm_medium=oglobo). Acesso em: 27 set. 2021.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino. Concessão dos serviços públicos de energia elétrica sua evolução no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 5, p. 769-799, nov. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc5000001864675ba47d60e8ced&docguid=I6613d8d05a2611e28f61010000000000&hitguid=I6613d8d05a2611e28f61010000000000&spos=1&epos=1&td=1341&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 fev. 2023.

SOUZA, Andréa de; GUERRA, Jorge Carlos Correa; KRUGER, Eduardo Leite. Os programas brasileiros em eficiência energética como agentes de reposicionamento do setor elétrico. **Revista Tecnologia e Sociedade**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 1-7, jan/jun. 2011. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/2571>. Acesso em: 11 fev. 2023.

VALOR ECONÔMICO (Brasília). **Governo autoriza início de plano de racionamento de energia**. 23 ago. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/08/23/governo-autoriza-inicio-de-plano-de-acionamento-de-energia.ghtml>. Acesso em: 26 set. 2021.

VALOR ECONÔMICO (Brasília). **‘Qual o problema de a energia ficar um pouco mais cara?’**, **questiona Guedes**. 02 set. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/08/25/qual-o-problema-de-a-energia-ficar-um-pouco-mais-cara-questiona-guedes.ghtml>. Acesso em: 26 set. 2021.

Submetido em: 17 nov. 2021.

Aceito em: 17 fev. 2023.

# EMPRESAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA COMPLEXA RELAÇÃO ANALISADA PELO VIÉS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

**Daniel Francisco Nagao Menezes**

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo.  
nagao.menezes@gmail.com

**Resumo:** O artigo busca demonstrar que a informação é um elemento essencial do sistema econômico capitalista. Por esta razão as empresas se organizam internamente para obter, organizar e prestar as informações (departamentos de contabilidade) e, a divulgação destas informações para efeitos de tributação, proteção do consumidor, saúde financeira, são obrigados pelas leis ordinárias e pela Constituição, a qual, transforma a informação em direito individual fundamental (liberdade de informação). Com isso, o direito fundamental à informação também é um direito econômico, essencial ao bom funcionamento do sistema econômico capitalista. O artigo é exploratório e descritivo e utiliza revisão bibliográfica para a construção das respostas ao problema de pesquisa.

**Palavras Chaves:** Informação. Liberdade de Expressão. Liberdade de Pensamento. Direitos Fundamentais. Mercado.

*Companies and fundamental rights: a complex relation analyzed by the vies of freedom of information*

**Abstract:** The article seeks to demonstrate that information is an essential element of the capitalist economic system. For this reason, companies organize themselves internally to obtain, organize and provide information (accounting departments) and the disclosure of this information for the purposes of taxation, consumer protection, financial health, is required by the ordinary laws and the Constitution, which, transforms information into a fundamental individual right (freedom of information). As a result, the fundamental right to information is also an economic right, essential to the proper functioning of the capitalist economic system. The article is exploratory and descriptive and uses a bibliographic review to construct the answers to the research problem.

**Keywords:** Information. Freedom of expression. Freedom of Thought. Fundamental rights. Market.

## INTRODUÇÃO

As relações entre economia, poder e direito sempre ocorreram e, se manifestam por diversas formas e instituições. O equilíbrio entre estas formas vem a constituir os sistemas econômico, político e social vigentes em determinada sociedade em determinado momento histórico. Os atuais “sistemas” que vigem na atualidade decorrem do final do século XVIII, mais especificamente da Revolução Francesa em 1789 que estabelece um novo padrão econômico (capitalismo), um novo sistema político (democracia representativa) e, a formação de novas relações sociais (burguesia e proletariado).

Esta relação resulta em uma série de consequência, a maioria delas ordenadas juridicamente por meio do direito positivo. Pontos essenciais à manutenção deste equilíbrio são protegidos pelo direito positivo, como a propriedade privada, livre circulação de bens e pessoas, liberdade de reunião, liberdade de locomoção, liberdade de pensamento, dentre outras “liberdades públicas”.

A proteção jurídica a este equilíbrio de forças se inicia logo após a Revolução Francesa com o Código Civil Napoleônico, de 1808, que regulamentas todas as relações econômicas privadas, especialmente da nova classe econômica dominante, ou seja, os burgueses. Extingue-se isso as relações feudais, especialmente pela nova força de acesso à terra (propriedade privada) que ocorre com a criação com o direito de herança. As grandes extensões de terra eram integralmente transmitidas ao varão e, a partir de 1808 são divididas com todos os herdeiros, inclusive mulheres, garantindo uma nova forma de acesso à terra.

Na segunda metade em diante do século XIX, há um movimento de constitucionalização dos pressupostos fundamentais do sistema econômico, sendo as “liberdades públicas” transformadas em direitos fundamentais individuais. No Brasil não foi diferente, sendo que as liberdades públicas já aparecem na Constituição Imperial de 1824 e, na Constituição de 1891 são aprimoradas e apresentadas de forma sistemática.

O que o texto pretende analisar é uma destas liberdades públicas fundamentais que é a Liberdade de Informação, demonstrando sua essencialidade dentre do sistema econômico capitalista, o que, justifica a sua inclusão no rol de garantias constitucionais fundamentais dentro de uma perspectiva liberal. Ao decorrer do texto será apresentada a necessidade da livre circulação da informação (verdadeira) dentro do sistema econômico e, conseqüentemente a necessidade da criação de mecanismo jurídicos que regulem a circulação das informações entre os agentes econômicos.

## 1. SISTEMA ECONÔMICO E INFORMAÇÃO

O Sistema Econômico capitalista se forma pós Revolução Francesa, com características próprias e, vai sofrendo permanentes mutações para se expandir e adaptar à novas situações<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Quase sem exceção, os relatos sobre a origem do capitalismo são fundamentalmente circulares: presumem a existência prévia do capitalismo para explicar o seu aparecimento. No intuito de explicar o impulso de maximização do lucro que é característico do capitalismo, pressupõem a existência de uma racionalidade universal maximizadora do lucro; para explicar o impulso capitalista de aumentar a produtividade do trabalho através de recursos técnicos, pressupõem um progresso contínuo e quase natural do aprimoramento tecnológico na produtividade do trabalho. Essas explicações paralogísticas têm sua origem na economia política clássica e nas concepções iluministas de progresso [...]. Na maioria das descrições do capitalismo e de sua origem, na verdade não há origem. O capitalismo parece estar sempre lá, em algum lugar, precisando apenas ser libertado de suas correntes – dos grilhões do feudalismo, por exemplo – para poder crescer e amadurecer. Caracteristicamente, esses grilhões são políticos: os poderes senhoriais parasitários ou as restrições de um Estado autocrático. Às vezes, são culturais ou ideológicos – a religião errada, quem sabe. Essas restrições limita[ria]m a livre movimentação dos agentes econômicos, a livre expressão da racionalidade econômica [...]. Esse pressuposto costuma ser tipicamente associado a um outro: o de que a história é um processo quase natural de desenvolvimento tecnológico. De um modo ou de outro, o capitalismo aparece, mais ou menos naturalmente, onde e quando os mercados em expansão e o desenvolvimento tecnológico atingem o nível certo [...]. O efeito dessas explicações é enfatizar a continuidade entre as sociedades não-capitalistas e capitalistas, e negar ou disfarçar a especificidade do capitalismo”. (WOOD: 2001; p. 13)

Embora o capitalismo tenha uma grade capacidade de mudança, alguns pontos de sua estrutura são imutáveis, como por exemplo, a propriedade privada, não só da terra, mas, especialmente, dos meios de produção, que acabam por garantir ao proprietário os produtos advindos destes meios de produção.

Outro ponto essencial, é a existência do mercado, o local em que os fornecedores de bens e serviços (produtores) e, aqueles que necessitam de bens e serviços (consumidores) se encontram e, efetivam as trocas.

O mercado nada mais é do que o ambiente social (agora também virtual) que propicia as condições para a troca de bens e serviços. Pode-se compreender também como sendo a instituição a qual os ofertantes (vendedores) e os demandantes (compradores) estabelecem uma relação comercial com o fim de realizar transações, acordos ou trocas comerciais.

Na doutrina econômica há o conceito de mercado ideal de concorrência perfeita, que nada mais é do que aquele que nem os compradores nem os vendedores tem capacidade de interferir no preço final do produto ou serviço. Para que se alcance a existência de um mercado de concorrência perfeita deve existir algumas características essenciais como a existência de um elevado número de vendedores e comprados (decisão individual de cada uma terá pouca influência sobre o mercado global), a homogeneidade do produto (todos os produtos tem qualidades semelhantes), a existência de transparência (os participantes têm pleno conhecimento das condições gerais em que opera o mercado e da qualidade do produto) e, o livre acesso à informação.

A informação sobre a qualidade dos produtos é essencial para a formulação do preço correto segundo a fórmula da oferta e procura. Somente com a real informação do bem ou serviço é que o comprador formará seu juízo sobre a necessidade do bem ou serviço em observação. Caso existe alguma informação errônea na exposição do produto o consumidor será induzido em erro pagamento preço diverso do que pagaria em situações normais<sup>2</sup>.

Em mercado com produtos homogêneos, em que a qualidade e características dos bens são próximas, a existência de plena transparência nas informações sobre os produtos é que diferencia os fornecedores uns dos outros levando a permanência dos produtos de melhor qualidade e eliminação dos mais fracos, especialmente diante do atual perfil do consumidor, cada vez mais sofisticado<sup>3</sup> e com acesso à informação sobre a qualidade do produto.

A transparência é plena a ponto de atingir questões financeiras das empresas, fato justificável para que se tenha conhecimento de quais empresas devem receber financiamento ou não ou ainda, qual empresa está prestes a deixar o mercado ou irá desenvolver novo produto.

Na teoria tradicional da competição perfeita, empresas e consumidores são os tomadores de preços, possuindo informações completas sobre a qualidade dos bens e o preço do mercado. Caso o fornecedor cobre acima desse preço ou ofereça bem de qualidade inferior à média do

---

<sup>2</sup> Surge aqui a figura do Marketing. Nada mais é do que ferramentas que induzem a vontade natural do consumidor para aumentar sua vontade (necessidade) de determinado produto, levando-o a dispendir mais recursos econômicos por determinado bem do que pagaria normalmente.

<sup>3</sup> “O consumo capitalista tende a não mais se expandir, mas a se intensificar. Cessa a expansão do mercado de massas. Com base na alta renda, elevado grau de informação e sofisticação de gostos de uma parcela nada desprezível, numericamente falando, de consumidores, espalhada nos países centrais e nos bolsões desenvolvidos dos países periféricos, será possível sustentar um padrão de produção calcado em economias de escopo e na obsolescência acelerada. O eixo motor do investimento produtivo será (já é) a cultura, logo as indústrias midiáticas e de consumo” (DANTAS: 2003; p. 20).

mercado, perderá os seus consumidores tendo em vista que esses têm total acesso a outros fornecedores que competem no mercado. Entretanto, tais pressupostos podem levar a resultados incorretos em relação ao comportamento dos agentes devido à ocorrência de falhas no mercado.

Esta falha é denominada de “informação assimétrica”, uma característica que impede o funcionamento perfeito da concorrência em determinado mercado, a qual se configura nos casos de um dos agentes de um mercado possuir uma informação relevante enquanto o outro, não a tem. A existência dessa assimetria faz com que os agentes econômicos não aloquem seus recursos da maneira mais eficiente possível. Isto ocorre devido à incerteza em relação ao comportamento do outro agente envolvido na troca, e assim, sobre o retorno inicial esperado da transação.

Os impactos distributivos gerados pela informação assimétrica podem ser analisados pela renda informacional despendida, ou seja, o quanto deve ser pago para se proporcionar os incentivos suficientes para superar as perdas geradas pelos riscos causados por essa assimetria. Desse modo, pode-se dizer que existe um trade off entre eficiência alocativa e extração de renda, que é gerado pela informação incompleta<sup>4</sup>.

Com isso, a livre circulação da informação verdadeira é requisito essencial para o funcionamento da economia capitalista. No campo do consumo, podemos oferecer o exemplo do tabaco que por anos não informou os danos à saúde que causava, vitimando incontáveis consumidores. Da mesma maneira ocorre o “dever de informar” no campo do direito empresarial, como por exemplo a obrigatoriedade das comunicações de “fatos relevantes<sup>5</sup>” das empresas que operam em bolsa de valores.

---

<sup>4</sup> “Classicamente, havia a crença de os preços conterem em si a informação relevante essencial para os agentes interessados, pois seria o sinal inconfundível da escassez ou da abundância, conforme subissem ou baixassem. Tal escassez ou abundância estariam refletidas nos preços não apenas a cada momento, quanto às condições presentes, mas em sua potencialidade, isto é, no tocante às perspectivas futuras. Assim, muito embora num dado momento o suprimento de café pudesse estar em seu nível normal ou até acima, a notícia de uma geada numa grande região produtora determinaria, muito provavelmente, uma alta de seus preços ante a perspectiva escassez na próxima safra. Será possível, porém, que logo num primeiro momento esta notícia não se dissemine e apenas poucos a tenham. Estes, hedonisticamente, expandirão as suas compras de produtos para se locupletarem com a futura alta, à custa dos demais que, inadvertidamente, se desfizeram do mesmo. Note-se, ainda, ser também um pressuposto correlato a perfeita identificação dos produtos e de suas qualidades ou atributos por parte dos adquirentes, donde haver um preço para cada tipo de produto, ainda quando não passem de simples diferenciações do mesmo bem. Dir-se-á que esse tipo de desinformação tende a ficar cada vez mais raro num mundo informatizado como o presente. Mas, mesmo assim, um grande número de fatos, à falta de alguma regulamentação oficial, tende a passar despercebido, quando não ocultado deliberadamente. São diversas as informações passíveis de serem escamoteadas ao mercado, inclusive nesta época de grande expansão dos meios de comunicação ou até mesmo por causa deles mesmos” (NUSDEO: 2015; p. 118).

<sup>5</sup> Fato Relevante é definido no art. 2º da Instrução 385/02 da CVM:  
Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:  
I - na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados;  
II - na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários;  
III - na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados.  
Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes:  
I - assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva;  
II - mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;  
III - celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;  
IV - ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa;

Assim, em diversas leis ordinárias, a necessidade da informação verdadeira é tratada a fim de garantir o equilíbrio do sistema econômico, afastando o que chamamos de falhas de mercado. Contudo, a proteção da informação, também recebe proteção constitucional.

Vários autores colocam a informação<sup>6</sup> como o elemento de equilíbrio do sistema capitalista e, conseqüentemente a manutenção das estruturas econômicas.

- 
- V - autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;
  - VI - decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;
  - VII - incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;
  - VIII - transformação ou dissolução da companhia;
  - IX - mudança na composição do patrimônio da companhia;
  - X - mudança de critérios contábeis;
  - XI - renegociação de dívidas;
  - XII - aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;
  - XIII - alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;
  - XIV - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;
  - XV - aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas;
  - XVI - lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro;
  - XVII - celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;
  - XVIII - aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação;
  - XIX - início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço;
  - XX - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;
  - XXI - modificação de projeções divulgadas pela companhia;
  - XXII - impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

<sup>6</sup> Há várias interpretações do papel da informação dentro do ramo do saber denominado "Ciência da Informação": 1º) a abordagem centrada na mensagem - nascida da Teoria Matemática da Informação, de Shannon e Weaver, descreve um sistema rigoroso, onde as mensagens emitidas pela fonte são transmitidas por um canal a fim de serem recebidas com um mínimo de deformação por um destinatário. Trata-se de um sistema mecânico, onde a importância está centrada no canal e na sua capacidade em veicular uma mensagem a um custo baixo. Embora não possa explicitar as dimensões psicológicas, psicossociais e sociológicas da informação, em razão do seu estatuto físico, ela tem sido largamente empregada nas ciências sociais; 2º) a abordagem pragmática - considera como informação aquela que pode ajudar o receptor a tomar uma decisão, centrando-se na influência da mensagem no receptor. Wersig define informação como "redução da incerteza" e os processos de informação seriam "os processos de comunicação utilizados para reduzir a incerteza" Yovits, utilizando-se da trilogia dado, informação e conhecimento, traça as diferenças do conceito em relação à Teoria Matemática da Informação de Shannon e Weaver: a informação comporta uma carga semântica, e por isso equivale a conhecimento. O fenômeno informação ocorreria como resultado da união entre dados + estado de incerteza (dúvida) no receptor. 3º) a abordagem estruturalista - toda a estrutura do mundo, percebida ou não, constitui uma informação. Partindo da figuração de um espectro estrutural da informação, Belkin identifica nele diferentes níveis, desde o infra-cognitivo até o meta-cognitivo. Nessa escala estrutural, a informação nos sistemas de significado corresponde ao advento das estruturas semióticas (na interface da formação individual de conceitos e a comunicação inter-humana) e continua na aproximação da interface das estruturas conceituais sociais e o conhecimento formalizado. Essa parte do espectro seria caracterizada ainda por uma estruturação deliberada da mensagem pelo emissor, com o objetivo de atingir a estrutura da imagem do receptor. O receptor seria aquele que busca a informação no momento em que percebe uma anomalia na estrutura do seu conhecimento - a informação seria então modificadora de estruturas cognitivas. 4º) a abordagem centrada no significado. Oriunda da lingüística comunicacional, centra-se na organização da mensagem, que pode ser: a) de predominância sintática (informação científica); b) de predominância semântica (informação artística); c) de predominância pragmática (informação que visa a formação, ou a direção do comportamento do público). 5º) a abordagem centrada no processo - é aquela que considera a informação não como um dos componentes do processo, mas como o próprio processo. Trata-se da definição dada por Hoskovsk y e Massey "a informação é um processo que ocorre na mente humana quando um problema e dado útil para a sua solução encontram-se numa união produtiva" ou, segundo Koblitz, um processo que tem um propósito específico: "informação é um conjunto de ações propositais orientadas, cobrindo os seguintes elementos: geração, transmissão, armazenamento e demanda" (MARTELETO: 1897; p. 169).

## 2. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INFORMAÇÃO

Como afirmado em capítulos anteriores, a ordem econômica capitalista é garantida inicialmente pela legislação ordinária, em especial o Código Civil francês de 1808 e, posteriormente é incluído nas Constituições que estruturam os estados burgueses. O Estado para a interagir com o sistema econômico protegendo os elementos essenciais para o bom desenvolvimento das atividades econômicas. Assim a proteção da propriedade privada, da livre circulação, do direito de reunião e, a proteção da informação, são tratados como direitos fundamentais inalienáveis dos indivíduos. A informação é protegida no art. 5º, IV, V, VI e IX da atual Constituição Federal<sup>7</sup>.

A Constituição acaba por dividir a proteção da informação em dois grupos, sendo o primeiro a proteção da livre manifestação do pensamento e; o segundo, a liberdade de consciência, expressão intelectual e artística.

Embora o inciso IV do art. 5º da Constituição fale em liberdade de manifestação do pensamento, este é um conceito da liberdade de pensamento. Esta última (liberdade de pensamento) se refere à livre concepção existencial e sensorial do ser humano. Trata-se da liberdade de pensar, ação esta, inerente ao ser humano e que não pode ser restringida juridicamente. O direito interfere aqui como garantidor das condições ideais para o pensamento, como a coibição das pressões psicológicas contra grupos sociais ou indivíduos; valoração ou depreciação subjetiva de pensamentos minoritários ou diversos; uso de meios de comunicação para constranger a liberdade de pensamento.

A liberdade de manifestação do pensamento é distinta da liberdade de pensar. A manifestação do pensamento nada mais é do que a liberdade de expressão. Trata-se do direito individual de expressar suas convicções políticas, religiosas, artísticas, econômicas, científicas, etc.

“Essa acepção lata da manifestação é denominada, na doutrina alemã, de liberdades de comunicação (kommunikativer Freiheiten) ou comunicativas (kommunikations-freiheiten), que abrangem a liberdade de expressão em sentido estrito (liberdade de opinião), liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de comunicação em sentido estrito (radiodifusão e comunicação)” (RODRIGUES JÚNIOR: 2009; p. 97)

A proteção constitucional à liberdade de manifestação de pensamento se efetiva pela proteção em face da censura prévia pelo Estado; dos grupos organizados de pressão e outros grupos sociais ideológicos; de grupos religiosos; do poder econômico das concessionárias de rádio e televisão.

A constituição impõe duas barreiras para a liberdade de expressão, uma direta – que é o anonimato e; outra, indireta – que é vedação da ofensa à honra e imagem das pessoas (extensível às pessoas jurídicas também, inclusive as pessoas jurídicas de fato)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Art. 5º (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>8</sup> “O anonimato é a condição de quem produz e difunde um texto ou enunciado a outrem, sob qualquer meio, sem identificação de sua autoria ou da responsabilidade de alguém pelo ato. A vedação do anonimato justifica-se historicamente, pois visa a coibir as denúncias levianas ou caluniosas contra terceiros, bastante comuns durante o processo inquisitorial, além de permitir, em caso de abuso, o direito de resposta e as tutelas inibitórias e ressarcitórias. Por outro lado, o anonimato é instrumento socialmente útil, em regimes ditatoriais, para preservar a liberdade de manifestação de pensamento em contraponto à censura e às arbitrariedades do regime de exceção. Ele serve como meio de burla ao controle abusivo das liberdades individuais. E, no combate ao crime, a denúncia anônima auxilia as autoridades policiais, sem colocar em risco o informante. Logo, essa restrição deve ser interpretada *modus in rebus*. Considera-se,

A segunda limitação é encontrada é a vedação à ofensa da honra e imagem, limitação que se desdobra em duas: a) o direito de resposta, consistente no direito do interessado na retificação ou explicitação da notícia a seu respeito; b) direito à indenização, representada pelo direito daquele que sofrer um dano decorrente do abuso do direito de informar de ser ressarcido. Aqui há a plena liberdade de manifestação<sup>9</sup>, porém, em caso de abuso há o dever de reparação do dano.

### 3. A CIRCULAÇÃO DA INFORMAÇÃO NO DIREITO EMPRESARIAL

O que foi apresentado até agora torna possível afirmar que a livre circulação da informação é essencial para o funcionamento do mercado. Em que pese o tratamento constitucional versar sobre uma liberdade individual, seu cunho é eminentemente econômico.

O funcionamento das empresas sempre colocou como ato obrigatório das atividades empresariais a existência da circulação da informação. Os setores de contabilidade nada mais são do que departamentos organizados pelas empresas para tratar exclusivamente da informação, colocando-a em padrões de linguagem que permitam a sua demonstração e circulação.

As normas de contabilidade nada mais são do que a efetivação do dever de informar dos agentes econômicos. O direito ordinário também se ocupa de garantir a circulação das informações econômicas, seja ao definir a normas de escrituração (contabilidade) como também da circulação destas informações no mercado.

A pessoa jurídica é obrigada a seguir uma ordem uniforme de escrituração (linguagem padronizada), mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério (Decreto-lei 486/1969, artigo 1º).

---

todavia, que o STF já decidiu que o agente público representado nos órgãos de investigação (Ministério Público, Tribunal de Contas, etc.) tem direito a conhecer a identidade do autor da representação” (RODRIGUES JÚNIOR: 2009; p. 97)

<sup>9</sup> Necessário é apresentar a Ementa da ADPF 130 que julgou a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988: EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação”.

É obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da pessoa jurídica (Decreto-lei 486/1969, artigo 5º).

O Decreto nº 6.022/2007 institui o Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), prevendo que os livros e documentos contábeis e fiscais serão emitidos em forma eletrônica. O Sped é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias, mediante fluxo único, computadorizado, de informações.

No transporte dos totais mensais dos livros auxiliares, para o Diário, deve ser feita referência às páginas em que as operações se encontram lançadas nos livros auxiliares devidamente registrados.

Os livros ou fichas do Diário, bem como os livros auxiliares referidos, deverão conter termos de abertura e de encerramento, e ser submetidos à autenticação no órgão competente do Registro do Comércio, e, quando se tratar de sociedade civil, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (Lei 3.470/1958, artigo 71, e Decreto-lei 486/1969, artigo 5º, § 2º).

A pessoa jurídica tributada com base no lucro real deverá manter segundo as normas contábeis válidas, o Livro Razão para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação (Lei 8.218/1991, artigo 14, e Lei 8.383/1991, artigo 62).

A escrituração deverá ser individualizada, obedecendo a ordem cronológica das operações. A não manutenção do livro razão, nas condições determinadas, implicará o arbitramento do lucro da pessoa jurídica (Lei 8.218/1991, artigo 14, parágrafo único, e Lei 8.383/1991, artigo 62).

A pessoa jurídica, além dos livros de contabilidade previstos em leis e regulamentos, deverá possuir os seguintes livros (Lei 154/47, artigo 2º, e Lei 8.383/1991, artigo 48, e Decreto-lei 1.598/1977, artigo 8º e 27):

- I – para registro de inventário;
- II – para registro de entradas (compras);
- III – de Apuração do Lucro Real – LALUR;
- IV – para registro permanente de estoque, para as pessoas jurídicas que exercerem atividades de compra, venda, incorporação e construção de imóveis, loteamento ou desmembramento de terrenos para venda;
- V – de Movimentação de Combustíveis, a ser escriturado diariamente pelo posto revendedor.

No que tange aos livros a que se referem os itens I, II e IV, as pessoas jurídicas poderão criar modelos próprios que satisfaçam às necessidades de seu negócio, ou utilizar os livros porventura exigidos por outras leis fiscais, ou, ainda, substituí-los por séries de fichas numeradas (Lei 154/1947, artigo 2º, §§ 1º e 7º).

No Livro de Inventário deverão ser arrolados, com especificações que facilitem sua identificação, as mercadorias, os produtos manufaturados, as matérias-primas, os produtos em fabricação e os bens em almoxarifado existentes na data do balanço patrimonial levantado ao fim de cada período de apuração (Lei 154/47, artigo 2º, § 2º, e Lei 6.404/1976, artigo 183, inciso II, e

8.541/1992, artigo 3º). No Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, a pessoa jurídica deverá (Decreto-lei 1.598/1977, artigo 8º, inciso I)<sup>10</sup>.

O Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR poderá ser escriturado mediante a utilização de sistema eletrônico de processamento de dados, observadas as normas baixadas pela Secretaria da Receita Federal (Lei 8.218/1991, artigo 18).

A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-lei 486/1969, artigo 4º).

Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de 48 horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-lei 486/1969, artigo 10).

Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei 9.430/1996, artigo 37).

O lucro líquido do período deverá ser apurado com observância das disposições da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Decreto-lei 1.598/1977, artigo 67, inciso XI, e Lei 7.450/1985, artigo 18, e Lei 9.249/1995, artigo 5º). O balanço ou balancete deverá ser transcrito no Livro Diário (Lei 8.383/1991, artigo 51, e Lei 9.430/1996, artigo 1º e 2º, § 3º). A empresa deverá elaborar demonstração do lucro real, discriminando (Decreto-lei 1.598/1977, artigo 8º, § 1º, e Lei 9.430/1996, artigo 1º e 2º):

I – o lucro líquido do período de apuração;

II – os lançamentos de ajuste do lucro líquido, com a indicação, quando for o caso, dos registros correspondentes na escrituração comercial ou fiscal;

III – o lucro real.

A demonstração do lucro real deverá ser transcrita no Livro de Apuração do Lucro Real (Decreto-lei 1.598/1977, artigo 8º, inciso I, alínea b). A determinação do lucro real pela empresa está sujeita à verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos de sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova (Decreto-lei 1.598/1977, artigo 9º).

Não obstante a toda esta estrutura contábil que as empresas devem possuir, comprovando a importância da informação no mercado, algumas destas informações tem a publicação em jornais oficiais obrigatória.

<sup>10</sup> I – lançar os ajustes do lucro líquido do período de apuração; II – transcrever a demonstração do lucro real; III – manter os registros de controle de prejuízos fiscais a compensar em períodos de apuração subsequentes, do lucro inflacionário a realizar, da depreciação acelerada incentivada, da exaustão mineral, com base na receita bruta, bem como dos demais valores que devam influenciar a determinação do lucro real de períodos de apuração futuros e não constem da escrituração comercial; IV – manter os registros de controle dos valores excedentes a serem utilizados no cálculo das deduções nos períodos de apuração subsequentes. Aos dispêndios com programa de alimentação ao trabalhador, vale – transporte e outros previstos neste Regulamento.

Atualmente a matéria é regulada pela Lei 11.638, sancionada em 28 de dezembro de 2007, que alterou a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), sendo que as empresas limitadas de capital fechado (assim como as empresas de capital aberto) passaram a ter a obrigatoriedade também de se submeter à auditoria e de divulgar as demonstrações contábeis. Pela nova legislação, as companhias limitadas que possuem ativos acima de R\$ 240 milhões ou receita bruta anual acima de R\$ 300 milhões são obrigadas a preparar demonstrações contábeis nos mesmos moldes das sociedades anônimas.

Com isso, tanto as empresas de capital aberto como fechado são obrigadas a publicar:

- Patrimônio líquido de 1 milhão até 2 milhões - necessário publicar demonstrativos contábeis, exceto fluxo de caixa.
- Patrimônio líquido acima de 2 milhões - publicar demonstrativos contábeis, inclusive fluxo de caixa.
- Patrimônio líquido de até 1 milhão - não é necessário publicar os demonstrativos contábeis, somente registrar na junta ata e demonstrativos.
- Balanço Patrimonial composto do Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido
- Demonstração de Resultados do Exercício (DRE) - Receitas e Despesas do Exercício
- Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido (DMPL)
- Demonstrativo de Fluxo de Caixa

Com isso, atualmente as grandes empresas (incluindo cooperativas), além de possuírem toda a escrituração (o que vale também para empresas individuais e micro e pequenas empresas), também são obrigadas a publicar seus resultados em jornal de grande circulação a fim de evitar as falhas de mercado.

Além de evitar falhas de mercado, estas informações, uma vez organizadas e sistematizadas se tornam fonte de informação especialmente para a indústria que pode captar e trabalhar informações<sup>11</sup>.

Isto transforma a informação em parte das estratégias de negócios, subsidiando a tomada de decisões e, o gerenciamento das empresas de produção, prestação de serviços e comerciais vez que permite o acesso aos seguintes dados: companhias, produtos, finanças, estatísticas, legislação e mercado; diferenciando a informação para negócios da informação tecnológica, que é “aquela que trata da informação necessária, utilizada e da informação gerada nos procedimentos de aquisição, inovação e transferência de tecnologia, nos procedimentos de metrologia, certificação da qualidade e normalização e nos processos de produção” (MONTALLI: 1996; p. 24).

---

<sup>11</sup> Como Afrânio AGUIAR (1991; p. 10) leciona: informações sobre oportunidades comerciais; tendências de evolução quantitativa e qualitativa do mercado; conjunturas econômicas passíveis de afetar o comportamento do mercado; preços de insumos, de matérias-primas e produtos concorrentes; empresas concorrentes existentes em implantação, ou planos de expansão de outras empresas; empresas existentes fornecedoras de insumos e de matérias-primas. Fornecedores alternativos.

## CONCLUSÕES

Pelo que observamos ao longo do texto, a informação verdadeira possui dentro da economia, mais especificamente uma importância estratégica a ponto da inexistência ou precariedade da circulação das informações ser reputada como uma falha de mercado a qual não pode ocorrer.

Estas falhas de mercado são corrigidas, dentro do Estado de Direito, pela norma jurídica a qual, passa a organizar o perfeito funcionamento do sistema econômico capitalista, elevando inclusive as normas protetivas do sistema à categoria de garantias individuais fundamentais. No Brasil, em específico, estas normas são previstas no art. 5º da Constituição Federal que prevê a garantia da propriedade privada, livre circulação (das pessoas e das mercadorias), liberdade de reunião (de constituir empresas) e, a liberdade de expressão, a qual, em verdade, garante a circulação da livre informação no sistema econômico.

A legislação ordinária igualmente protege a informação, seja pela determinação do comportamento das empresas em se estruturarem internamente para obterem, classificarem, arquivarem e divulgarem; como também, cria profissões específicas para estas funções como é o caso dos contadores.

Com isso, o texto além de demonstrar o papel central da informação dentro do sistema econômico, serve para denunciar que a festejada proteção constitucional da liberdade de expressão (em seu sentido lato) nada mais é do que a proteção a um dos elementos principais do sistema capitalista, que tenta sistematizar e difundir as informações para uso econômico das empresas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afrânio Carvalho. Informação e atividades de desenvolvimento científico, tecnológico e industrial: tipologia proposta com base em análise funcional. **Ciência da Informação**, v. 20, no. 1, 1991, págs. 07-15.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. COMISSÃO DE VALOR MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa 385. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mar. 2003. Disponível em <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst385.html>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Decreto Federal nº 6.022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6022.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 486. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 mar. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0486.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0486.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei 1.598. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 154. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 nov. 1947. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10154.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 3.470. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 nov. 1958. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13470.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 6.404. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 7.450. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7450.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 8.218. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 ago. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8218.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8218.htm). Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. Lei Federal 8.383. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm). Acesso em: 06 abr. 2021

BRASIL. Lei Federal 8.541. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8541.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8541.htm). Acesso em: 06 abr. 2021

BRASIL. Lei Federal 9.249. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 dez. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm). Acesso em: 06 abr. 2021

BRASIL. Lei Federal 9.430. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm). Acesso em: 06 abr. 2021

BRASIL. Lei Federal 11.638. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 dez. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm). Acesso em: 06 abr. 2021

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Relator Min. Carlos Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60541>. Acesso em: 06 abr. 2021

DANTAS, Marcos. Informação e trabalho no capitalismo contemporâneo. **Lua Nova**. São Paulo, n. 60, 2003, págs. 05-44.

MARTELETO, Regina Maria. Informação: elemento regulador dos sistemas, fator de mudança social ou fenômeno pós-moderno? **Revista Ciência da Informação**. Brasília, v. 16 n. 2, jul. / dez. 1987, págs. 169-180.

MONTALLI, Kátia M. Lemos *et al.* Informação para tecnologia e negócios no Brasil. **Relatório de pesquisa financiada pelo CNPq**. Campinas, UFSCar/UFMG, 1996.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Artigo 5º, incisos IX ao IX. in BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walberr de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 95-108.

WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

Submetido em: 28 maio 2021.

Aceito em: 31 dez. 2022.

# INTERAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

**Thaina Mendonça**

Universidade Cesumar (Unicesumar), Paraná.  
thainakarinyom@gmail.com

**Marcus Geandré Nakano Ramiro**

marcus.geandre@gmail.com

**Resumo:** A centralidade da pessoa humana como fundamento constitucional compreende sua proteção, e a garantia de sua dignidade e direitos inalienáveis, sendo assunto em constante debate, defesa e interações com outras classificações que vêm lhe dar plena compreensão e sentido. Deste modo, o presente artigo apresenta considerações sobre as interações essenciais entre a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade com vias a destacar essa profunda, consequente e necessária ligação, passando por sua construção histórica, partindo do conceito de pessoa e da Dignidade da Pessoa Humana até chegar em sua proteção no Ordenamento Jurídico contemporâneo, em particular, o brasileiro. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa básica, descritiva e bibliográfica com abordagem do tema a partir de referenciais teóricos, a partir do método dedutivo.

**Palavras-chaves:** Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Princípios.

*Essential interactions between human dignity and personality rights*

**Abstract:** The centrality of the human person as a constitutional foundation comprises its protection, and the guarantee of its dignity and inalienable rights, being a subject in constant debate, defense and interactions with other classifications that give it full understanding and meaning. Thus, this article presents considerations on the essential interactions between the Dignity of the Human Person and the Personality Rights in order to highlight this deep, consequent and necessary connection, passing through its historical construction, starting from the concept of the person and the Dignity of the Human Person until reaching its protection in the contemporary Legal System, in particular, the Brazilian. Therefore, a basic, descriptive and bibliographical research was developed, approaching the theme from theoretical references, using the hypothetical-deductive method.

**Keywords:** Dignity of Human Person. Personality Rights. Principles.

## INTRODUÇÃO

Na busca da melhor compreensão acerca da Dignidade da Pessoa Humana é imperioso investigar a origem dos pensamentos que contribuíram para construção da ideia do homem e de seus direitos inalienáveis. Para isto, o presente artigo buscará percorrer conceitos históricos sobre o assunto com a finalidade de caminhar ao lado de tais valores, compreendendo os motivos que os fazem indissociáveis à natureza humana.

Por primeiro trabalhará o conceito de pessoa como essencial para o surgimento da noção de dignidade, pensada então, como algo inerente à própria natureza humana. Com o auxílio de

pensadores como Boécio, São Tomás de Aquino e Kant buscar-se-á percorrer a sucessão de ideias que, posteriormente alicerçaram a condição humana como centro de toda legislação.

Considerando que a Dignidade Humana passou a alicerçar o Estado Democrático de Direito, apresentará uma breve descrição das principais trajetórias históricas que implicaram na sua inserção na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, a proteção da pessoa humana em sede constitucional, pressupõe também uma promoção aos Direitos da Personalidade. Daí por que imperiosa a reflexão sobre este assunto, que, em linhas gerais é a matriz para efetivação demais direitos.

O problema do presente artigo consiste em desvendar a existência de interações essenciais entre a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade, com o objetivo geral de construir uma profunda, consequente e necessária ligação entre os dois institutos.

O estudo adota o método dedutivo, com pesquisa básica, descritiva e bibliográfica, com revisão da literatura. O desenvolvimento passa por uma construção histórica, partindo-se do conceito de pessoa e da Dignidade da Pessoa Humana até chegar em sua proteção no Ordenamento Jurídico contemporâneo, em particular, o brasileiro.

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE PESSOA

Ser “pessoa” não é uma qualidade simples; essa expressão contém vasta complexidade, permeando teorias e alicerçando conceitos normativos. De acordo com Robert Spaemann (2015), para se compreender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é necessário a identificação antecipada das qualidades que determinam o ser humano como tal, iniciando-se com a própria investigação etimológica do conceito de pessoa. (SPAEMANN, 2015, p. 22).

O conceito de “pessoa” deriva do latim “persona”, tal como “prosopon” que surge do grego, ambas remetendo à ideia de máscaras ou atores num teatro. A princípio, este conceito não carregava consigo a identidade do sujeito, mas somente o papel que este representava, ou seja, “papel social em sentido mais amplo possível ou como detentor de um *status* jurídico” (SPAEMANN, 2015, p. 25).

Tal conceituação progrediu com a observação do ator por detrás da máscara, de modo que Robert Spaemann explica que o conceito sofreu grande mudança após fundir-se com o cristianismo, “no qual ‘pessoas’ passou a designar justamente aquele ente que se comporta em relação a sua natureza” (SPAEMANN, 2015, p. 26).

O pensamento cristão foi responsável por vislumbrar a personalidade como um “atributo de todo ser humano, atribuindo-lhe, à imagem de Cristo, uma dupla natureza, material e espiritual, e vendo em seu corpo mortal o templo de sua alma imortal; corpo e alma cuja união faz a pessoa” (SUPIOT, 2007, p. 236-237). Desta forma, fez-se grande alicerce acerca da construção do conceito de pessoa, reafirmando a necessidade de compreender o homem como um ser de natureza divina, antevendo vestígios do que mais tarde viria ser a dignidade da pessoa humana.

Este pensamento, adiante, sofreu controvérsias que fizeram ressurgir reflexões acerca da trindade, Pai e Filho e Espírito Santo. Passou-se então, a considerar as “três naturezas” que compunham a unidade, nas palavras de Alessandro Zenni “um só Deus e três naturezas, sem que isso pudesse descambar ao modalismo, ou seja, as três formas de manifestação da Deidade, ao invés da unidade da natureza” (ZENNI, 2018, p. 23).

O reconhecimento de uma “natureza” digna de proteção, em razão da similaridade entre “Pessoa” e Deus, empregada pelo pensamento cristão ao conceito de “pessoa” foi imprescindível

para embasar outras importantes contribuições a respeito do tema. Dentre elas, destaca-se o pensamento do filósofo Boécio, que consolidou a existência de uma substância individual como parte da essência do homem, para além de seu corpo físico, definindo “pessoa” como “substância individual de natureza racional”. (BOÉCIO, 2005, p.168).

Boécio aduz que, “se há pessoa tão somente nas substâncias, e naqueles racionais, e se toda substância é uma natureza, mas não consta nos universais, e, sim, nos indivíduos, a definição que se obtém de pessoa é a seguinte: ‘substância individual de natureza racional’”. (BOÉCIO, 2005, p. 282). Do mesmo modo, ao determinar a existência de uma substância individual, Boécio justifica que a essência não é aquilo que está atribuído ao ser, mas sim o próprio ser, deste modo sua compreensão reforça a ideia de uma união entre natureza humana e divina. (BERTI, 1992, p. 47-48).

Seguindo a linha do pensamento cristão, São Tomás de Aquino também vale-se de Boécio para fundamentar sua composição sobre o conceito de “pessoa”, cuja essência é justificada na junção de mundo inteligível e mundo sensível, imprimindo um significado ainda mais profundo em relação ao respeito universal do conteúdo intrínseco dos sujeitos (TOMÁS DE AQUINO, 2000, p. 29).

Em um de seus escritos, São Tomás cita a obra “Sobre as Duas Naturezas” de Boécio, explicando:

[...] Com efeito, como nas comédias e tragédias se representavam personagens célebres, o termo pessoa veio a designar aqueles que estavam constituídos em dignidade. Daí o uso nas igrejas de chamar personalidades àqueles que detêm alguma dignidade. Por isso, alguns definem pessoa dizendo que é uma hipótese distinta por uma qualidade própria à dignidade (persona est hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente). Ora, é grande dignidade subsistir em uma natureza racional. Por isso, dá-se o nome de pessoa a todo o indivíduo dessa natureza. Mas a dignidade da natureza divina ultrapassa toda dignidade, por isso, o nome de pessoa ao máximo convém a Deus. (TOMÁS DE AQUINO, 2000, p 29).

Os indivíduos, em sua natureza, possuem uma substância racional capaz movê-los individualmente, contendo domínio sobre seus próprios atos, motivo pelo qual são dotados de dignidade. Essa “natureza racional” diferencia o homem dos demais animais tendo em vista que, o seu conteúdo substancial possui âmago na Divindade.

Pessoa significa o que há de mais perfeito de toda a natureza, i. é, o que subsiste na natureza racional. Donde, como se devem atribuir a Deus todas as perfeições, pois a sua essência as contém todas, devemos aplicar-lhe o nome de pessoa. Não, porém do mesmo modo pelo qual o aplicamos à criatura, mas de modo mais excelente, como se dá com os outros nomes impostos à criatura e atribuídos a Deus, conforme demonstramos quando tratamos dos nomes divinos. (AQUINO, 2000, p. 228).

Também, o filósofo iluminista Immanuel Kant pensou o conceito de “pessoa” segundo a “natureza racional” do homem, no entanto, abandonou a origem exclusivamente religiosa e fundamentou-se na filosofia, determinando o homem como um fim em si mesmo. Em Kant, o homem possui um valor absoluto, sua racionalidade, e dela provem a sua condição de pessoa (KANT, 1986, p. 253).

Em outra linha, John Locke define “pessoa” como “um ser inteligente pensante, que possui raciocínio e reflexão, e que pode pensar a si próprio como o mesmo ser pensante em diferentes tempos e espaços; é-lhe possível fazer isto devido apenas a essa consciência que é inseparável do pensamento. Para o autor, existe uma distinção entre *homem* e *pessoa*, de modo que, “ser humano” ultrapassa a condição biológica, que pode ser comparada à de um animal (LOCKE, 1999, pg.436).

Trazendo as principais ideias e autores que fundamentaram o conceito de “pessoa”, mas sem pretensão de esgotá-lo, é ainda importante salientar a mutabilidade e a transformação pela qual o conceito se submeteu e continua sendo submetido. Na visão de Stancioli, “ser pessoa significa ser um fluxo de valores em eterna mudança” (2010, p. 125).

Haja vista que, a breve análise do conceito de “pessoa” direcionou à necessidade de perceber a dignidade como algo inerente a todo ser humano em razão de sua própria natureza, apresentar-se-á, em sequência, as principais contribuições históricas sobre temática.

## 2. CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra dignidade, deriva do latim, *dignitas*. Nos ensinamentos de Garcia, “o substantivo *dignitas*, origem etimológica latina da palavra dignidade, significava mérito, prestígio, consideração, excelência, enfim, qualificava o que era digno e que merecia respeito” (2003. p.34).

Na Antiguidade, o valor empregado ao ser humano era muito genérico e mensurado de acordo com a posição social que cada um ocupava. De acordo com Aristóteles (1978), o homem era um ser político e pertencia ao Estado, sua importância encontrava-se na cidadania. Neste sentido, trazem Giovanni Reale e Dario Antiseri:

O bem do indivíduo é da mesma natureza que o bem da Cidade, mas este “é mais belo e divino” porque se amplia da dimensão do privado para a dimensão do social, para a qual o homem grego era particularmente sensível, porquanto concebia o indivíduo em função da Cidade e não a Cidade em função do indivíduo. Aristóteles, aliás, dá a esse modo de pensar dos gregos uma expressão paradigmática, definindo o próprio homem como “animal político” (ou seja, não simplesmente como animal que vive em sociedade, mas como animal que vive em sociedade politicamente organizada) e escreve textualmente o seguinte: “Quem não pode fazer parte de uma comunidade, que não tem necessidade de nada, bastando-se a si mesmo, não é parte de uma cidade, mas é uma fera ou um deus.” (1990, p. 208).

A dignidade humana segundo o pensamento Antigo é sinônimo de práxis, ou seja, a vida fundada em uma “normatividade intersubjetiva, que, por sua vez, é a articulação, na ordem do humano, da ordem universal do cosmos”. Somente quando segue essa normatividade cósmica, o homem “atinge a atualização de suas possibilidades e chega à salvação, entendida como atividade justa e totalmente harmonizada do homem em relação ao mundo e a si mesmo”. Priorizava-se o todo, e ao homem cabia menor importância (OLIVEIRA,1993, p. 88).

Já a Idade Média foi marcada pelo pensamento do Estoicismo, responsável por elaborar uma das primeiras noções de dignidade da pessoa humana. Para os estoicos, a “natureza humana” era aquilo que diferenciava o homem dos demais animais, essa singularidade lhe tornava merecedor de respeito (SARLET, 2002 p. 32).

Ainda na Idade Média, o cristianismo precede o pensamento estoico, baseando o respeito à dignidade humana na teologia. O homem, por ter sido concebido à imagem e semelhança de Deus, possui natureza divina, isto torna-o merecedor de respeito e dignidade. Esse pensamento, recebeu contribuições essenciais de Boécio e Tomás de Aquino, que pensaram o homem como “substância individual de natureza racional” (BOÉCIO. 2005. p.168).

Tomás de Aquino foi o primeiro a falar sobre dignidade humana, denominando-a como uma característica pertencente à própria natureza humana, merecedora de respeito e proteção. A visão tomista ampliou o conceito de dignidade da pessoa humana, dando-lhe um sentido ontológico, fundado na existência de uma essência própria que distinguiria a pessoa humana das demais realidades individuais. (TOMÁS DE AQUINO, 2000).

Em 1486, Pico Della Mirandola (1989, p. 49), afirma que não há nada mais admirável que a figura do homem. Essa “condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos” colocando-o o homem no centro do universo.

Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supra-mundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado” (2006, p. 48-51).

Nesse sentido, Sem Dresden explica que, Pico estaria convencido de que a dignidade humana “só poderia encontrar-se no bem-aventurado estado de proximidade de Deus” e que, “esta dignidade é somente mencionada em conjunção com uma quase mística união com Deus e com o divino” (Dresden, 1968, p. 70).

No pensamento Moderno, Immanuel Kant foi fundamental para consolidar o conceito de dignidade da pessoa humana especialmente no campo do direito. Nas palavras de Lima Vaz:

[...] Nunca a pessoa humana fora celebrada com acentos mais elevados do que quando Kant a proclamou, numa das fórmulas do imperativo categórico, como fim absoluto, jamais portanto utilizável simplesmente como meio; e do que quando fez da pessoa concretamente existente, sujeito da lei, objeto daquele sentimento que é o único a possuímos a priori e que, tendo como sede a razão pura prática e por objeto a lei, estende-se ao sujeito da lei desde que se mostre como exemplar da lei cumprida: o respeito. O respeito se dirige, assim, à dignidade da pessoa, ao seu valor intrínseco ou absoluto, irreduzível ao valor relativo das coisas ou ao seu “preço”. (VAZ, 2009, p. 196).

Immanuel Kant, em sua obra "Fundamentos da Metafísica dos Costumes" exprimiu a ideia do homem como um fim em si mesmo, estando acima de qualquer preço “Quer dizer que ele possui uma dignidade (um valor inferior absoluto). Por meio dela, ele força o respeito de todas as criaturas racionais para com ele, permite-se comparar a toda criatura desta espécie e estima-se em pé de igualdade com ela”. (KANT, 1986, p. 434).

Ao descrever o “ser humano como fim em si mesmo”, Kant faz uma distinção entre coisa e pessoa, ao passo que, as coisas são condicionadas a um fim, mas o ser humano existe como valor supremo, por este motivo possui dignidade, assim, o autor aduz:

[...] que se não pode pôr nenhum outro no seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meio; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo valor fosse condicional e, por conseguinte, contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão. (KANT, 1986 p. 68-69)

O homem, não pode ser usado como meio para satisfazer desejos e vontades, “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim”. (KANT, 1986, p. 68). Em suas próprias palavras:

Age de tal sorte que consideres a Humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio [...] os seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fim em si [...] o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si. (KANT, 1986, p. 105-111).

Levando em consideração o caráter único e insubstituível de cada ser humano narrado anteriormente por Kant, Celso Lafer afirma que “o individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, pois o mundo não é um cosmos – um sistema ordenado – mas sim um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade” (LAFER, 1981, p. 120)

A dignidade, na perspectiva kantiana, por conseguinte é trilhada por diversos autores da atualidade. Sarlet (2009, p. 43-44) leciona que, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” assevera ainda que, o reconhecimento da dignidade é resultado da evolução do pensamento humano e da compreensão do que é “ser humano”, do que é ser pessoa, e os valores que lhe devem ser atribuídos (SARLET, 2009, p. 16).

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2016, p.18) conceitua dignidade como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”, constituindo o mínimo existencial que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Em linhas gerais, a dignidade é considerada como uma característica inerente à própria natureza humana, desta forma, seu reconhecimento constitui defesa da própria humanidade. Sua tutela é indispensável para concretização de todos os direitos, cabendo ao Estado sua efetivação, seja na ordem individual, seja na ordem coletiva.

### **3. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO NA ORDEM JURÍDICA**

A modernidade foi marcada pela passagem do Estado absoluto para o Estado liberal, onde a preocupação era estabelecer limites ao exercício do poder político, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, diante das consequências desastrosas legitimadas pelos regimes totalitários do nazismo e do fascismo.

Neste contexto, com destaque ao Nazismo, é possível notar a figura denominada por Agamben (2010) como “Homo Sacer” que significa “homem sacro”, ou seja, aquele, que é insacrificável, mas exposto a uma “matabilidade” por intermédio do soberano. De acordo com Agamben:

O hebreu sob o nazismo é um referente negativo privilegiado da nova soberania biopolítica e, como tal, um caso flagrante de homo sacer, no sentido de vida matável e insacrificável. [...] os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, “como piolhos”, ou seja, como vida nua. A dimensão na qual o extermínio teve lugar não é nem a religião nem o direito, mas a biopolítica. (AGAMBEN, 2010, p. 113).

Essa ausência de proteção expôs a vida humana a uma verdadeira catástrofe, fazendo com que os Estados, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, se unissem na criação de um mínimo ético internacional para assegurar a proteção da pessoa humana em todo o mundo.

A dignidade passa então a ser reivindicada como princípio central dos sistemas jurídicos e seu reconhecimento exprime o processo de internalização dos direitos humanos, a fim de assegurar que o Estado atinja sua finalidade, qual seja, a proteção do homem e as garantias mínimas para que este tenha sua dignidade posta acima de qualquer bem, inclusive acima Estado (MARTINS, 2003):

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o

colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano (GARCIA, 2005, p. 85.)

Essa finalidade absoluta do ser humano constitui a base para a legislação prática, e sua ideia sobre dignidade fundamenta as doutrinas dos direitos humanos universais de modo que, “a justiça obriga-nos a preservar os direitos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conhecimento que temos deles, simplesmente porque são seres humanos, seres racionais e, portanto, merecedores de respeito” (Sandel, 2011, p. 155-156).

Nelson Rosenvald explica que o princípio da dignidade da pessoa humana passou por três fases importantes. Em primeiro momento a “dignidade se localiza em Deus”, em segundo momento a dignidade está associada à “racionalidade e liberdade como atributos exclusivos da pessoa natural” e, por fim, após os “brutais atentados contra a dignidade” que “demonstram a necessidade de localizar a dignidade como princípio constituinte do Estado Democrático de Direito” (ROSENVALD, 2007. p. 6).

No plano internacional, a Organização das Nações Unidas, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu artigo 1º traz: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, constituindo o grande marco em defesa da pessoa humana.

Já em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu preâmbulo explicita que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da sociedade humana, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial, no reconhecimento que esses direitos derivam da dignidade inerente aos homens”. No mesmo sentido, o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969 também coopera com o reconhecimento e efetividade dos direitos humanos, e consagra, no art. 11º, a “proteção da honra e da dignidade”. Deste modo, estes dispositivos asseguram a dignidade humana como uma fonte dos direitos fundamentais, servindo então, como instrumento para efetivação do próprio Direito.

### **3.1. A dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro**

No plano nacional, após duas décadas de governo Militar, com anseio de proteger a pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, passa a sintetizar a Dignidade da Pessoa Humana como valor Fundamental e Principiológico do Ordenamento Jurídico. Neste sentido, Fladimir Jerônimo Belinati Martins traz:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social. (MARTINS, 2003, p. 57).

Diante de sua importância, o princípio passa ser considerado a fonte primordial da hermenêutica constitucional, por ser indispensável na aplicação das demais normas jurídicas. Dessa

maneira, José Afonso da Silva explica, “se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito [...] está na base de toda a vida nacional.” (SILVA, 2008, p. 38).

A dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). Da mesma forma, na ordem social busca a realização da sonhada justiça social (art. 193), na educação e no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205). (FACHIN, 2001, p. 193)

De acordo com, Ingo Wolfgang Sarlet (2002), a dignidade da pessoa humana tem maior força normativa em relação as demais normas, motivo pelo qual, é enquadrada como princípio fundamental do Ordenamento, alicerce de direitos e garantias fundamentais.

Alexandre de Moraes (2015) esclarece que, este princípio é constituído como responsável por garantir o respeito à singularidade de todos os seres humanos, e protegê-los das ações arbitrárias do próprio Estado, constituindo-se o preceito inviolável que todo estatuto jurídico deve assegurar. No mesmo sentido, o autor reforça que:

Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais. (MORAES, 2015, p. 21-22)

A dignidade humana, materializada como princípio fundamental é o reflexo constitucionalismo contemporâneo, que traduz em suas normas jurídicas valores construídos durante a história da humanidade. Seu exposto reconhecimento traduz a pretensão constitucional de transformar a dignidade humana em parâmetro, a fim de que se harmonize o sistema jurídico, obrigando o intérprete a observar na prática o valor deste princípio, e como consequência, que seja efetivamente preservado (MARTINS, 2003).

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 380-381):

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças

Rosenvald, (2007, p. 6) explica que a importância da pessoa humana acarretou em “uma interdependência entre a ideia de dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos individuais fundamentais que se articula no nível constitucional desde o início da história do Estado de Direito” de modo que “na mesma medida há uma linha de confluência entre a proteção de direitos individuais fundamentais e personalidade humana”.

Direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta a dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do RIDB, Ano 2 (2013), nº 1 | 223 Direito Civil. (MIRANDA, 1993, p. 55).

Os "Direitos e Garantias Fundamentais", previstos pela Constituição Federal, nos artigos 5º ao 17º, visam proteger a dignidade humana, e encontram-se, ligados aos direitos da personalidade expressos no Código Civil de 2002, de modo que, o "prestígio da dignidade humana nos planos filosófico e jurídico constitucional redundará, no plano do direito civil, na ampla aceitação dos direitos da personalidade" (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 29).

Desta maneira, para que a pessoa humana possa desenvolver plenamente o exercício de sua dignidade, o legislador estendeu a proteção também de modo infraconstitucional, em âmbito do direito privado por meio dos direitos da personalidade previstos no Código Civil.

### 3.2. A dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade

A concepção contemporânea do princípio da Dignidade da Pessoa Humana estabelece igual proteção a todos os cidadãos pelo simples fato de serem pessoas, de modo que, “a existência do homem como pessoa somente possibilita que o mesmo seja sujeito nas relações jurídicas” (CARVALHO; KAROLENSKY, 2013, p. 517). Sendo assim, a personalidade configura-se requisito essencial para tornar o homem sujeito de direito.

Ao longo da história, a sociedade é marcada pela sociabilidade do homem. “O fato de o homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da evolução histórica, não elide a verdade de que o “social” já estava originariamente no ser mesmo do homem”, sua personalidade é uma expressão histórica, uma conseqüente atualização do ser humano como um ser social, “uma projeção temporal, de algo que se teria convertido em experiência social se não fosse inerente ao homem a condição transcendental de ser pessoa” (REALE, 1998, p. 64.)

Os direitos da personalidade encontram-se expressos no Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21 do Capítulo II da Parte Geral. De acordo com Fachin (1990) são considerados essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana, possuem o intuito de preservar os indivíduos, resguardar a sua dignidade, sendo então, considerados absolutos, e irrenunciáveis. (p. 28).

A inserção dos direitos da personalidade no Código Civil demonstra a preocupação de seus idealizadores no que se refere à importância da pessoa humana como valor-fonte do ordenamento jurídico. Além disso, a formação do Código também traz maior mobilidade entre os seus diversos sistemas, tanto no âmbito interno do próprio instituto, assim como estabelece conexões inter e extra-sistemáticas, ou seja, com outros sistemas do ordenamento e com sistemas fora dele através das cláusulas gerais. (ALVES, 2005, p. 39).

Vale ressaltar que os direitos da personalidade conferem proteção às características mais importantes da pessoa humana, e frente a essa íntima ligação com o sujeito portador, não permite que sejam adquiridos por outra pessoa. Ressalta-se então, que, a infungibilidade da pessoa, é o amago de sua personalidade. (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 31). Lecionando sobre os direitos da personalidade o autor afirma que:

O direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo; é aquele poder in se ipsum, a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, in corpus suum potestas. Não se diga que o objeto é o próprio sujeito; nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu. (PONTES DE MIRANDA, 2000, p.38)

Defendendo uma posição jusnaturalista, Javier Hervada (1990) em sua “Crítica Introdutória ao Direito Natural” explica que, a falta de reconhecimento da personalidade de determinadas categorias configuraria por si só uma injustiça. O autor entende que, toda pessoa no sentido ontológico é uma pessoa no sentido jurídico, sendo assim, lei positiva não pode negar a raiz da

personalidade da pessoa humana, e se houver algum grau de limitação, está não pode ser estender aos direitos naturais.

Na visão do jusnaturalista, os direitos da personalidade são inerentes à própria natureza humana, merecem respeito mesmo se não estiveram tipificados pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, Carlos Alberto Bittar (2000, p. 115) entende que, igualmente à dignidade, os direitos da personalidade são inerentes a pessoa humana, cabendo ao Estado apenas o reconhecimento e proteção, já que, “transcendem o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligado ao homem, para sua proteção jurídica, independente de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa”.

A concepção de pessoa humana como fundamento e finalidade principal no Ordenamento Jurídico, permite que o intérprete considere as características intrínsecas de todo sujeito como forma de parâmetro na aplicação das leis, garantindo então, a dignidade, neste sentido, “os direitos de personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana” (ROSENVALD, 2007. p. 32):

A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem’. (ASCENSÃO, 1997, p. 64)

A positivação dos direitos pertencentes à natureza humana é uma forma de garantir que a própria existência seja preservada. Ademais, através do reconhecimento da dignidade humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico Brasileiro garante-se que essa proteção seja estendida em todas as esferas jurídicas. Simultaneamente, a proteção dos direitos da personalidade consignada no Código Civil de 2002 exprime a necessidade de tutelar os bens jurídicos mais importantes para manutenção dos valores do homem, tanto nas relações públicas quanto nas relações privadas.

## CONCLUSÃO

Considerando que o conceito de dignidade humana foi construindo quase que simultaneamente com conceito de pessoa, nota-se que “pessoa” e “dignidade” se interrelacionam e coexistem. A construção histórica destes conceitos demonstrou a necessidade de centralizar o homem como finalidade e fundamento de todo o Ordenamento Jurídico, passando então, a tratar a dignidade humana como Princípio Constitucional, submetendo o legislador a sua observação frente a aplicação das normas.

No âmbito do direito privado a dignidade passou a ser tutelada através dos Direitos da Personalidade, permitindo que o titular desenvolva de modo completo suas características mais importantes. Deste modo, o reconhecimento da dignidade como algo pertencente à natureza humana reafirma a proteção do homem e das qualidades que o fizeram ser considerado uma “pessoa”.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALVES, Cristiane Avancini. Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul – RS, n.º 330, abr. 2005.

ARISTÓTELES. **Os Pensadores**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2 ed., vol. 1 e 2 São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ASCENSÃO, José Oliveira. **Teoria Geral do Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

BERTI, Enrico. **Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico**. In: BERTI, Enrico et al. *Persona e personalismo*. Padova: Lanza, 1992..

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. ed. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, out./dez. 1978.

BOÉCIO. **Escritos**. Tradução de Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005,

BRASIL. Decreto 678. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto/D0678.htm>. Acesso 26 julho. 2021.

CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. **Fundamentos do direito da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar. v. 13. n. 2. jul/dez. 2013.

CORREIA, A.; CAPUCHO, F. J.; FIGUEIREDO, A. A. V. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Juan (Coordenadores). São Paulo: Manole, 2019.

DRESDEN, Sem. **O humanismo no renascimento**. Tradução de Daniel Gonçalves. Porto: Inova, 1968.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

FACHIN, Zulmar. **A proteção do direito a imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1990.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Franca, SP: Editora de Direito Ltda. 2003.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 21, jan./mar. 2005

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Na Ordem Jurídica Internacional e Reflexo na Ordem Constitucional Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto – Portugal: Resjurídica.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano**. Introdução, notas e tradução de Eduardo Abranches de Soveral. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NODARI, Paulo César. **A Teoria dos Dois Mundos e o Conceito de Liberdade Em Kant**. Caxias do Sul: Educs, 2009.

PAEMANN, Robert. **Pessoa: Ensaio sobre a diferença entre algo e alguém**. São Leopoldo: Unisinos, 2015. Tradução Nélio Schneider.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso Sobre a Dignidade do Homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998

RENAUT, Alain. **O indivíduo: Reflexão Acerca da Filosofia do Sujeito**. 2ª ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade: Ou de Como Alguém se Torna o Que Quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. V. 1-4. São Paulo. Loyola, 2000.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica**. v. 1. 9.ed. São Paulo: Loyola, 2009.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Pessoa e Justiça**: Questão de Direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2018.

Submetido em: 15 nov. 2021.

Aceito em: 31 dez. 2022.



# A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS BRASILEIROS SOBRE PAPEL DAS DIRETIVAS ANTECIPADA DE VONTADE PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE

**Jonas de Souza Oliveira**

Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Maranhão.  
jonas.oliveira@discente.ufma.br

**Ruan Didier Bruzaca**

Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Maranhão.  
ruan.didier@ufma.br

**Resumo:** As diretivas antecipadas de vontade têm na sua essência a autodeterminação do paciente. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade jurídica das diretivas para efetivação da autonomia do paciente. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, com as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Foram analisadas a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, utilizando como termos de busca: “diretiva antecipada de vontade”, “testamento vital” e “mandado duradouro”. Apesar da vasta produção doutrinária sobre o tema, observou-se pouco pronunciamento jurisprudencial, cuja pesquisa resultou em cinco processos. Os processos são dos Estados de São Paulo e Rio de Grande do Sul. Identificou-se a validade das diretivas, mas sem necessidade de se recorrer a via judicial, bem como privilegiamento da autonomia do paciente nas situações ameaçadora de vida. Destarte, conclui que as diretivas diante da perspectiva jurisprudencial têm possibilidades de efetivar a autonomia do paciente com fundamentos implícitos no ordenamento jurídico brasileiro e em uma resolução do Conselho Federal de Medicina, todavia, diante das fragilidades desse normativo ainda se justifica a defesa de uma legislação federal específica para a garantia da segurança jurídica de se concretizar uma morte digna de quem constrói sua diretiva antecipada de vontade.

**Palavras-chaves:** Morte digna. Autonomia. Testamento Vital. Direito Médico.

*The interpretation of brazilian state courts of justice about the role of anticipated will directives for preserving the autonomy of the patient*

**Abstract:** The advance directives of will have in their essence the patient's self-determination. Thus, this article aims to analyze the legal applicability of the directives for the realization of patient autonomy. For this purpose, the deductive approach method was used, with bibliographic and jurisprudential research techniques. The jurisprudence of the State Courts was analyzed, using as search terms: “anticipated will”, “living will” and “lasting warrant”. Despite the vast doctrinal production on the subject, there was little jurisprudence pronouncement, whose research resulted in five processes. The processes are from the States of São Paulo and Rio de Grande do Sul. The validity of the directives was identified, but without the need to resort to the judicial system, as well as the prioritization of patient autonomy in life-threatening situations. Thus, it concludes that the directives, in view of the jurisprudential perspective, have possibilities to effect the patient's autonomy with implicit foundations in the Brazilian legal system and in a resolution of the Federal Council of Medicine, however, given the weaknesses of this normative,

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

the defense of legislation is still justified. specific federal government to guarantee the legal certainty of a dignified death for those who build their advance directive of will.

**Keywords:** Dignified death. Autonomy. Living Will. Medical Law.

## INTRODUÇÃO

Na relação médico-paciente há um predomínio do poder médico sobre as decisões terapêuticas e existem alguns motivos para esta supremacia, a saber: o paternalismo médico como justificativa para decidir o que é melhor para o paciente, manifestado por meio de um culturalismo de que o caminho traçado pelo médico deve prevalecer; a falta de entendimento dos termos técnicos pelo paciente, portanto, não consegue decidir adequadamente sobre o seu tratamento; a fragilidade da doença que não permite que o paciente consiga tomar a melhor decisão. Em outras palavras, existem várias barreiras a serem superadas dentro da relação médico-paciente para que se consiga dizer que este último tem um poder de decisão no seu tratamento.

Em particular, a autonomia do paciente para escolhas de cuidados e tratamentos na finitude da vida é questionada principalmente pela superveniência de incapacidade clínica para manifestação de vontade. Dessa forma, ao longo dos últimos cinquenta anos ocorreram debates, inicialmente, sobre a importância de informar e buscar o consentimento do paciente, independentemente da doença, e especialmente na ocorrência de um aspecto inexorável da vida – a morte, assim, surgiram, posteriormente, as diretivas antecipadas de vontade (DAV), como um instrumento para respeitar as decisões prévias do paciente na terminalidade da vida.

Este debate torna-se ainda mais importante diante do avanço da biotecnologia para tratamento de doença e manutenção artificial da vida. É inegável o progresso das ciências médicas no controle das enfermidades, possibilitando aumento da qualidade e expectativa de vida das pessoas. Por outra banda, esses avanços ultrapassam muitas vezes a barreira ética e deontológica, sendo marcados por intervenções médicas que trazem mais sofrimento do que qualidade de vida ao paciente, aqui se fala das situações em que a medicina, apesar do aparato tecnológico a sua disposição, não consegue mais garantir a cura, mas insiste na obstinação terapêutica, cuja a única certeza será apenas o prolongamento do processo de morte que já se tornou inevitável. Dessa forma, ressalta-se o caráter essencial de informar e permitir a manifestação de vontade do paciente nessas situações.

No contexto de ênfase da autonomia do paciente em fim de vida, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução n. 1995/2012, que estabeleceu parâmetros para o médico efetivar as escolhas do paciente realizada por meio de um instrumento de vontade do tipo prospectivo, a DAV. No entanto, não existe uma regulamentação específica em âmbito federal sobre a temática. Considerando esse vácuo legislativo acrescido da existência apenas de um regimento direcionado à classe médica, que não contempla todos elementos necessário para elaboração das DAV, apresenta-se a questão central do presente estudo: investigar na jurisprudência estadual brasileira se as DAV conseguem efetivar a autonomia do paciente nas situações de fim de vida. A esse propósito, estabeleceu-se como objetivo geral da pesquisa - analisar a aplicabilidade jurídica das diretivas antecipadas de vontade como instrumento do direito para efetivação da autonomia do paciente. E por objetivos específicos: (I) - identificar os aspectos gerais da autonomia do paciente diante da terminalidade da vida; (II) - conceituar e caracterizar o instrumento das diretivas antecipadas de vontade; (III) - discutir a jurisprudência brasileira acerca da diretiva antecipada de vontade, bem como as limitações para efetivação da autonomia do paciente.

O método de escolha para pesquisa foi o dedutivo. Ademais, no estudo procedeu-se inicialmente a técnica de pesquisa bibliográfica por meio de livros, artigos científicos e tese de mestrado e, em sequência, houve o levantamento dos dados por meio da pesquisa jurisprudencial, que identificou as decisões judiciais nos autos de processo da segunda instância da justiça estadual brasileira que tratou sobre autonomia da vontade de paciente por meio das DAV e, por fim, adotou-se o procedimento analítico.

O artigo foi dividido em três capítulos, no primeiro capítulo, delinea a autonomia do paciente como princípio do direito e da bioética, para isso se identifica o choque entre os avanços da medicina que tornam o processo de morte mais sofrível e penoso ao paciente do que naturalmente aconteceria e a necessidade de se abrir espaços de discussões para a tomada de decisão pelo paciente. Assim, ressalta-se o estabelecimento da base principiológica da bioética, no qual explica o surgimento da autonomia do paciente na relação médico-paciente, trazendo a construção doutrinária do conceito e a incorporação dessas premissas para dentro Código de Ética Médica, além de compreender que o cerne da DAV é o respeito às escolhas do paciente.

No segundo capítulo, tece-se a estruturação da DAV a partir da doutrina e a resolução do CFM, no qual perpassa pelo contexto histórico de sua formação, espécies identificáveis deste instrumento, finalidades, diferenciações e características da DAV, como capacidade para elaboração, eficácia, conteúdo, forma, revogação, caducidade e limitações.

Por fim, tem-se o último capítulo, que traz uma análise dos processos judiciais de relevância sobre temática no âmbito da Justiça Estadual brasileira, na qual procurou trazer reflexões da posição do judiciário sobre as DAV em face da ausência de norma no ordenamento jurídico pátrio, e assim, verificar se é um instrumento que tem eficácia ou não para efetivar a autonomia do paciente.

## **1. AUTONOMIA DA VONTADE: UMA INTERFACE ENTRE O DIREITO E A MEDICINA**

A DAV é um instrumento facultativo elaborado pelo paciente com plena capacidade para decidir sobre os cuidados que serão aplicados na finitude da vida, quando a condição clínica não o mais permitir expressar sua vontade. Esse instrumento surge como uma necessidade ética e deontológica frente aos avanços tecnológicos que embasam uma “medicina agressiva”, que busca combater a doença e preservar a “vida” a todo custo, muitas vezes esquecendo de ouvir o principal interessado: o paciente.

Segundo Nunes (2016), surgiram novas questões para medicina em temas difíceis como: o fim da vida humana; a ética e deontologia profissional; e como o direito pode auxiliar o médico analisar uma manifestação de vontade de um paciente (a exemplo de um pedido de suspensão de suporte avançado de vida, como o ventilador, ou a sedação paliativa com intuito de debelar a dor ou sofrimento intenso).

Diante desse cenário, pode-se afirmar que o pano de fundo para o surgimento das DAV é a promoção da autonomia do paciente dentro da relação com a equipe de saúde, principalmente com o médico, diante de doença sem perspectiva terapêutica.

Justamente, a valorização da autonomia do paciente deve prevalecer perante uma medicina, cujos avanços tecnológicos em suporte artificial de vida têm tornado o processo de morrer penoso, sofrível e longo além do que é natural. Por conseguinte, essa valorização busca oferecer ao paciente o direito a uma morte digna. (MARTEL, 2015)

Sobre o presente estudo, dois aspectos configuram sua complexidade: o primeiro, por ser uma questão que pode afetar quase todas as pessoas na finitude da vida (a interferência humana na determinação da forma e extensão do processo de morte); o segundo, referente à interdisciplinaridade do estudo, por envolver a medicina, bioética e o direito, interconexão de vastas áreas do conhecimento humano associado ao caráter essencialmente social da temática.

É inegável os ganhos extraordinários angariados pela medicina, resultando no aumento da expectativa de vida e qualidade de vida. As doenças que antes não se vislumbravam arsenal terapêutico ficaram para atrás com descobertas e aplicações no dia a dia na área da saúde. No entanto, os impressionantes avanços tecnológicos da biomedicina não são isentos de dilemas éticos. Todo conhecimento adquirido pelo homem invariavelmente estará associado a uma adversidade no campo da ética.

Sociedade, avanços tecnológicos e dilemas éticos estão imbricados, e o Direito não pode ficar distante desta discussão, assim, deve fornecer subsídios para o ser humano. Diante dos avanços no conhecimento científico, a humanidade depara-se com implicações éticas a serem enfrentadas, com necessidade de parâmetros jurídicos para tomada de decisões. Dessa forma, para adentrarmos nesse debate complexo, parte-se de um importante balizador do direito e da bioética: o princípio da autonomia do paciente.

Apesar do registro histórico da preocupação dos aspectos éticos nas práticas médicas, o que impera na relação médico-paciente é essencialmente um paternalismo e absolutismo, considerando aquele o responsável para decidir o que seria melhor para este, acrescido de uma medicalização da vida e incorporação de tecnologia na prática cotidiana no âmbito da saúde, não conseguindo essa visão unilateral estabelecer limites ponderável sob a ótica da ética. (ARAÚJO; FERNANDES, 2021)

Em função disso, Peixoto (2018) leciona que, na década de 1960, a discussão dos aspectos éticos nas ciências da vida é fomentada em decorrência de um contexto de valorização e respeito aos direitos humanos, em mundo marcado pelo pós-guerra. Tempos depois, em 1971, o biólogo e oncologista Van Renssealer Potter cunhou e usou o neologismo bioética, derivado das palavras gregas *bio* (vida) e *ethike* (ética).

A este propósito de caracterização da conjuntura de surgimento da bioética, Nunes e Nunes (2004) ressaltam que esse novo campo do conhecimento nasceu como uma necessidade de ligação entre as ciências humanas, marcadas pelos aspectos reflexivos, com as ciências naturais: matemática, física, principalmente, nas ciências biológicas e na medicina, reconhecidas como ciências empíricas. Esta separação entre ambas havia sido provocada pelo movimento filosófico do positivismo no século XIX, com repercussões negativas nestas últimas, principalmente, pela perda da capacidade de autocrítica e autorreflexão sobre suas ações.

Nesse sentido, Diniz (2017) entende a necessidade da bioética para fornecer elementos diante de vários aspectos da vida relacionados à intervenção da ciência na prática médica. Tal aplicação pode estar presente desde o nascimento até a terminalidade da vida, compreendendo as pesquisas em seres humanas, às formas de eutanásias, à escolha de tempo para nascer ou morrer, dentre outras.

Paralelamente à construção das bases da bioética, para compreender o surgimento da autonomia do paciente na relação médico-paciente é necessário retornar ao final da década de 1970, com a constituição pelo governo norte-americano da Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental, que estabeleceu diretrizes para pesquisas

com seres humanos. Dessa forma, a bioética foi alicerçada em quatro princípios, a não maleficência, a justiça, a beneficência e autonomia. A presente pesquisa exige e interessa apenas o aprofundamento desse último princípio, o que faremos adiante. (DINIZ, 2017)

A esse propósito, na relação médico-paciente identifica-se os seguintes agentes – o médico, o paciente e a sociedade. Ademais, é possível relacioná-los aos princípios da bioética, de modo que cada um tem valor moral específico – paciente atua guiado pelo princípio da autonomia, o médico pelo da beneficência e a sociedade pelo da justiça. (MUÑOZ; FORTES, 1998)

Quanto à autonomia, Benfica (1999, p. 124) traz a seguinte significação:

[...] a capacidade de compreender a própria situação e perseguir objetivos pessoais sem estar dominado por coações. O termo autonomia, de acordo com sua origem etimológica grega, significa *autogoverno*, referindo-se ao poder da pessoa em tomar decisões que afetem sua vida, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais.

Diniz (2017, p. 15) destaca o campo da individualidade para fornecer elementos conceituais da autonomia: “o termo autonomia refere-se ao reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a própria vida, restringindo, assim, a intromissão alheia e indevida no mundo daquele que se submete a um tratamento ou a uma intervenção médica”. Em outro dizer, Ugarte e Acioly (2014) reforçam a associação do termo “autonomia” à capacidade de se autogovernar e mencionam duas importantes características do indivíduo para exercê-la: a intencionalidade e a liberdade.

Cabe mencionar ainda o imperativo categórico kantiano, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, por conseguinte, “ser uma pessoa consiste em ser um sujeito moral autônomo, cuja autonomia é ter ‘uma vontade autolegisladora’.” (BENFICA, 1999, p. 124)

Ao estudar as condicionalidades das características da ação autônoma, Fadeu e Beauchamp estabeleceram o seguinte:

Ações são autônomas quando cumprem três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo. Segundo esses autores, uma ação goza de intencionalidade, quando é querida pelo plano que a motiva. O conhecimento é adequado, quando existe a compreensão: da natureza da ação; das consequências previsíveis e dos resultados possíveis da execução ou não da ação. Existem ainda três formas de controle externo: coerção, manipulação e persuasão. (FADEN, BEAUCHAMP, 1986 *apud* DINIZ JÚNIOR, 2011, p. 27).

Maluf et. al. (2007) ressalta a incompletude dessas condições para ação autônoma, identificando uma quarta condição, a autenticidade. Um ato é autêntico quando é pautado pelos valores e as atitudes gerais diante da vida que uma pessoa assumiu reflexiva e conscientemente.

De toda sorte, o Código de Ética Médica brasileiro, em vigor desde 2010, é um importante marco regulatório da conduta médica, que privilegia a autonomia do paciente e mitiga o paternalismo. Estabelecendo que o médico respeite a vontade do paciente ou de seu representante, considerando os seus valores morais e crenças religiosas, enfatizando que suas decisões perpassam pelo crivo do domínio do paciente sobre a sua própria vida, *conditio sine qua non* para autonomia. (PEIXOTO, 2018).

Assim sendo, o disposto no art. 24 do Código de Ética Médica (2018, p. 07) impõe limites à conduta médica, vedando ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

Todavia, as normas de proteção à autonomia do paciente não se limitam ao Código de Ética Médica. Pode-se citar o art. 15, do Código Civil (CC) de 2002: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Ainda

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

neste contexto, o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, trata do princípio da autonomia quando estabelece que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II).

A manifestação prática deste princípio da autonomia no âmbito da ciência da saúde é o chamado consentimento informado, no qual as diretivas antecipadas de vontade configuram como um desdobramento deste para instrumentalizar a centralidade do paciente como sujeito ativo na participação do seu cuidado, surgindo como uma tentativa de ruptura do paternalismo médico e fomentar o diálogo. Desta forma, a partir da estruturação do princípio da autonomia passa-se então ao aprofundamento do estudo sobre o instrumento das diretivas antecipadas de vontade.

## 2. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: HISTÓRICO, ESPÉCIES, FINALIDADES, DIFERENCIAÇÕES E CARACTERÍSTICAS

Quanto ao **histórico** do debate sobre as diretivas antecipadas de vontade, o direito à autodeterminação do paciente surge nos Estados Unidos em 1969, quando o advogado Luis Kuttner publicou estudo no qual defendia a necessidade do consentimento prévio do paciente sobre o tratamento médico indicado. Posteriormente, redigiu um documento, que denominou de *living will*, conhecido no Brasil por testamento vital, cujo conteúdo fundamental era dispor sobre as escolhas e anseios do paciente em relação ao tratamento médico diante da terminalidade da vida. (MELO, 2018)

Dadalto (2015, p. 26) pormenoriza as exigências que Kuttner estabeleceu para se elaborar este documento:

- (i) o paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; (ii) a vontade manifestada pelo paciente no *living will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; (iii) esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; (iv) deveria ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo tratado; e (v) poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência.

Em 1991, as DAV são transformadas em lei federal no Estados Unidos, com nome de *Patient Self-Determination Act* (PSDA) (Ato de Autodeterminação do Paciente), cujo o escopo era instrumentalizar o paciente para “expressar seus desejos em situações futuras em que isso não seja possível, preservando a sua autonomia e a sua dignidade mesmo em situações em que se encontre incapacitado para agir.” (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

Outro marco histórico para DAV foram as Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, ocorrido em 1997 que abordou temas como: direito à informação, consentimento livre e vontade anteriormente manifestada, trazendo no art. 9º: “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Sendo ratificado por Portugal, Suíça e Espanha, entre outros. Na América Latina, Porto Rico, Argentina e Uruguai legislaram sobre o tema. (DALDATO, 2020).

Não obstante, o tema não possui uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, mas é abordado por meio de uma resolução do CFM. A resolução n. 1995/2012 do CFM

valida a condução médica nas diretivas antecipadas de vontade, trazendo no seu art. 1º o conceito de diretiva antecipada de vontade: “como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.”

Consigna-se aqui que as DAV têm na sua essência permitir a autodeterminação do paciente. Por meio dela, o paciente terá a oportunidade inequívoca de manifestar o seu direito a recusar tratamentos inúteis, no qual o médico não pode mais garantir a possibilidade de cura, sendo considerado muitas vezes condutas que apenas prolongam o processo de morte, revestido em sofrimento e retirando a naturalidade desse processo e, por consequência, a dignidade humana.

É esclarecedor o ensinamento de Nunes (2016, p. 20) sobre a dignidade como alicerce ao respeito da autonomia do indivíduo: “dignidade lhe confere o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou da manipulação de terceiros”.

Seguindo, existem **espécies** diferentes de DAV na prática médica brasileira. A doutrina e o normativo do CFM n. 1995/2012 reconhecem duas espécies do gênero diretivas antecipadas de vontade: testamento vital e procuração para cuidados de saúde/mandato duradouro. O testamento vital é definido pelo art. 1º dessa resolução, já citado anteriormente. Dadalto (2020, p. 55) complementa essa definição de testamento vital ao citar as situações possíveis de aplicação deste instrumento:

[...] o testamento vital é um documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.

Insta salientar que Melo (2019) identifica uma similaridade entre o testamento vital e o testamento civil. Primeiro, pela própria essência da palavra testamento, que se verifica como o ato de dispor sobre algo, no caso do civil, seria uma disposição dos bens, e do vital, uma disposição da vida pela própria pessoa. Ambos exigem que a pessoa tenha pleno gozo de suas capacidades mentais. Ainda mencionado o paralelo entre os dois tipos de testamentos para o direito civil, se aplica os art. 1.858<sup>1</sup>; 1.860, *caput*<sup>2</sup>; 1.861<sup>3</sup>, do CC/2002 para o testamento vital para caracterizá-lo como negócio jurídico existencial, unilateral, personalíssimo e gratuito. No entanto, urge pontuar uma diferenciação importante entre os dois testamentos: o civil, a eficácia, ocorre *post mortem*. E o vital, a eficácia ocorrer ainda em vida do testador.

Sobre a outra espécie de DAV, o mandato duradouro, leciona Melo (2018) que se caracteriza por um documento elaborado formalmente pelo paciente, no qual estabelece, prévia e voluntariamente, uma pessoa que responderá por decisões do seu tratamento/cuidados de saúde quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade.

No § 1º do art. 2º da Resolução n. 1995/2012, encontra-se o fundamento para a definição de mandato duradouro: “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”.

<sup>1</sup> Art. 1.858, Código Civil de 2002. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

<sup>2</sup> Art. 1.860, Código Civil de 2002. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento

<sup>3</sup> Art. 1.861, Código Civil de 2002. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

Pela definição do testamento vital e mandado duradouro, conclui-se que ambas são consideradas diretivas antecipadas de vontade, podendo existir isoladamente ou não. Todavia, a recomendação dos doutrinadores para a efetivação da autonomia do paciente, quando este estiver incapacitado de exercê-la, será maior se for utilizado os dois recursos dentro do mesmo documento. Em primeiro lugar, porque procurador de cuidado de saúde nomeado será um terceiro para certificar que os cuidados escolhidos pelo paciente será cumprido quando surgir sua incapacidade. Em segundo lugar, porque nem sempre é possível incluir todas as situações possíveis diante da terminalidade da vida, podendo existir lacunas e omissões. No entanto, o procurador, baseado no seu conhecimento sobre os valores e crenças do paciente, será a melhor oportunidade para se aproximar da vontade do paciente, auxiliando a equipe médica na tomada de decisão.

Quanto às **finalidades** da utilização das diretivas antecipadas de vontade na relação médico-paciente, pode-se extrair: garantir dignidade durante a morte, por meio da observação dos desejos de cuidado do paciente, respeitando sua autonomia; e servir de guia para atuação da equipe de saúde, nas situações em que não é possível garantir a cura do paciente, servindo de limites à utilização de recursos artificiais para suporte de vida. (DADALTO, 2020)

Mabtum e Marchetto (2015) ao mencionarem os objetivos das DAV, os relacionam ao respeito à autonomia por servir de embasamento para cumprir os desejos do paciente em fim de vida, além disso, é imperioso destacar que diante das controvérsias que possam ser ocasionada quando o médico honrar a vontade do paciente, as DAV tem uma função garantidora de respaldo legal.

A esse propósito, ao destacar como principal motivo das DAV, a proteção ao paciente ao evitar o uso de tratamento desproporcional, Dias (2013) ressalta ainda sua função secundária: afastamento da possibilidade de responsabilização civil e criminal dos atos praticados pelo médico em respeito ao testamento vital elaborado pelo paciente de forma prévia.

Importa destacar a **diferenciação** da DAV de outras formas de morrer, visto que ao observar as finalidades precípuas das DAV, cabe abrir um espaço na discussão para compreender a diferenciação deste instrumento em relação à eutanásia e à distanásia, principalmente em razão da aproximação temática e da associação crítica com a eutanásia.

Albuquerque (2015, p 05) pontua bem essa diferença de forma sucinta: “a eutanásia é reconhecida como a realização do óbito por outra pessoa, é a antecipação da morte do paciente realizada por escolha por terceiro. Já a distanásia é o prolongamento artificial da vida”. A outra forma de morrer, conhecida por ortotanásia, consiste em respeito ao processo natural de morte, entretanto, evita o sofrimento exacerbado do paciente. Dessa forma, confrontando os elementos conceituais dos termos supracitados, verifica-se que as DAV se encaixam como um tipo de ortotanásia.

Melo (2019) estabelece que a ortotanásia é o fundamento para construção do testamento vital, haja vista que não se busca antecipar e, muito menos postergar a morte, mas sim proporcionar ao enfermo durante o fim da vida, alcançar uma morte plena de sentido, compatível com sua biografia e notória vontade.

Por fim, destacado o conceito, o histórico, as espécies, as finalidades e as diferenciações quanto às DAV, passa-se a discutir sobre os seus **pressupostos** de validade. As fontes utilizadas para discorrer sobre capacidade de elaboração, eficácia, conteúdo, forma, revogação, caducidade e limitações das DAV foram a doutrina, as diretrizes do CFM, o Código Civil/2002 e o direito estrangeiro.

No que tange os requisitos necessários de quem pode elaborar DAV, aplica-se o art. 104, I do CC/2002, que estabelece como validade do negócio jurídico a capacidade do agente. Aqui

não se restringe a capacidade civil (ser maior de 18 anos), sendo necessário discernimento para consentir. Entretanto, para alcançar esse discernimento e afastar qualquer vício na vontade do paciente, Pereira (2018, p. 50), esclarece a importância de o médico respeitar o direito à informação do paciente: “o dever de informação é fundamental para que o paciente possa declarar a sua vontade de forma consciente e isenta de vícios, fazendo valer a vontade expressa em seu testamento vital”.

Dessa forma, pontua-se outro pressuposto durante a elaboração das DVA: auxílio do médico para guiar o paciente durante esse processo. Nesse sentido, afastada a conduta omissiva, permite-se que o profissional da saúde exerça ação de modo a conduzi-lo, na tentativa de aconselhar o paciente (desde que isento de erro, dolo ou coação) sem manipulação, prestando a informação clara e compatível com o grau de entendimento do paciente, respeitando as crenças, valores, atitudes e intenções do paciente. O consentimento deve ser livre e esclarecido, podendo ser revogável a qualquer tempo. (MABTUM; MARCHETTO, 2015)

Acerca do conteúdo, várias são as possibilidades a serem suscitadas, como, por exemplo: a escolha por cuidados paliativos e afastamento de procedimento invasivos e artificiais de suporte de vida; a proibição ou permissão de visitas no lugar onde o paciente está sendo tratado (seja no ambiente hospitalar ou domiciliar, à sua livre escolha); a designação de um ou mais representantes para atuar alternativa, sucessiva ou conjuntamente ao testamento vital; a definição de um caminho interpretativo de sua manifestação de vontade (um comitê, um órgão, uma obra, um grupo ideológico, uma doutrina etc.) (DINIZ, 2017)

Não se pode deixar de olvidar o caráter facultativo da DAV e que ela pode ser alterada a qualquer tempo, inclusive revogada. Ademais, em alguns países considerando a dinamicidade da DAV, estabelece um intervalo de tempo em que a DAV caduca, forçando a pessoa a revisá-las: em Portugal e nos Estados Unidos são de cinco anos, na Espanha, de 2 anos. No Brasil, a doutrina e resolução do CFM não estabeleceu nenhum prazo, somente a possibilidade de alteração/revogação a qualquer tempo, como já citado. (ALBUQUERQUE, 2015)

A respeito da formalização das DAV, a resolução n. 1.995/2012 do CFM, no § 4º do art. 2º estabelece: “O médico registrará, no prontuário as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.” No entanto, recomenda-se o registro em cartório de notas das DAV por meio de escritura pública, visando maior segurança na expressão da vontade do paciente, e, dessa forma, impedir declaração de nulidade por qualquer pessoa. (DALTO, 2020)

Por fim, na abordagem das limitações da vontade materializada na DAV, destaca-se que essa estará suspensa em caso de gravidez da declarante, inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro e nas situações de recusa de tratamento que já tenham sido modificados pela medicina, bem como a recusa aos cuidados paliativos. (MELO, 2019) (ALBUQUERQUE, 2015)

### **3. ANÁLISE JURÍDICA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

A metodologia de pesquisa aplicada a este estudo foi a abordagem dedutiva, pois se procura através de um raciocínio lógico obter uma conclusão a respeito das premissas debatidas, partindo-se do geral para o específico. (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2009)

Considerando o objetivo geral da pesquisa, analisar a aplicabilidade jurídica das diretivas antecipadas de vontade como instrumento do direito para efetivação da autonomia do paciente,

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

buscou-se o levantamento dos dados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e adotou o procedimento analítico.

Foram analisadas jurisprudências da segunda instância da justiça estadual brasileira, abrangendo decisões publicadas no período de 01/01/2012 a 01/06/2021 e utilizando como principais termos de busca: “diretiva antecipada de vontade”, “testamento vital” e “mandado duradouro”. A pesquisa foi realizada através do site especializado de busca de jurisprudência, Jusbrasil, entre junho a outubro de 2021. Opta-se pela escolha dessa ferramenta pela praticidade que ela possui (ao contrário do que ocorreria na busca individualizada de cada um dos tribunais brasileiros), pela amplitude de sua base de dados e pelo motor de busca que apresenta os resultados mais relevantes, considerando que eventual margem de erro identificada seria desprezível.

A pesquisa retornou (28) vinte oito resultados, sendo excluídos: oito processos por apresentar-se repetidos em mais de um termo de busca; um, por tratar apenas de conflito de competência da temática entre Vara cível e Vara de Registro Público; dez, por apenas mencionar sobre a consulta ao site da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, no qual é possível verificar a existência de diretivas antecipadas de vontade e, por fim, quatro, porque tratava de processos onde o requerente utilizava a DAV apenas como argumento para permanecer na curatela do interditando ou para reconhecimento de união estável. Assim, restaram (05) cinco resultados para análise.

Em seguida, na fase inicial da análise, realizou-se uma tabulação dos processos para facilitar o posterior acesso pormenorizado, sendo organizado por numeração do processo, ano da decisão em segunda instância, estado da federação do processo, ementa e normativos relacionado a temática utilizado para fundamentação da decisão.

Dessa análise preliminar, identificou-se que os processos se concentram apenas nos Tribunais dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, que estão localizados em grande centro urbanos, e o tribunais são classificados pelo Conselho Nacional de Justiça (2021) como sendo de grande porte. Em relação ao ano de publicação, revelou-se um de 2013, um de 2015, um de 2017, um de 2018 e um de 2019. Além disso, verifica-se que três desses processos foram identificados como ação declaratória ou jurisdição voluntária, cujo requerente utilizava a via judicial para legitimação de suas DAV. E outros dois, tinha a instituição de saúde no polo ativo, porque tinham pacientes internados em seus leitos que recusavam intervenção médica, e por consequência, queriam respaldo jurídico para suprimir a vontade do paciente.

A seguir, passou-se a leitura crítica dos autos selecionados, buscando extrair os argumentos centrais das decisões para uma análise comparativa com a doutrina, e dessa forma, investigar se, perante a jurisprudência brasileira, a DAV tem condão de privilegiar a autonomia do paciente.

### **3.1. Ação declaratória e jurisdição voluntária**

Neste item da análise, identificou-se três processos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos quais os requerentes buscaram validar por via judicial suas decisões autônomas em caso de situações de fim de vida. A apelação nº 1001378-30.2015.8.26.0363 (TJ-SP, 2018a) da Comarca de Mogi-Mirim, que consistia em uma ação declaratória pelo direito à ortotanásia e cremação após a morte. O apelante solicitou ao poder judiciário do Estado de São Paulo que declarasse seu direito de recusar tratamento médico fútil, que sirva exclusivamente para prolongamento de sua vida em caso de doença irreversível bem como seu direito de opção pela cremação em caso de morte. Segue os termos do autor da ação:

[...] busca a tutela jurisdicional para ver declarado seu direito de opção pela ortotanásia, ou seja, a sua vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções em virtude do estado de saúde em que se encontra em decorrência de moléstia grave, assim como manifestar a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas, cuja qualidade de vida não pode mais ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte. (TJ-SP, 2018a, p. 03)

No pedido, o Tribunal entendeu que o autor não apresentou uma lide resistida, ou fato concreto para se eliminar ou resolver a incerteza do direito ou relação jurídica, haja vista que não apresentou motivo atual para autorização de ortotanásia. Portanto, não se verificou as condições para uma intervenção jurisdicional por causa da impossibilidade de a sentença emitir comandos genéricos, ou em outras palavras, declaração de direito em tese. Assim, o Tribunal por falta de interesse jurídico, extinguiu o processo, sem resolução do mérito em janeiro de 2018, mantendo a decisão de primeira instância. (TJ-SP, 2018a)

O direito do autor pela autonomia na escolha de uma morte digna não foi suprimido no *in casu*, muito menos a tutela jurídica desse direito, no entanto, por não apresentar elementos fáticos concretos que justifique essa tutela, ou seja, seu direito à morte digna não estava sendo obstado, entre outros motivos, porque não apresentou quem poderia obstá-lo e não restou claro motivo atual para desconsideração de tratamento fúteis, pois não informou sequer a doença que o acomete, existindo apenas um pedido hipotético.

Todavia, na fundamentação do *ad quem* em relação ao testamento vital, indicou que esse instrumento tem valor legal para prevalecer a autonomia do paciente nos termos que ele pede ao judiciário: “[...] o apelante pode se valer de ‘testamento vital’ para obter sua pretensão”. (TJ-SP, 2018a, p. 09)

Ainda na fundamentação do acórdão, citou-se o enunciado n. 528 da V Jornada de Direito Civil como embasamento legal da autonomia do paciente em fim de vida (TJ-SP, 2018a, p. 09):

“É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”.

Em apertada síntese do caso, tem-se: o apelante, que busca respaldo jurídico para validar suas escolhas em situações de terminalidade de vida por meio de uma ação declaratória e a decisão do Tribunal que para as finalidades pretendidas pelo apelante basta realizar um testamento vital.

Dessa forma, extrai-se as seguintes ponderações: observa-se razões subjetivas do apelante diante da incerteza de se efetivar seus cuidados em final de vida e sem condições para manifestar sua autonomia e por consequência a busca da via judicial para sedimentar suas escolhas e impedir qualquer impugnação por outros e, dessa forma, concretizar a segurança jurídica. Por outro lado, a jurisprudência paulista no caso *sub examen* reconhece que o testamento vital possui valor legal perante o ordenamento jurídico brasileiro e que não há necessidade de acionar a justiça conforme a doutrina já esclarece sobre a temática, no qual basta lavrar uma escritura pública, apresentando para isso capacidade civil e discernimento pleno ou conforme resolução do CFM n. 1995/2012, pedir o registro escrito de sua vontade em seu prontuário. No entanto, não se pode olvidar que a ausência de legislação federal específica gera incerteza para efetivação da autonomia do paciente nessas condições.

Seguindo a análise do próximo processo, tem-se outra Apelação que tramita na Comarca de São Paulo, n. 1000938-13.2016.8.26.0100, referente à jurisdição voluntária para legitimar as DAV e afastar o emprego da distanásia nas situações clínicas irreversíveis, visando uma morte

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

digna. No mesmo sentido da anterior, o Tribunal extinguiu a ação sem resolução do mérito por falta de interesse de agir em 2019. (TJ-SP, 2019)

O apelante ao expressar a necessidade do reconhecimento jurídico pelo Tribunal do seu *living will* ou testamento vital, alega como justificativa para seu interesse de agir: “[...] falta de regulamentação legislativa, no Brasil, deste instrumento jurídico (*living will*), cabe ao Poder Judiciário atuar em uma de suas funções atípicas: de legislar positivamente, em consonância com o artigo 4º da LINDB (princípio do *non liquet*) e de fazer justiça”. (TJ-SP, 2019, p. 04)

Na fundamentação da decisão o Tribunal estabelece que a eficácia da manifestação de vontade para elaboração da DVA independente de chancela judicial, no qual pode ser expressada perante Cartório Extrajudicial. Nos autos, a colenda Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo, reforça como validade e eficácia da DAV, além do enunciado n. 528 da V Jornada de Direito Civil (já citada), a resolução n. 1995/2012 do CFM, discutida no capítulo anterior. (TJ-SP, 2019)

No espaço das ponderações, além do mesmo reconhecimento observado no primeiro processo analisado pelo requeente, destaca-se aqui o objetivo último da requerente neste processo - seu direito à morte digna - cabe concordar e destacar os ensinamentos de Godinho (2016, p. 82):

[...] a morte digna não sobrevém quando se põe termo à vida de uma pessoa a quem não se reconhece uma existência marcada por uma noção artificial de “qualidade de vida”, mas sim quando se permite ao doente, no momento em que a morte lhe bate à porta, manter um franco diálogo com a equipe médica, pautado pela confiança recíproca, quando se evita seu sofrimento inútil e controle da sua dor, e quando se confere ao indivíduo a prerrogativa de saber seu estado de saúde e de escolher as medidas médicas que lhe pareçam convenientes, afastadas todas as práticas excepcionais ou desproporcionais no estágio terminal.

O próximo julgado para análise de n. 1084405-21.2015.8.26.0100 da Comarca de São Paulo, trata-se de jurisdição voluntária em que a autora requer reconhecimento da declaração de vontade em recusar, antecipadamente, enquanto goza das faculdades mentais, tratamento médico que prolongue a vida e cause sofrimento quando não há mais possibilidade de cura em face de uma doença ameaçadora de vida. (TJ-SP, 2017)

Nesse passo, o juízo de primeiro grau ao analisar a inicial, extinguiu a ação sem resolução do mérito, por entender ser desnecessário o procedimento em virtude de haver via administrativa capaz de assegurar o que era demandado pela autora. (TJ-SP, 2017)

Inconformada com a decisão a autora recorreu ao segundo grau de jurisdição que por sua ótica entende, diversamente dos casos já aqui analisados, haver um direito a apelante: “no entanto, tal extinção foi equivocada: razão assiste à apelante ao brandir em seu recurso da garantia do acesso a justiça. [...] o Juízo não pode fechar suas portas a quem o procurou e remeter a outras vias”. (TJ-SP, 2017, p. 03)

Como o tribunal superior não enfrentou o mérito, decidindo pelo retorno dos autos *a quo* para regular seguimento, cabe mencionar os fundamentos no reexame do processo pela primeira instância. Assim, a juíza de primeiro grau considerou a questão e reconheceu a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro fazendo alusão a resolução do CFM, n. 1995/2012, ao enunciado n. 528 aprovado na V Jornada de Direito Civil, ao Código Civil no tocante ao negócio jurídico válido, ao princípio da dignidade da pessoa como bastião para liberdade de escolha e o direito a autonomia do paciente na relação médico-paciente tema já tratado em jurisprudência do STF. Ao final, reconhece e homologa a declaração de vontade, apontando que esse ato tem caráter estritamente formal. (TJ-SP, 2018b)

Verifica-se na análise desses julgados que não se coloca em dúvida a existência do direito as diretivas antecipadas de vontade, ou seja, o direito à decisão por parte do paciente de não aceitar tratamentos fúteis ou desnecessários, mas o que existe é uma insegurança na consecução desse direito como bem observa Dadalto (2018) ao analisar o tema (p. 11): “coloca-se em dúvida a capacidade do sistema social – notadamente as relações familiares da autora e a prática médica – em efetivar o direito da autora. Coloca-se em dúvidas a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.”

Desse modo, em função da ausência de lei que regulamente a questão e faça a sistemática do processo, defina os termos e conceitos e trate de forma objetiva o alcance e possibilidades do uso do disposto, coloca-se o cidadão e os profissionais em angústia em face da insegurança jurídica evidente quando se trata do tema.

### **3.2. Recusa terapêutica ou testamento vital**

Os próximos dois processos a serem apresentados possuem em comum que foram protocolados ao poder judiciário a pedido das instituições de saúde, porque tinha em seus leitos pacientes que se recusavam a aceitar determinado tipo de tratamento, dessa forma, buscava respaldo jurídico para suprimir a vontade do paciente.

No processo n. 0223453-79.2013.8.217000 da Comarca de Viamão, o Ministério Público (MP), a pedido do Hospital Colônia, apresentou uma apelação para suprimir a vontade de um idoso de 79 anos que se recusava amputar um membro necrosado. O parquet argumentou que a lesão estava em estágio avançado, associado a uma situação clínica grave: “inclusive com emagrecimento progressivo e anemia acentuada resultante do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral [...]. Acrescentou-se que a recusa poderia implicar na morte do idoso por infecção generalizada. (TJ-RS, 2013, p. 02)

O MP justificou a necessidade de suprimir a vontade do idoso porque ele não apresentava condições psíquicas de recusar validamente o procedimento, além da indisponibilidade do direito à vida. Dito isso, solicitava ao Poder Judiciário autorização para que o Hospital onde o idoso estava internado pudesse realizar o procedimento. (TJ-RS, 2013)

Tanto o juiz singular da primeira instância como os desembargadores, por unanimidade, decidiram pelo direito do idoso em recusar o procedimento, entendendo que o caso se tratava de ortotanásia. Fundamentaram a decisão citando que o direito à vida não é absoluto, apesar da tutela constitucional, e que o mesmo deveria ser interpretado integrado ao princípio da dignidade da pessoa. No plano infraconstitucional, utilizou o art. 15 do CC/2002, que dispõe: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Por fim, cita ainda na fundamentação da decisão a Resolução n. 1995/2012, do CFM: “Não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”. (TJ-RS, 2013)

Para reflexões desta análise, ressalta-se que o Tribunal entendeu que se tratava de um caso de ortotanásia, mas não resta claro pela leitura dos autos se o paciente apresentava uma condição de terminalidade de vida (doença incurável ou uma condição irreversível), situações perfeitamente cabíveis, de acordo com a doutrina, para aplicação do testamento vital. Mas o destaque é o privilegiamento da autonomia do paciente para que se concretizasse sua vontade. Dessa forma, diante das incertezas das condições do paciente a situação poderia se configurar apenas como manifestação de recusa terapêutica e não como testamento vital. Mas os desembargadores foram mais longe – relacionaram o testamento vital à proteção dos médicos diante de

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

contestação por outras pessoas: “[...] a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tenho que o paciente, pelo consta nos autos, fez o seu testamento vital no sentido de não se submeter à amputação, com os riscos inerentes à recusa”. (TJ-RS, 2013, p. 07)

No último processo a ser analisado, o agravo de instrumento n. 0284885-31.2015.8.21.7000, que possui a Fundação Hospital Centenário de São Leopoldo como agravante e como agravado um paciente que consta em seu leito de internação. Assim o hospital interpôs um recurso de agravo de instrumento diante do indeferimento de medida liminar em ação de obrigação de fazer ajuizada contra o paciente na primeira instância. Nesse caso, o paciente e sua madrastra recusavam realizar procedimento de laparotomia exploratória. O hospital argumentou que “[...] o profissional da saúde tem o dever de, havendo eminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento do paciente, independentemente do consentimento do paciente e de seus familiares.” (TJ-RS, 2015, p. 03)

Por outro lado, o agravado aduz que está plenamente ciente da gravidade do seu estado de saúde e que possui o direito de decidir se aceita ou não determinado tratamento proposto pela equipe médica. Dito isso, o desembargador em decisão monocrática negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão agravada de respeito a vontade do paciente. O julgador enfatizou os seguintes fatos: o paciente lúcido e consciente e que a médica, mediante contato telefônico realizado pelo magistrado, asseverou que diante da gravidade do caso, que mesmo realizando o procedimento proposto, a morte do paciente seria inevitável: “[...] a dra. Letícia que atende o paciente, que relatou que esses casos normalmente levam o paciente a óbito, ainda que seja realizado o procedimento de laparotomia exploratória”. (TJ-RS, 2015, p.02)

A partir da análise fática, o magistrado apresentou os fundamentos que se segue: (I) inexistência do direito estatal de ‘salvar a pessoa dela própria’, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros; (II) o direito à vida previsto no artigo 5º da CF não é absoluto, sendo necessário a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsão do art. 1º, inc. III da CF/88 e ainda na legislação infraconstitucional: art. 15 do CC/2002 e 7º, inc. III e V, da Lei n. 8080/90. (TJ-RS, 2015)

Da análise desse julgado, observa-se que o paciente lutava pela proteção do direito de escolha do seu tratamento, isso torna ainda mais importante na terminalidade da vida. Considerando que a opção ofertada pela medicina não era decisiva para sua cura, tendo como única certeza o prolongamento do sofrimento caso insistisse no procedimento. É necessário estabelecer limite na atuação do médico na relação médico-paciente. No caso em exame, apesar do paciente não ter perdido sua autonomia de vontade por uma condição clínica subjacente, este risco era inerente. Por isso, podemos constatar que além de validar sua manifestação de vontade na atualidade da decisão, a via judicial reconhecia sua legitimidade *a posteriori*, pois o paciente manifestou verbalmente a recusa de determinados procedimentos, reconhecidamente fúteis ou extraordinários, isso também serviria para situações onde ele não mais conseguisse manifestar essa vontade, portanto, assumindo formato de testamento vital.

## CONCLUSÃO

Permitiu-se nesse estudo, a análise das DAV como instrumento do direito para efetivar autonomia do paciente em fim de vida através de uma reflexão doutrinária e jurisprudencial. Assim, a outrora visão paternalista de atuação da medicina não cabe mais em um mundo, no qual se forja uma sociedade plural e democrática, de forma a se preponderar o direito à personalidade em que se permite a autodeterminação do sujeito na relação médico-paciente.

Nesse sentido, observou-se entendimento da autonomia como manifestação da subjetividade da pessoa, em reconhecimento da livre decisão individual, racional e sem coação, principalmente em face de decisões sobre si mesma, ao seu corpo, sobre campo de atuação de seus próprios interesses e de modo que não afete terceiros. Portanto, identifica-se um espaço único em que cabe apenas a ação do particular, o que exclui ação do Estado, médico e familiares. Isso torna ainda mais importante diante da experiência da morte, fato inerente à vida, e por isso, imprescindível o respeito a expressão de liberdade de cada um nessa situação, permitindo o alcance de uma morte digna.

Constatou-se que a discussão sobre aplicação das DAV em solo nacional, indubitavelmente, teve seu ponto alto quando o CFM editou uma resolução respaldando a classe médica para executar as manifestações de vontade dos pacientes em fim de vida. Contudo, na sociedade ainda existe uma limitação cultural para lidar com o tema da morte, isso acaba afastando as pessoas das reflexões necessárias de que existe um espaço no qual o sujeito pode decidir como se dará esse processo. Isso pode ser evidenciado também pela pesquisa deste estudo, no qual se investigou sobre o tema nos 26 Tribunais Estaduais e o do Distrito Federal do Brasil e obteve apenas 05 resultados, considerando que a resolução do CFM tem quase 10 anos de existência.

Na análise dos casos, percebe-se a necessidade das pessoas de acionarem o judiciário para o reconhecimento da validade legal de suas DAV e torná-las eficazes. As justificativas dessa necessidade se desenham, principalmente, pela insegurança gerada pela falta de legislação específica sobre a temática. Apesar disso, os Tribunais de Justiça estaduais que decidiram sobre o tema reconhecem a validade legal do instrumento e utiliza como fundamento a resolução n. 1995/2012 do CFM, além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que permite uma leitura de modo a aceitar uma interpretação integrativa, cujo o entendimento é de privilegiar a autonomia do paciente. Cabe ressaltar que a doutrina apresenta também entendimento pacífico a respeito da legitimidade desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a jurisprudência ressalta que o tema já foi discutido na V Jornada de Direito Civil, sendo proferido o enunciado n. 528.

Ainda sobre a análise dos julgados, nos processos apresentados pelas instituições de saúde perante o judiciário, tinham por objetivo invalidar a vontade do paciente, ou por alegação de vício de vontade e/ou usando o direito à vida como valor absoluto, mas os julgadores em suas decisões entenderam que era necessário sopesar os princípios, para se chegar a conclusão que diante dos valores e escolhas do paciente que interfere na sua integridade e que não afete a terceiros, fica evidente o direito a uma morte digna, onde prevalece o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade do indivíduo.

Portanto, mesmo diante de uma jurisprudência incipiente é possível identificar nas decisões a legitimidade implícita das DAV no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um passo importante para efetivar a autonomia do paciente na finitude de vida. Todavia, diante do único regramento, a resolução do CFM, reconhecidamente classista, por consequência, uma força normativa limitada, não se pode esquecer que a doutrina destaca também a fragilidade pela carência da abordagem de elementos regulamentares sobre o tema, como a formalização, capacidade do declarante, conteúdo, limitação temporal da validade, eficácia e efeitos.

A manutenção de discussões acerca da necessidade de legislação específica é justificável, principalmente no Direito Brasileiro, essencialmente *civil law*, para garantir previsibilidade e segurança na construção deste documento, bem como na execução das vontades neles contidas, que serão efetivados no ato derradeiro da pessoa antes da morte.

Impende então dizer que com a mudança de paradigma do agir médico na relação médico-paciente, com ênfase em ouvir o paciente e respeito as suas escolhas, é que se direciona para o

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

final deste estudo, para se compreender que isso deve tornar-se o parâmetro tolerável diante dos limites éticos e jurídico da medicina ao presenciar cotidianamente as incansáveis lutas travadas pelos seus pacientes perante a vida ou a morte.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Paula Souza de. Testamento vital: declaração prévia de vontade de pacientes terminais à luz da autonomia da vontade e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 20, n. 4464, 21 set. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33396>. Acesso em: 16 nov. 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles, FERNANDES, Lyellen Silva. Liberdade decisória do médico e compreensão pelo paciente: o dever recíproco de informação como pressuposto fundamental. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. v. 10, n. 01, p. 149-164. jan./mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v10i1.645>. Acesso em: 01 ago. 2021

BENFICA, Francisco Silveira. O Princípio da autonomia dos doentes e suas relações com o ordenamento jurídico. **Revista HCPA**. Porto Alegre. v. 19, n. 1, p. 123-128, 1999. Disponível: <http://hdl.handle.net/10183/164784>. Acesso em: 20 de jun. 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **V Jornada de Direito Médico. Enunciado nº 528**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>. Acesso em 13 de set de 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. **Aprova o Código de Ética Médica**. Diário Oficial da União. Brasília, p. 179, 01 nov 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2RyvAE8>. Acesso em 05 jun. 2021

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 02 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Brasília, p. 269-270, 31 ago. 2012. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/bioetica/1995\\_2012.pdf](https://www.ufrgs.br/bioetica/1995_2012.pdf). Acesso em: 16 ago. 2021.

DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Mirabilia Medicinae**, 4, n. 1, p. 23 - 42, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. **Civilistica.com**, v. 7, n. 2, p. 1-16, 28 out. 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/363>. Acesso em: 24 ago. 2021

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed., rev, atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 384-388. p. 385

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017.

DINIZ JÚNIOR, José Caubi. **Responsabilidade penal na área de saúde: análise penal e bioética do consentimento livre e esclarecido como excluyente de ilicitude ou atipicidade**. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011. 62f. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/123456789/254>. Acesso em: 15 ago. 2021

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: o sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

MALUF, Fabiano et al. Consentimento livre e esclarecido em odontologia nos hospitais públicos do Distrito Federal. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. v. 12, n. 6, p. 1737-1746, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232007000600034>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velhos. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. **Espaço Jurídico Journal of Law [S.l.]**, v. 16, n. 2, p. 669–708, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6556>. Acesso em: 15 set. 2021.

MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade: a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (graduação) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana\\_melo.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf). Acesso em: 1 set. 2021.

MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. **Revista de Direito, [S. l.]**, v. 10, n. 01, p. 251, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1955>. Acesso em: 07 set. 2021.

MEZZAROBÀ; Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MUÑOZ, Daniel Romero, FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: Costa SIF, Garrafa V, Oselka G, organizadores. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 53-70, 1998.

NUNES, Rui. **Diretivas Antecipadas de Vontade**. Brasília-DF: CFM/ Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

NUNES, Cássia Regina Rodrigues; NUNES, Amauri Porto. Bioética. **Revista Brasileira de Enfermagem**. Brasília, v. 57. n. 5, p. 615-616, set./out. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-71672004000500020>. Acesso em: 10 ago. 2021

PEIXOTO, Alexandre Farias. **Testamento Vital: limites e possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: CRV, 2018.

PEREIRA, Luciana Mendes. **Testamento vital à luz do Direito e Análise do Discurso**. Curitiba: Juruá. 2018.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso. **Revista Eletrônica do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**. Rio de Janeiro, v. 41, n. 5, 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt\\_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf). Acesso em: 13 jun. 2021.

A interpretação dos tribunais de justiça estaduais brasileiros sobre papel das diretivas antecipada de vontade para preservação da autonomia do paciente

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível 1001378-30.2015.8.26.0363**, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 31/01/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/01/2018a

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100**, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 10/04/2019, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/04/2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível 1084405-21.2015.8.26.0100**, Relator: Giffoni Ferreira, Data de Julgamento: 14/03/2017, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/03/2017

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100**. Juíza Leticia Antunes Tavares. Sentença proferida em 02/03/2018b.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível 70054988266**, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível 70065995078**, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 03/09/2015, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/09/2015.

Submetido em: 16 dez. 2021.

Aceito em: 31 dez. 2022.

# MÉTODO APAC: A EDUCAÇÃO COMO CAMINHO PARA A RESTAURAÇÃO DA PESSOA NO SISTEMA PRISIONAL

**Horácio Wanderlei Rodrigues**

Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Rio Grande do Sul.

horaciowr@gmail.com

**Gilmar Siqueira**

Universidade Federal do Pará (UFPA), Pará.

gilmarsiqueira126@gmail.com

**Amerita de Lázara Menegucci Geronimo**

**Resumo:** O propósito deste artigo é abordar a alternativa oferecida pelo método APAC ao sistema prisional atual. Esse método humanista trata de recuperar os presos pela valorização da dignidade humana. Para que consiga realizar os seus objetivos humanistas, o método APAC precisa da educação enquanto meio de autoconsciência e maturidade da pessoa. A denominada pedagogia da presença, aplicada pelo método ao preso desde seu ingresso na APAC, ensina o preso a tratar o seu próximo como pessoa digna enquanto ele mesmo assim é tratado. A educação, no método APAC, estimula a maturidade tendo em vista as virtudes. Por fim, se analisa, de forma breve, como as inovações tecnológicas na educação dentro do sistema prisional – e da APAC – podem auxiliar na recuperação dos presos. A pesquisa realizada foi qualitativa, de base bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Ressocialização. Método APAC. Educação. Tecnologia.

*APAC method: education as a form to the restoration of the person in the prison system*

**Abstract:** The purpose of this article is to address the alternative offered by the APAC method to the current prison system. This humanist method seeks to recover prisoners by valuing human dignity. In order to achieve its humanistic purposes, the APAC method needs education as a means of self-awareness and maturity of the person. The called pedagogy of presence, applied by the method to the prisoner since his joining in APAC, teaches the prisoner to treat his neighbor as a dignified person while he is alike treated. Education, in the APAC method, encourages maturity in view of the virtues. Finally, a brief analysis is made of how technological innovations in education within the prison system - and APAC - can assist in the recovery of prisoners. The research carried out was qualitative, based on bibliography and documents.

**Keywords:** Penal Law. Resocialization. APAC Method. Education. Technology.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do método APAC é preparar as pessoas que cumprem uma condenação penal para o reingresso no seio da sociedade uma vez findo o cumprimento da pena. Essa ressociação do condenado – que, no método APAC, passa a ser um recuperando – é vista como consequência de uma abordagem e um tratamento mais profundamente humano, isto é, através da consciência que a pessoa adquire da responsabilidade de seus atos e a necessidade de assumir essa responsabilidade.

O método APAC oferece, portanto, uma alternativa autenticamente humanista ao sistema prisional atual. Esse método, aplicado há mais de quarenta anos no Brasil, mostra como o reconhecimento e respeito da dignidade humana – por meio da justiça e da tolerância – é a condição primordial para a reparação do erro cometido (cumprimento da pena) e para o arrependimento que tende à esperança. O sistema prisional atual, por outro lado, impossibilita a recuperação e o arrependimento.

Para que ocorra o cumprimento da pena e conseqüente recuperação do preso pelo viés humanista, a educação tem papel essencial. Por meio de sua pedagogia da presença, o método APAC trata os presos – chamados recuperandos desde que ingressam – pessoalmente e conhecendo suas histórias de vida. Assim, quando tratados pessoalmente, os recuperandos aprendem a tratar os outros da mesma forma. A educação no método APAC, que estimula as virtudes e a maturidade, tende a fazer com que os recuperandos tenham autoconsciência e saibam narrar as próprias biografias.

O objetivo deste artigo é apresentar a alternativa oferecida pelo método APAC ao sistema prisional atual. Ao final, de forma complementar, inclui uma breve análise de como a utilização das inovações tecnológicas na educação, dentro do sistema prisional – e da APAC –, podem auxiliar na recuperação dos presos. É necessário analisar se a inovação pode contribuir na recuperação ou se, de algum modo, tolheria a pedagogia da presença. A pesquisa realizada foi qualitativa, de base bibliográfica e documental.

## **1. SISTEMA PRISIONAL E RECUPERAÇÃO DA PESSOA PRESA: A ALTERNATIVA OFERECIDA PELO MÉTODO APAC**

O sistema prisional tem por objetivos cumprir a sentença ou decisão criminal, conforme o artigo 1º da Lei de Execução Penal (LEP), e oferecer condições para que o condenado ou internado possa se reinserir na sociedade. Tais objetivos deveriam ocorrer no mesmo momento, isto é, o cumprimento da pena devia servir para que o condenado tomasse consciência das próprias ações enquanto tivesse possibilidades de se reinserir na vida social. Por essa razão a LEP dispõe acerca da assistência aos internados e presos como dever do Estado:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

O artigo 10 da LEP dá a entender que a prevenção ao crime pode – ou poderia, como se verá – acontecer dentro do próprio sistema prisional: com isso se quer dizer que, durante o cumprimento da pena, as medidas de recuperação devem tender ao repúdio da vida do crime. Conquanto este seja o discurso e até mesmo a imposição legislativa, não é o que ocorre na prática.

Em decorrência da superlotação nos presídios, de mentalidades que negam a responsabilidade pessoal ao ponto de que o criminoso seja taxado de vítima da sociedade (num extremo) ou de pária (noutro extremo), e da violação dos direitos dos presos, a ideia de ressocialização no sistema prisional atual acaba por ser bastante complicada. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no RE n.º 580.252/MS fixado, para o tema 365 da repercussão geral se manifestou no seguinte sentido:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (BRASIL, 2017).

Tais padrões mínimos de humanidade mencionados pelo STF consistem tanto no resguardo dos direitos humanos das pessoas presas quanto – por via de consequência – na possibilidade de ressocialização que deveria ser oferecida a todos os presos. No entanto, uma vez que até mesmo os direitos humanos são violados, falar em recuperação passa a ser algo mais complicado. Por essa razão Mário Ottoboni (2004, p. 96) comenta que:

O objetivo da reclusão é recuperar, especialmente quando se sabe que as despesas de manutenção do preso pesam nos cofres públicos, e predomina a certeza de que ele voltará ao convívio da sociedade pior do que quando iniciou o cumprimento da pena.

Trata-se de uma fraude social não cuidar da socialização da pessoa que errou e que, por isso, foi privada da liberdade. É um embuste contra a sociedade ludibriada com o elevado índice de reincidência e com o crime organizado nos presídios, atemorizando a própria polícia.

As ideias de punição e recuperação, ainda que soem antagônicas, deveriam ser complementares e – mais que isso – necessárias uma à outra. A punição relaciona-se diretamente à justiça no sentido de que o criminoso precisa, na medida do possível, reparar o dano cometido. Mas justiça sem tolerância pode acabar em rigor excessivo. Por essa razão a tolerância, que abrange a pena e faz com que ela tenha por objetivo a recuperação, também é imprescindível dentro de qualquer sistema prisional. Semelhante lição foi dada por Miguel de Cervantes (2005, p. 1192) nos conselhos de Dom Quijote a Sancho Panza para o bom governo da ilha Baratária:

Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones. Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente, porque, aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia.<sup>1</sup>

A tolerância se destaca e resplandece mais porque, antes de anular a justiça, permite que ela seja mais bem cumprida. Um sistema prisional incapaz de preservar a dignidade dos presos tampouco pode realizar as virtudes da justiça e da tolerância. A partir desse quadro e tomando como princípios as virtudes da tolerância de da justiça foi que nasceu o método APAC. Este método tem por objetivo a melhor aplicação da Lei de Execução Penal:

Se observarmos os doze pilares do Método APAC [...] veremos que todos eles se baseiam na Lei de Execução Penal, e foram pensados em benefício do recuperando

<sup>1</sup> Tradução livre do original: Ao que castigarás com obras não trates mal com palavras, pois lhe basta ao desditado a pena do suplício, sem o acréscimo das más razões. Ao culpado que cair sob a tua jurisdição considera-o homem miserável, sujeito às condições de nossa depravada natureza, e em tudo quanto for de tua parte, sem agravar a contrária, mostra-te com ele piedoso e clemente, porque, porque ainda que os atributos de Deus todos sejam iguais, mais resplandece e destaca a nosso ver o da misericórdia que o da justiça.

e da sociedade, que receberá esse detento transformado. (D'AGOSTINI; RECKZIEGEL, 2016, p.28).

A sigla APAC significa Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. A APAC consiste em um sistema humanizado de cumprimento de pena que se realiza por meio de um método, cuja base está em seus doze fundamentos, quais sejam:

1. A participação da Comunidade;
2. O recuperando ajudando o recuperando<sup>2</sup>;
3. O trabalho;
4. Assistência Jurídica;
5. Assistência à saúde;
6. O voluntário e o curso para sua formação;
7. Valorização Humana;
8. Espiritualidade;
9. Jornada de Libertação com Cristo;
10. Mérito;
11. Centro de Reintegração Social – CRS;
12. A família.

Tais fundamentos, mais abrangentes do que seus meros enunciados parecem indicar, são aplicados concomitantemente em todo o processo de recuperação levado a cabo pelo método APAC: seu objeto é recuperar a pessoa em todas as suas dimensões, promover uma restauração humana nos condenados (nos *recuperandos*). Se uma pessoa não tem sequer consciência do erro cometido e de sua responsabilidade por ele, estará propensa ao ressentimento:

Una injusticia no reparada es una cosa inmortal. Provoca naturalmente en el hombre el deseo de venganza, para restablecer el roto equilibrio; o bien la propensión a responder con otra injusticia; propensión que puede llegar hasta la perversidad, a través del afecto a que llaman hoy resentimiento.<sup>3</sup> (CASTELLANI, 1978, p. 349).

O ressentimento nasce de uma injustiça, real ou imaginada, ocorrida na vida da pessoa. Se alguém está preso e o sistema prisional por inteiro, ao invés de estimular sua recuperação pelo arrependimento e pelo conhecimento da própria história de vida, viola os direitos mais básicos das pessoas e chega até mesmo a atuar como uma “universidade do crime” (FERREIRA, 2017, p. 23; PEREIRA, 2006, p.189), então essa pessoa pensará em si mesma apenas como vítima e nunca como algoz. A amargura fará com que ela se feche ainda mais dentro da própria ferida. A punição é necessária, mas precisa ter por fundamento a recuperação. Por isso o método APAC almeja:

[...] punir, mas com total respeito à dignidade, para, sobretudo, restaurar o ser humano. Promover a valorização humana, e não a desvalorização. É preciso que o condenado pague pelo que fez. Que tenha a consciência do erro, de sua consequência

<sup>2</sup> *Recuperando* é o termo utilizado para designar o preso no sistema APAC. Representa a busca pela recuperação do homem em várias dimensões: no campo da saúde, da educação, da instrução, da profissionalização, da valorização humana, da religião, da espiritualidade. (OTTOBONI, 2001, p. 99).

<sup>3</sup> Tradução livre do original: Uma injustiça não reparada é uma coisa imortal. Provoca naturalmente no homem o desejo de vingança, para restabelecer o equilíbrio rompido; ou bem a propensão a responder com outra injustiça; propensão que pode chegar até a perversidade, através do afeto a que chamam hoje ressentimento.

da responsabilidade para com a sociedade. Mas é preciso também que tenha sua autoestima devolvida, que tenha referências positivas, baseadas em valores sólidos e fraternos, de modo que deixe de enxergar na criminalidade sua única e inevitável possibilidade de existência. (CARVALHO, 2016, p. 14).

A autêntica punição, portanto, só pode ocorrer dentro de um contexto de dignidade humana. “Com efeito, a dignidade, em si, não é um direito, mas um atributo intrínseco a todo ser humano” (POZZOLI; SCARMANHÃ; CACHICHI, 2019, p. 166). A dignidade tem status ontológico na pessoa; só uma pessoa digna pode cometer um crime (falhar) e, no mesmo sentido, só uma pessoa digna pode se arrepender do seu erro e recomeçar. Não se pode falar em punição (e conseqüente recuperação) quando se deixa de lado a dignidade humana.

[...] en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, reconocidos, pero no otorgados por la sociedad.<sup>4</sup> (HERVADA, 1993, p. 655).

Ao ter por corolário a dignidade humana do próprio preso – recuperando – o método APAC faz com que, por esse caminho, o recuperando possa mais adiante estar consciente tanto da própria dignidade quanto da alheia. Sua vítima, que antes poderia ser uma pessoa sem rosto, passa a ser considerada pelo recuperando como alguém tão digna e merecedora de respeito quanto ele mesmo. Nesse sentido, Rogério Cangussu Dantas Cachichi (2019, p. 64) ressalta que:

Estando a crença íntima de que os direitos dos outros devem ser respeitados deve estar incutida no recôndito do recuperando, quando ele estiver fora da APAC, aflorará dele um autocontrole interno (íntimo) a reprimir aqueles comportamentos que antes o levaram à prisão e a estimular outros, virtuosos, de cultivo à alteridade, de respeito à família, à comunidade local da qual faz o egresso parte e à sociedade em geral.

O Método APAC mostra ainda aos presos – recuperandos – que são seres humanos como os demais e que, por essa razão, também são dignos de perdão e podem ter uma segunda ou terceira chance. Em linhas gerais, o Método APAC não visa acabar com o crime e nem, muito menos, criar um tipo de sociedade utópica e, de certa forma, autoritária onde não existe criminalidade e as pessoas são brutalmente vigiadas pelo Estado ou outro organismo burocrático. Trata-se de um método de inserção de apenados no convívio social. Um método que leva em consideração os limites do gênero humano e as possibilidades de restauração do humano.

Essas possibilidades de restauração podem aparecer na vida de todas as pessoas – dentro e fora do sistema prisional – porque a vida humana não está dada nem pronta. A narrativa da vida humana precisa ser construída sempre a partir da autorreferência; e o sofrimento é um meio para que essa autorreferência aconteça. Não raro a consciência da dignidade aparece com mais força para a pessoa durante um intenso período de sofrimento. Leonardo Castellani (1997, p. 20) comenta que:

Si el alma no fuera más que bajeza, ni siquiera se daría cuenta de la bajeza; mas si se da cuenta, evidentemente hay en ella una alteza. Esta alteza está invisible en ‘Las Memorias del Subterráneo’; pero ella es la que produce todas las memorias del subterráneo. Una nobleza terriblemente lastimada y herida resuella allí por la herida.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Tradução livre do original: [...] no fundo se trata de ter consciência da dignidade objetiva da pessoa humana, de que o homem não pode ser tratado ao arbítrio do poder e da sociedade, porque é objetivamente um ser digno e exigente, portados de uns direitos em virtude de sua dignidade, reconhecidos, mas não outorgados pela sociedade.

<sup>5</sup> Tradução livre do original: Se a alma humana não fosse mais que baixeza, nem sequer se daria conta da baixeza; mas se se dá conta, evidentemente há nela uma alteza. Esta alteza está invisível nas ‘Memórias do Subsolo’; mas ela é a que produz todas as memórias do subsolo. Uma nobreza terrivelmente machucada e ferida resfolega ali pela ferida.

O autor se refere à novela de Dostoiévski (2009, p. 6), na qual o personagem começa por confessar: “Sou um homem doente... Um homem mau. Um homem desagradável.”. Essa confissão, conquanto bastante triste, é também um apelo: aquele que se dá conta da própria miséria e a lamenta, não está feliz. Quem chega a tal extremo abomina a própria miséria e quer se livrar dela: pela melhora ou pela autodestruição. Dentro de um contexto de grande sofrimento, o método APAC tenta mostrar que a melhora é possível e pode ser esperada.

Sobre essa crença foram pensados os doze fundamentos do método. No próximo tópico deste artigo, será analisada a maneira como a educação pode ser associada ao método APAC como princípio do despertar da consciência da dignidade nos recuperandos.

## **2. MÉTODO APAC: EDUCAÇÃO PARA A MATURIDADE DA PESSOA NO CUMPRIMENTO DA PENA**

No já citado artigo 11 da Lei de Execução Penal, mais precisamente em seu inciso IV, é dito que uma das assistências que o Estado tem por dever prestar aos presos e internados é a educação. Na seção IV, que trata da assistência educacional, está o artigo 17, segundo o qual “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. Tais dispositivos estão em consonância com a Constituição Federal brasileira de 1988, pois:

Além do direito social à educação, a Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe, em seu Capítulo III, em parte destinada à ordem social, Título VIII, os mandamentos essenciais que devem ser seguidos pelo sistema educacional brasileiro. Compreendido nos dispositivos de 205 a 214, o referido capítulo traz, de início, em seu primeiro artigo, a afirmativa de que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, a qual deve ser promovida e incentivada com o auxílio da sociedade, objetivando o desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o labor. (RAZABONI JÚNIOR; LEÃO JÚNIOR; SANCHES, 2018, p. 143).

Esse desenvolvimento da pessoa humana engloba tanto o preparo para o exercício da cidadania quanto a qualificação profissional. Os últimos dois elementos são como que complementares ao desenvolvimento da pessoa, pois tal desenvolvimento se dá primeiro e por meio da educação. No contexto do cumprimento de pena e recuperação, também o desenvolvimento da pessoa é de suma importância. Um dos meios que possibilitam a melhora humana é o trabalho; mas, como explicaram Ottoboni e Ferreira (2016, p. 72), o trabalho por si só não é suficiente:

A APAC entende que o trabalho é importante e deve fazer parte do contexto, mas isoladamente não resolve o problema. Se assim o fosse, os países e alguns Estados do Brasil que adotam as prisões privadas já teriam resolvido o problema dos altos índices de reincidência. Neste sentido, a APAC reconhece o valor do trabalho, mas não pode ser o único instrumento aplicado para a recuperação do ser humano.

O trabalho entendido como mero adestramento profissional não basta, pois, um trabalho assim estimulado não contribui de modo algum ao desenvolvimento da pessoa. Ele seria, na verdade, mera reprodução de comportamentos exteriores. O trabalho é meio para a vida humana e não seu fim. Josef Pieper (1990, p. 21) alerta que:

It is a fiction to declare work, the production of useful things, to be meaningful in itself. Such fiction leads to the exact opposite of what it seems to accomplish. It brings about the exact opposite of ‘liberation’, ‘elevation’, or ‘rehabilitation’ for the worker. It brings about precisely that inhuman dimension so typical of the world of

absolute work: it accomplishes the final bondage of man within the process of work, it explicitly makes everybody a proletarian.<sup>6</sup>

Um dos sintomas, dentro do sistema prisional atual, dessa falsa concepção do trabalho e da impossibilidade de recuperação dos presos, é o modo como são tratados os recém-ingressados no sistema comum: apenas como números e não como pessoas.

Quando o sentenciado é recolhido no sistema comum, a primeira coisa que ele perde é o nome e, em sequência, recebe um número de matrícula ou INFOPEN – Sistema de Informações Penitenciárias. A exemplo do que ocorria durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos de concentração nazista, o preso não mais será chamado pelo nome, perdendo assim sua identidade. (FERREIRA, 2017, p. 189)

Para combater a despersonalização no sistema prisional, a APAC trata cada um de seus recuperandos pelo nome e faz com que todos os voluntários e colaboradores do método conheçam os recuperandos e suas histórias de vida. A pessoa é respeitada e tratada justamente como pessoa. Assim se desenvolveu, dentro do método APAC, a chamada pedagogia da presença.

Importante destacar como a terapia da realidade e pedagogia da presença se conectam com o empoderamento do recuperando a fim de lhe reforçar a autoestima e, portanto, concretizam o postulado da valorização humana. Por intermédio da pedagogia da presença e da terapia da realidade, o recuperando passa a ter consciência, presença de suas necessidades, de seus valores, assume o controle de sua vida e, portanto, passa a se autovalorizar. (CACHICHI, 2019, p. 211).

A pedagogia da presença, conquanto não esteja listada entre os doze fundamentos do método APAC, permeia todos eles. O trabalho por si só não é capaz de recuperar a pessoa. E a prisão por si só tampouco. Por isso a educação na APAC – por meio da pedagogia da presença – estimula a autoconsciência e a possibilidade dos recuperandos contarem suas próprias histórias e terem, em muitos casos pela primeira vez, consciência das próprias vidas. Da mesma forma que ocorre com o trabalho, a educação no método APAC engloba e transcende a mera (ainda que importante) instrução. A vida humana é dramática e, portanto, precisa ser contada a fim de que seja compreendida.

El método adecuado puede ser abandonarse al dramatismo de la vida, tal como es efectivamente vivida, sin superponer a ella un esquema ajeno, que no surja de ella misma. Tiene que ser un método narrativo, que reconstruya la fluencia de la vida, sus conexiones reales, sus formas de fundamentación y justificación. La forma efectiva de la vida en su acontecer tiene que reflejarse en su teoría, traducirse así en términos conceptuales.<sup>7</sup> (MARÍAS, 1997, p. 65, destaques do autor).

Essa *teoria da vida* é sua vivência mesma compreendida e narrada pela própria pessoa. Cada pessoa é protagonista da própria história de vida, mas, para ter total consciência disso, é necessário que aprenda a contar sua própria história. Tal narrativa acontece especialmente à medida que a pessoa se dá conta e interpreta aquilo que Julián Marías (1997, p. 64) chamou de “experiências radicais”, que segundo o filósofo espanhol “determinam *quem* somos” (destaques do autor).

---

<sup>6</sup> Tradução livre do original: É uma ficção declarar o trabalho, a produção de coisas úteis, como tendo sentido por si mesmo. Tal ficção leva ao exato oposto do que parece realizar. Ela traz o exato oposto de ‘liberação’, ‘elevação’, ou ‘reabilitação’ para o trabalhador. Ela traz precisamente essa dimensão inumana tão típica do mundo de trabalho absoluto: ela traz a servidão final do ser humano dentro do processo de trabalho, ela torna a todos explicitamente proletários.

<sup>7</sup> Tradução livre do original: O método adequado pode ser abandonar-se ao dramatismo da vida, tal como é efetivamente vivida, sem sobrepor a ela um esquema alheio, que não surja dela mesma. Tem que ser um método narrativo, que reconstrua a fluência da vida, suas conexões reais, suas formas de fundamentação e justificação. A forma efetiva da vida em seu acontecer tem que refletir-se em sua teoria, traduzir-se assim em termos conceituais.

O método APAC percebeu isso desde o início: para que alguém tenha a possibilidade de se arrepender e a esperança de recomeçar, precisa antes ter um tratamento pessoal e aprender, na mesma medida, a tratar os outros como pessoas. Em seguida, por meio do contato com outras histórias de vida, aprenderá a narrar também a sua. A denominada terapia da realidade é consequência direta da pedagogia da presença.

O que se objetiva com as reuniões de cela e as palestras que se sucedem a essas reuniões é fundamentalmente expor o recuperando à terapia da realidade e contribuir para que haja uma mudança de mentalidade, além de permitir ao recuperando a exposição de suas ideias, anseios, medos, sonhos, projetos de vida, etc. Consequentemente encontrar caminhos para uma boa harmonia e para uma convivência saudável com os demais recuperandos. (FERREIRA, 2017, p. 49).

Ao ouvir o seu próximo, o recuperando o entende como pessoa semelhante e, ainda, adquire os meios narrativos para contar a própria história. Ele ouve as palavras e, graças a elas, têm acesso à realidade – à sua própria realidade. Por isso Antonio Caponnetto (1981, p. 49-50) enfatizou tanto a importância da palavra.

Negar la primacía y el valor de la palabra es renunciar a la dignidad de persona, al rango ontológico distintivo; y es impedir que el hombre realice el único acto que lo análoga con Dios, porque la creación divina – esto lo ha enseñado Platón para siempre – encuentra su semejanza más acabada en el arte de la definición.<sup>8</sup>

A palavra é a expressão da pessoa. A pedagogia da presença tem no recuperando o seu centro e objetivo, de modo que ela só surtirá efeito caso produza no recuperando uma mudança interior, isto é, caso possa despertar sua consciência. Tal despertar de consciência acontecerá quando o recuperando for capaz de narrar a própria história – de dizer a si mesmo. A pedagogia da presença supõe o outro e sua relação pessoal: por meio do seu próximo a pessoa poderá amadurecer, ao contrário do que acontece nos grandes presídios.

Vale abrir um parêntese para explicar um pouco desse ‘tratamento individualizado’, que tem chances de se desenvolver somente em unidades menores na qual a pedagogia da presença (e não do medo) possa ser aplicada. Nos grandes presídios o estímulo de comportamentos adequados dá-se pelo medo, isto é, pela punição em caso de violação dos regulamentos e normas do presídio. Diferentemente dessa ‘pedagogia do medo’ largamente utilizada no sistema tradicional, outra forma de estimular bons comportamentos é a ‘pedagogia da presença’. Sobre o assunto, Ferreira (2017) bem explica que a pedagogia da presença pressupõe, em primeiro lugar, um tratamento individualizado de cada recuperando, que é chamado sempre pelo nome, nunca por um apelido ou número. O elemento central está no conhecimento por parte do responsável direto pela execução penal, aquele que de fato tem contato com o recuperando, da história de vida e dos problemas individuais, familiares e sociais de cada um deles [...]. (POZZOLI; SCARMANHÁ; CACHICHI, 2019, p.172).

Os recuperandos do método APAC, ao terem contato com as histórias de vida dos seus próximos e serem tratados individualmente – como pessoas dignas – têm a possibilidade de assim também conseguirem contar as suas próprias histórias. O tratamento individualizado e próximo é um dos grandes diferenciais oferecidos pelo método APAC.

---

<sup>8</sup> Tradução livre do original: Negar a primazia e o valor da palavra é renunciar à dignidade de pessoa, ao papel ontológico distintivo; e é impedir que o homem realize o único ato que o assemelha à Deus, porque a criação divina – isto ensinou Platão para sempre – encontra sua semelhança mais perfeita na arte da definição.

### 3. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NO ÂMBITO EDUCACIONAL E SUAS POSSÍVEIS INFLUÊNCIAS NO MÉTODO APAC

A própria Lei de Execução Penal prevê a assistência educacional como um dos elementos importantes na ressocialização do preso. A superlotação dos presídios, no entanto, faz com que também essa assistência tenha certas dificuldades de ser prestada. Como se viu no tópico anterior deste trabalho, o tratamento individualizado oferecido pelo método APAC – por meio de sua pedagogia da presença – possibilita também que os recuperandos tenham um acesso mais personalizado à educação.

As atuais circunstâncias exigem ainda uma outra reflexão sobre a educação no sistema prisional de um modo geral e, especificamente, no método APAC: sua relação com a tecnologia. A própria Lei de Execução Penal, em seu artigo 18, parágrafo 3º, dispõe:

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

Esse comando legislativo é bastante importante e, no presente contexto, necessário. A educação à distância e as novas tecnologias podem auxiliar imensamente os presos do sistema prisional atual e os recuperandos do método APAC. Mas, como advertiram Sergio Leandro Carmo Dobarro e Raquel Cristina Ferraroni Sanches (2016, p. 23):

A tecnologia, o conhecimento científico e a informação não são o bastante para aperfeiçoar o ser humano. É necessário desenvolver inovação na educação, de forma que enfrente o mundo complexo e incentive além da pesquisa, e que almeje o conhecimento novo, igualmente uma sabedoria prática para se vivenciar a vida pessoal e coletiva em tempos tão sombrios.

A pedagogia da presença, especificamente dentro do método APAC, supõe a presença e o contato humano. Isso não pode ser mudado, especialmente porque a falta de presença humana e próxima é o que caracteriza a terrível situação do sistema prisional atual. Ademais, as inovações tecnológicas estão em todos os lugares e, com elas, o ser humano pode tender a perceber como naturais elementos que na verdade custaram um grande trabalho até que puderam ser desenvolvidos. Julián Marías (1947, p. 42) já no século passado atentava para o fato de que:

La técnica aparece al hombre de nuestros días como un horizonte de posibilidades ilimitadas; en principio, nada queda excluido; nadie se atrevería a decir con mucha seguridad que es imposible la más estupenda hazaña técnica que se enuncie. El hombre de mediados del siglo XX está en la creencia de que el alcance de la técnica es indefinido e imprevisible; es decir, que con la técnica lo puede «todo», pero con lo que no puede es con la técnica<sup>9</sup>. (Destques do autor).

O aspecto de imprevisibilidade está presente na vida humana. Contudo, é necessário aqui tomar as inovações tecnológicas mais especificamente no âmbito da educação. Conquanto haja ainda nos dias de hoje essa imprevisibilidade e até mesmo indefinição de que trata Julián Marías, é importante notar que a tecnologia pode beneficiar o ser humano no seu desenvolvimento e no contato com o mundo.

<sup>9</sup> Tradução livre do original: A técnica aparece ao homem de nossos dias como um horizonte de possibilidades ilimitadas; em princípio, nada fica excluído; ninguém se atreveria a dizer com muita segurança que é impossível a mais estupenda façanha técnica que se enuncie. O homem de meados do século XX está na crença de que o alcance da técnica é indefinido e imprevisível; isto é, que com a técnica se pode «tudo», mas com o que não se pode é com a técnica.

O que a tecnologia traz hoje é integração de todos os espaços e tempos. O ensinar e aprender acontece numa interligação simbiótica, profunda, constante entre o que chamamos mundo físico e mundo digital. Não são dois mundos ou espaços, mas um espaço estendido, uma sala de aula ampliada, que se mescla, hibridiza constantemente. Por isso a educação formal é cada vez mais *blended*, misturada, híbrida, porque não acontece só no espaço físico da sala de aula, mas nos múltiplos espaços do cotidiano, que incluem os digitais. O professor precisa seguir comunicando-se face a face com os alunos, mas também digitalmente, com as tecnologias móveis, equilibrando a interação com todos e com cada um. (MORÁN, 2015, p. 16, destaque do autor).

Dentro de um contexto de cumprimento de pena em que a ressocialização é fundamental – para a própria pessoa e para a comunidade – as inovações tecnológicas trazidas para a educação podem contribuir especialmente na formação profissional das pessoas que cumprem pena: mesmo em cursos à distância, o possível contato dos alunos com os professores e instrutores, e a participação ativa exigida aos alunos estimulam o desenvolvimento e integração humanos.

A mera instrução profissional, no entanto, não pode ser o único objetivo da assistência educacional às pessoas presas. Conforme se tem visto neste artigo, o método APAC aplica a denominada pedagogia da presença para os seus recuperandos.

À primeira vista, pode-se deduzir que as inovações tecnológicas – educação à distância, inclusive – acabarão por afastar ainda mais os recuperandos das outras pessoas: de seus próximos e até mesmo dos professores. Dentro do método APAC, no entanto, isso não poderia acontecer: a pedagogia da presença permeia todos os fundamentos do método, de tal modo que a educação humanista promovida pela APAC ultrapassa a mera instrução.

Se as inovações tecnológicas de fato permitirem o avanço de metodologias de ensino mais ativas, os recuperandos da APAC estarão aptos a recebê-las com maior abertura e possibilidade de desenvolvimento. Em algumas APACs, entidades educacionais prestam serviços gratuitamente, inclusive via EAD, mediante convênio, o que encontra respaldo legal no art. 20 da LEP e art. 8º do Regulamento Administrativo. (CACHICHI, 2019, p. 190).

As inovações tecnológicas, portanto, precisam acontecer de modo a estimular e até mesmo facilitar o contato humano: “As inovações devem se concentrar no desenvolvimento de valores, atitudes e comportamentos, como a competência, da ética, da política, do profissionalismo vinculado à cidadania e do desenvolvimento pessoal”. (SANCHES; CALIL; SILVA, 2019, p. 1901).

O desenvolvimento pessoal deve ser para a liberdade, isto é, a liberdade interior que permite com que a pessoa conte sua própria história. A vida humana, é necessário reiterar, precisa ser narrada. E a imaginação tem papel primordial nessa narrativa:

Las posibilidades se han aumentado enormemente; se ve cada vez con mayor claridad que el hombre es plástico, que no es una cosa, que no está hecho. La filosofía actual está acabando con el lastre de materialismo que la ha dominado – también y desde luego a los ‘espiritualismos’ – y por eso empieza a hacerse posible una comprensión filosófica del cristianismo. El hombre es persona – se ha repetido desde hace siglos –; pero acaso sólo hoy se empieza a ver en serio qué es persona. Y la vida actual, tan fuertemente constreñida por el Estado, y por otros poderes, está por dentro en franquía. Pero para vivir hoy humanamente – y esto quiere decir auténtica y originariamente –, hace falta mucha imaginación; y está apareciendo, venenoso y torvo, el resentimiento de los que no la tienen<sup>10</sup>. (MARÍAS, 1955, p. 84-85).

<sup>10</sup> Tradução livre do original: As possibilidades aumentaram enormemente; vê-se cada vez com maior clareza que o homem é plástico, que não é uma coisa, que não está feito. A filosofia atual está acabando com o lastro de materialismo que a dominou – também e desde logo os “espiritualismos” – e por isso começa a fazer-se possível uma compreensão

Dentro do contexto da educação no sistema prisional, mais especificamente no método APAC, se pode entender que as novas tecnologias – principalmente as que estão ligadas ao ensino à distância – podem ter um papel muito importante. A educação à distância, de qualidade, é capaz de ajudar imensamente as pessoas na sua capacitação profissional. É preciso tomar cuidado, no entanto, para que os objetivos de humanização e ressocialização não sejam submetidos à pura instrução técnica.

## CONCLUSÃO

Este estudo procurou mostrar, primeiro, como o sistema prisional atual tende à despersonalização e, nesse sentido, torna-se bastante difícil falar de recuperação e arrependimento dos presos. A dignidade humana precisa ser valorizada primeiro – por meio da justiça e da tolerância – para que o preso reconheça seu erro, a necessidade de cumprir a pena e recomeçar.

O abuso aos direitos dos presos, portanto, não pode ser considerado como punição justa pelos delitos cometidos. No entanto, o sistema atual não tem conseguido dar conta da manutenção dos direitos dos presos e muito menos de sua recuperação. Com o objetivo de fazer com que a Lei de Execução Penal fosse cumprida, nasceu o método APAC – um método humanista do cumprimento da pena que tem por base doze fundamentos e o apoio nas virtudes humanas.

No método APAC existe o incentivo ao trabalho e à educação dos presos – recuperandos – conforme as disposições da Lei de Execução Penal. Mas o objetivo da APAC não é o mero adestramento para este ou aquele comportamento, e sim a restauração da pessoa integral. Por essa razão, a educação – em sua pedagogia da presença – incentiva tanto o conhecimento do recuperando em relação ao seu próximo como em relação a si mesmo. A narrativa da própria vida é algo de grande importância para os recuperandos da APAC.

Por fim, dentro do contexto das novas tecnologias aplicadas mais especificamente no âmbito da educação no sistema prisional, se entende que elas são importantes e podem ajudar muito a capacitação dos presos. Mas, ao mesmo tempo, elas não podem tolher o contato humano que é tão importante para o cumprimento da pena e reabilitação de vida do preso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580.252/MS**, Relator(a): Min. Teori Zavascki, relator(a) p/ acórdão: min. Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 16/02/2017, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-204 divulg 08-09-2017 public 11-09-2017.

CACHICI, Rogério Cangussu Dantas. **Método APAC: O Humanismo como Caminho para a Ressocialização do Preso**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília. 2019.

CAPONNETTO, Antonio. **Pedagogía y Educación**. Buenos Aires: Cruz y Fierro Editores, 1981.

---

filosófica do cristianismo. O homem é pessoa – se tem repetido há séculos –; mas acaso só hoje se começa a ver a sério o que é pessoa. E a vida atual, tão fortemente oprimida pelo Estado, e por outros poderes, está por dentro bem-disposta. Mas para viver hoje humanamente – e isto quer dizer autêntica e originariamente –, é preciso muita imaginação; e está aparecendo, venenoso e turvo, o ressentimento dos que não a têm.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Apresentação. In: OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Método APAC: sistematização de processos**. Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese et al. Belo Horizonte, TJMG, 2016. Pp.13-14.

CASTELLANI, Leonardo. **Los Papeles de Benjamín Benavides**. Buenos Aires: Biblioteca Diccio, 1978.

CASTELLANI, Leonardo. **Psicología Humana**. 2ª ed. Mendoza: Jauja, 1997.

CERVANTES, Miguel de. **Don Quijote de la Mancha, 2**. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

D'AGOSTINI, Caroline Trevisol; RECKZIEGEL, Roque Soares. O Método APAC e a humanização do sistema penitenciário brasileiro. **Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal**, ano XVI, n. 95, dez./jan., p. 9-32, 2016.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. A Educação Jurídica como Ferramenta Didática no Combate às Violações da Dignidade da Pessoa Humana na Obra “A Lista de Schindler”. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 14, p. 31-60, mar. 2016. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1288>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias do Subsolo**. Tradução de Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2009.

FERREIRA, Valdeci Antônio. **Juntando cacós, resgatando vidas: valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro – psicologia do preso**. 2 ed. Belo Horizonte: O Lutador, 2017.

HERVADA, Javier. Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. In: HERVADA, Javier. **Escritos de derecho natural**. 2ªed. (Colección Iurídica). Pamplona: Eunsa, 1993, p. 649-688.

MARÍAS, Julián. **Introducción a la Filosofía**. Madrid: Revista de Occidente, 1947.

MARÍAS, Julián. **La Imagen de la Vida Humana**. Buenos Aires: Emecé, 1955.

MARÍAS, Julián. **Persona**. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MORÁN, José Manuel. Mudando a educação com metodologias ativas. In: SOUZA, Carlos Alvertto de; MORALES, Ofelia Elisa Torres (orgs.). **Convergências Midiáticas, Educação e Cidadania: aproximações jovens**. Ponta Grossa: Foca Foto-PROEX/UEPG, 2015. Coleção Mídias Contemporâneas, v. II. Disponível em: [http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/mudando\\_moran.pdf](http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/mudando_moran.pdf). Acesso em: 4 abr. 2020.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Método APAC: sistematização de processos**. Colaboração de Maria Solange Rosalem Senese et al. Belo Horizonte, TJMG, 2016.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável. APAC: a revolução do sistema penitenciário**. 2 ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

OTTOBONI, Mário. **Seja solução, não vítima! Justiça restaurativa, uma abordagem inovadora**. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

PEREIRA, Marcos Francisco. É possível a recuperação do preso?. **Revista Jur.UNIJUS**, Uberaba/MG, v.9, n.11, p.189-202, nov.2006.

PIEPER, Josef. **Only the Lover Sings: Art and Contemplation**. Tradução de Lothar Krauth. San Francisco: Ignatius Press, 1990.

POZZOLI, Lafayette; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso. Desafios e perspectivas do sistema penitenciário. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; FISCHER, Octavio Campos (coords.); LEAHY, Érika; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (orgs.). **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. Pp.161-178.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. A educação inclusiva para pessoas com deficiência e o papel da Unesco. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, 2018. Pp. 140-153.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; CALIL, Mário Lúcio Garcez; SILVA, Gabriela Chaia Pereira de Carvalho e. A Inovação na Educação Jurídica: O Exemplo da “Sala de Aula Invertida”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1, 2019. Pp. 1889-1913.

SIQUEIRA, Gilmar; GERONIMO, Amerita de Lázara Menegucci. Método APAC: um caminho para o acesso à justiça no sistema prisional. In: LEONARDO, César Augusto Luiz. **II Congresso de Acesso à Justiça**: Caderno de Artigos e Resumos Expandidos. Marília, SP: UNIVEM, ENEP, ANADEF; 2020. p. 203-223.

Submetido em: 17 fev. 2022.

Aceito em: 31 dez. 2022.



## LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE MEDICAMENTOS NA PANDEMIA DE COVID-19: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA *LAW AND ECONOMICS*

**Oksandro Osdival Gonçalves**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR),  
Paraná.

oksandro@oksandro.adv.br

**Thiago Barcik Lucas de Oliveira**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR),  
Paraná.

thiagobarcik@gmail.com

**Resumo:** A pandemia da COVID-19 tem imposto diversas dificuldades à saúde e à economia mundial. Nesse sentido, o combate ao vírus assumiu protagonismo global e a descoberta de uma vacina e/ou remédios para o seu enfrentamento tem sido buscada pelas grandes empresas farmacêuticas, as quais, para além das causas humanas, perseguem uma posição de destaque no setor. Os altíssimos investimentos em novas tecnologias e em novas pesquisas se tornam viáveis especialmente pela segurança e exclusividade de exploração econômica que o sistema de patentes garante ao titular da invenção. Contudo, o ramo farmacêutico pode ser regido por outras máximas, na medida em que, visando a necessidade de garantir a maximização do acesso à medicamentos e ao Direito à Saúde, pode ocorrer a flexibilização do sistema patentário através do licenciamento compulsório. Assim, através do método de abordagem dialético, e sob os preceitos da Análise Econômica do Direito, pretende-se compreender e examinar o embate existente entre o direito de propriedade, que decorre do registro de patente de medicamento e a sua exploração, e o interesse social de disponibilização de medicamentos essenciais. Igualmente, se valendo da teoria de Joseph Alois Schumpeter, pretende-se investigar os impactos que estes institutos podem gerar economicamente, influenciando negativa ou positivamente o desenvolvimento econômico.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Propriedade intelectual. Licenciamento compulsório. Inovação. Desenvolvimento econômico.

*Compulsory drug licensing in the COVID-19 pandemic: an approach from law and economics*

**Abstract:** The COVID-19 pandemic has imposed several difficulties on health and the world economy. In this sense, the fight against the virus has assumed global prominence and the discovery of a vaccine and / or remedies to fight it has been pursued by large pharmaceutical companies, which, in addition to human causes, pursue a prominent position in the sector's competition. The high investments in new technologies and in new research are made possible especially by the security and exclusivity of economic exploitation that the patent system guarantees to the owner of the invention. However, the pharmaceutical industry can be governed by other maxims, since, aiming at the need to guarantee the maximization of access to medicines and the Right to Health, the patentary system can be made more flexible through compulsory licensing. Thus, using a dialectical approach, and under Law and Economics precepts, it is intended to understand and examine the conflict between the property right related to the registration of a patent for a drug and its exploitation, and the common interest society, especially regarding the existence of

a social interest in providing essential medicines. Likewise, using the theory of Joseph A. Schumpeter, it is intended to investigate the impacts that these institutes can generate economically, influencing negatively or positively economic development.

**Keywords:** Law and Economics. Intellectual Property Rights. Compulsory licensing. Innovation. Economic development.

## INTRODUÇÃO

A pandemia de Coronavírus (SARS-CoV-2) impôs dificuldades para a sociedade, com a interrupção das atividades habituais das pessoas e a geração de efeitos econômicos severos no âmbito global.

Na mesma proporção, impõe-se uma pressão sobre os recursos físicos e humanos na área da saúde, uma vez que o aumento dos casos de indivíduos infectados demanda agilidade e aumento da capacidade de atendimento e, conseqüentemente, a disponibilidade de expressivas importâncias financeiras.

O desenvolvimento de uma vacina e remédios suficientes para o enfrentamento do novo Coronavírus (doravante apenas COVID-19), para além da causa humana, interessa às grandes empresas farmacêuticas por dois motivos, o protagonismo no setor e as expressivas repercussões financeiras.

Ao tratar especificamente do cenário brasileiro, em razão da pandemia de COVID foram propostos alguns Projetos de Lei, como, por exemplo, os PL 1320/2020; PL 1184/2020; PL 1171/2021 e PL 12/2021, os quais tramitam perante a Câmara dos Deputados, e que tem como traço comum versarem sobre a simplificação do processo de licenciamento compulsório visando permitir o acesso à vacinas, medicamentos, diagnósticos, dispositivos, suprimentos e outras tecnologias úteis para a vigilância, prevenção, detecção, diagnóstico e tratamento de pessoas infectadas pela COVID-19.

Nada obstante, necessário revisitar as regras relativas à proteção das patentes farmacêuticas, especialmente quanto aos aspectos jurídico-econômicos, uma vez que quando uma empresa se propõe a pesquisar novas soluções, a descoberta de uma nova tecnologia é precedida por significativos investimentos, assim como pela expectativa de sua exploração exclusiva para recomensurar tais investimentos.

O cerne da pesquisa ora desenvolvida reside na discussão em torno da proteção das patentes farmacêuticas relacionadas ao COVID-19 e o interesse social envolvido no sentido, aqui considerado, de acesso facilitado e amplo às vacinas.

Para enfrentar o tema, o texto se utiliza do instrumental da Análise Econômica do Direito (AED) que pode fornecer novos referenciais e horizontes para o debate, auxiliando a compreensão dos fenômenos sociais e das estruturas de incentivos atinentes ao licenciamento compulsório, ao direito de propriedade industrial, aos incentivos às inovações, assim como a repercussão ao desenvolvimento econômico.

O presente trabalho se vale do método de abordagem dialético através da exploração do conflito entre interesses privados de exploração das patentes farmacêuticas e o interesse coletivo, bem como o impacto sobre o processo de desenvolvimento econômico na visão de Joseph Alois Schumpeter.

Para tanto, primeiramente, sob os fundamentos da Análise Econômica do Direito, apresentam-se os elementos do direito de propriedade clássico e suas simetrias e dissincronias com os direitos de propriedade intelectual, assim como a relação deste com os sistemas de patentes.

Após o desenvolvimento inicial, o artigo busca investigar a relação existente entre o incentivo à persecução de novas invenções e o licenciamento compulsório de medicamentos, como instrumento de intervenção, e suas consequências e reflexos na busca do desenvolvimento econômico.

## 1. O INSTRUMENTAL DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Inicialmente, cumpre destacar que a Análise Econômica do Direito (AED) é utilizada como um instrumento de abordagem do fenômeno jurídico, que tem por objetivo explorar a conexão entre o Direito e a Economia.

Singelamente, a AED se traduz na aplicação do instrumental analítico e empírico da economia na busca da compreensão, explicação e previsão das implicações fáticas do ordenamento jurídico e de sua lógica (racionalidade) (GICO JUNIOR, 2010).

O método econômico é empregado para analisar e compreender o direito e seus reflexos, sobretudo propõe uma previsão dos efeitos de sanções legais sobre o comportamento humano, a partir do estabelecimento de uma correlação de investigação entre sanções e preços, analisando os preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento humano (COOTER; ULEN, 2016, p. 3).<sup>1</sup>

A AED fornece o instrumental necessário para um novo viés de análise, no qual acentua-se um caráter de interdisciplinaridade, uma vez que busca compreender o sistema jurídico através de preceitos naturais à economia, como “valor”, “utilidade” e “eficiência” (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 83).

Nesse sentido, se faz necessário analisar e compreender como relacionam-se os direitos de propriedade intelectual, representados pelo sistema de patentes, e os mecanismos para viabilizar o acesso a medicamentos, como o licenciamento compulsório.

### 1.1. AED e o direito de propriedade

A ideia de escassez possui lugar de destaque sob a ótica da AED, e parte da análise de que “se todos os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem” (SALAMA, 2013, p. 7).

Entretanto, a regra é a vida em um ambiente de escassez, por isso, a formulação de regras torna-se necessária para regular o comportamento humano em relação ao uso dos bens em geral. Em última instância, assim se define o conceito de propriedade, uma vez que retira a coisa do

---

<sup>1</sup> “Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) for analyzing the effects of the implicit prices that laws attach to behavior.”.

domínio público, colocando fim aos conflitos advindos daquela emergente escassez (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 30).

A propriedade privada é o meio através do qual se atribui um valor adequado em face da escassez de um determinado recurso. Desta forma, a relação entre a AED e o direito de propriedade e suas repercussões não se dá através de uma busca por significação, mas sim, quanto à busca em prever “os efeitos das normas relacionadas com o direito de propriedade do ponto de vista da eficiência, e quando possível da distribuição dos direitos inerentes a propriedade” (KLOH, 2019, p. 292).

Nesse sentido, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, ao conceituar propriedade, fazem referência ao poder sobre a utilização do recurso, conjuntamente com os ganhos e perdas dela advindos, uma vez que ela consiste na atribuição de direitos a uma pessoa para retirar o acesso livre e ilimitado àquele recurso às demais pessoas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 228).

Sob a lente da escassez, o direito de propriedade é concebido sob a perspectiva do uso mais eficiente do bem tornando-o privado. A essa ideia contrapõe-se a de bem de uso comum, utilizado por todos os indivíduos simultaneamente, o que, em regra, pode gerar um efeito negativo recíproco, em que as ações de cada agente podem criar custos aos demais e, consequentemente, a dilapidação do próprio recurso (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 136, 137).<sup>2</sup>

A propriedade privada é inerente a sociedade articulada ou organizada, considerando-se como expressão da pessoa humana, enquanto fruto do seu trabalho próprio ou de seus antepassados. Tem o papel fundamental de estimular o trabalho e fazer com que o homem seja “induzido, instigado e atraído a produzir, de forma espontânea e natural, em razão da perspectiva de ter recompensas diretas e pessoais, decorrentes de seus esforços” (PIMENTA; LANA, 2016, p. 7).

Para tanto, a função da abordagem econômica dos direitos de propriedade é indicar o impacto, em termos de benefícios e custos sociais, das diferentes alocações dos direitos de propriedade (CENTRE FOR ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHTS, 1983, p. 4). Assim, em certa medida o direito de propriedade gera incentivos para que os indivíduos produzam e gerem riqueza.

Esses incentivos estão relacionados ao conceito de preços implícitos, uma vez que, na tentativa de maximizar seus benefícios fazendo escolhas que minimizem seus custos, é preciso compreender os efeitos advindos dos estímulos que fazem com que os agentes ajam em determinada direção para atender seus anseios. Steven Shavell trata da relação entre o direito de propriedade e os incentivos afirmando que se dá na medida em que aquele proporciona condições para uma maior produção de bens e serviços (incentivo ao trabalho), uma vez que o excedente de seu trabalho pode ser objeto de trocas e barganhas, enquanto, em um ambiente onde inexistisse esse direito, os indivíduos somente produziram exatamente o necessário para seu consumo, pois o excesso seria tomado pelos demais (SHAVELL, 2002).

A relevância dos incentivos é merecedora de destaque, especialmente quando relacionado com o mercado, dado que, agindo com o interesse de maximizar suas preferências, os indivíduos dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis. Nesse pretexto, a AED reconhece que pode ocorrer uma dinâmica parecida em determinado contexto institucional, atinente às condutas e relações humanas (SALAMA, 2013, p. 8).

---

<sup>2</sup> Marcia Carla Pereira Ribeiro ressalta com clareza o problema conhecido na doutrina por “tragédia dos comuns”, especialmente quando aos danos que ocorrem da utilização do bem comum, ao passo que conclui que a eleição de um proprietário, e por consequência a exclusividade de sua utilização, reverbera uma utilização mais eficiente do recurso.

Nesta perspectiva, tem-se que a propriedade somente é viável mediante a garantia de certa exclusividade, a qual fundamenta o efeito de atribuir o uso de determinado recurso a uma pessoa definida, o proprietário, cuja utilização tem o condão de promover um cenário de maior eficiência.

Harold Demsetz argumenta que a compreensão desses efeitos da propriedade, no sentido de que estes implicam o direito de se beneficiar ou de se prejudicar, ou beneficiar e prejudicar outros, possibilitam o entendimento da estreita relação entre os direitos de propriedade e fatores externos ou externalidades (DEMSETZ, 1967). Isto é, essa regra de utilização de um bem pode fazer surgir benefícios ou malefícios que interferem no uso que outros indivíduos fazem da propriedade, o que ficou conhecido como externalidades (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 76).

Essas imposições de custos ou benefícios a terceiros (externalidades negativas ou positivas) são importantes porque indicam que algumas decisões podem ser eficientes no plano individual, mas não eficientes do ponto de vista coletivo. Neste viés, a título exemplificativo, a poluição ao meio ambiente é o mais claro exemplo de externalidade no exercício da atividade econômica, sendo, para tanto, papel do Direito evitar que as externalidades negativas prejudiquem a obtenção de resultados sociais eficientes (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 117).

Assim, segundo a teoria econômica, é possível encontrar circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços, o que se convencionou chamar de falha de mercado. A externalidade é o principal conceito relacionado às “falhas de mercado”, especialmente porque os indivíduos normalmente prestam atenção somente aos custos e benefícios privados, ignorando os custos e benefícios gerais (PORTO, 2019, p. 292).

Nesse sentido, na busca de uma alocação eficiente entrega-se à lei a atribuição de direitos de propriedade claros e simples, isto é, na medida em que o Estado reconhece os direitos de propriedade privada, o proprietário pode excluir outros do uso ou consumo desses direitos (KLOH, 2019, p. 299).

Entretanto, como ressalta Gustavo Kloh, quando os direitos de propriedade não são bem definidos, ou quando restringidos por um grupo do Estado, há implicações para o comportamento e o desempenho econômico, pois atenuações no direito de propriedade afetam diretamente as expectativas de seu titular quanto ao seu uso, tempo e valor, o que leva a redução dos incentivos ao investimento e troca (KLOH, 2019, p. 303). Na visão de Cooter e Ulen, “a propriedade é um pacote de direitos com efeitos de incentivo”:

Property is a bundle of rights with incentive effects. Efficient property rights create incentives to maximize a nation's wealth in two different ways. First, property rights are the legal basis of voluntary exchange, which achieves *allocative efficiency* by moving goods from people who value them less to people who value them more. Second, property rights are part of the law that makes owners internalize the social costs and benefits of alternative uses of the goods that they own. Owners achieve *productive efficiency* by balancing the social costs and benefits of what they do with what they own (COOTER; ULEN, 2016, p. 108).

Portanto, frente a escassez e os incentivos que a instituição bem definida de direitos de propriedade, tem-se a tendência de que ocorra sua utilização de forma mais eficiente; ao passo que, quando os direitos de propriedade não estão bem definidos e são usufruídos ilimitadamente por vários indivíduos pode ocorrer a exploração predatória de bens escassos, gerando prejuízo para a coletividade (PIMENTA; LANA, 2016, p. 16).

## 1.2. AED e os direitos de propriedade intelectual

Até aqui cuidou-se de demonstrar de que forma a escassez atrai a “propriedade clássica” dos bens corpóreos. Nada obstante, ainda que conhecida a diferença quanto à propriedade de bens corpóreos e a propriedade intelectual, imprescindível fazer a transposição daqueles conceitos para os bens intangíveis resultantes da criatividade humana.

Calixto Salomão Filho lembra que os antecedentes remotos das patentes são encontrados no *Ancien Régime*, quando se concediam privilégios aos inventores, não com o intuito de incentivá-los à pesquisa e ao progresso científico, mas porque se entedia que desempenhavam um ofício a bem do interesse público. Nada obstante, foi apenas na segunda metade do século XIX, que se criou um sistema internacional de reconhecimento de patentes e marcas, preocupada com o estímulo a criatividade e invenção quanto a primeira e voltada para a distinção do produto do empresário em relação a segunda (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 13).

O sistema de proteção de patente e marca deixou de servir apenas aos objetivos protecionistas estatais, constituindo, na era pós-revolução industrial, um instrumento relevante na construção de meios de proteção, incentivo ao desenvolvimento e inovação, bem como um estímulo à concorrência (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 14).

Assim, a propriedade intelectual compreende um conjunto de direitos, cada qual conferindo ao titular controle exclusivo, de acordo com modalidades específicas e por período limitado, de um bem intangível resultante da criatividade humana (VERDE; MIRANDA, 2019, p. 65).

Sob essa perspectiva, assim como sob o viés da propriedade clássica, o interesse da propriedade intelectual surge quando relacionada ao conceito de escassez, que provém do fato de que os talentos e energias do compilador, ou do criador, podem ser voltados para outra coisa, sendo necessários incentivos para investir em criar aquela e não qualquer outra:

Tais criações são escassas em um sentido, mas a escassez não está no objeto mesma da criação, que, em geral, seria caracterizado como bem coletivo, em oposição a bens materiais que se esgotam com o uso, pois podem, usualmente, ser utilizadas indefinidamente, sob reserva de seu desuso (obsolescência), diante de informações mais recentes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 299).

Para tanto, a propriedade intelectual toma emprestado da propriedade clássica a ideia dos incentivos e da exclusividade, na medida em que esses são os conceitos essenciais e necessários para o seu funcionamento (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 304).

Neste viés, o objetivo de assegurar os direitos de propriedade intelectual decorrem da necessidade de incentivar a criação de informações e novas ideias, especialmente porque, em um ambiente em que os direitos de propriedade intelectual são inteligíveis e inacessíveis, ou ausentes, inexistente recompensa párea para o criador, o que condiciona um cenário inadequado (SHAVELL, 2012). A inexistência de proteção a esse tipo especial de direitos de propriedade faria com que o detentor de uma inovação optasse por mantê-la em segredo para lucrar com ela, excluindo todos os demais de utilizá-la, além de não disseminar essa nova informação em detrimento de toda sociedade (COOTER; ULEN, 2016, p. 116).

Como destaca Steven Shavell, o valor social da informação com frequência supera os custos de seu desenvolvimento, o que faz com que seja socialmente desejável sua criação. Entretanto, na medida em que as informações podem ser copiadas a baixos custos, independente de quem seja seu proprietário, o primeiro desenvolvedor não será capaz de vendê-la para muitos compradores (SHAVELL, 2012).

Como consequência do raciocínio, aqueles que criam informações tendem a receber uma recompensa menor do que seria o seu verdadeiro valor, o que certamente gera um desincentivo e um retrocesso na criação e desenvolvimento de novas ideias.

Dessa forma, visando estimular a criação de informações e novas ideias, o Estado pode estabelecer um sistema de proteção através da atribuição e definição quanto aos direitos de propriedade. Significa dizer que, se for concedido ao criador da informação um direito exclusivo de usar e vender os bens a ela atrelados, sua recompensa estaria assegurada, além de encorajar o esforço de produzir novas informações, razão pela qual Steven Shavell ressalta que os direitos de propriedade intelectuais podem ser uma instituição socialmente valiosa (SHAVELL, 2012).

Para a AED, a função dos direitos de propriedade intelectual é eliminar a falha de mercado relacionada a dificuldade do inventor em receber retribuições pela invenção. Isto é, a propriedade intelectual está intimamente relacionada com o incentivo à inovação para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e desenvolvimento, enfrentando altos custos, na medida em que lhe é concedido a possibilidade de ser recompensado pela invenção.

Desta forma, oportuno destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito intelectual é gênero, do qual são espécies o industrial e o autoral, sendo que ambos possuem suas diferenças e tratamentos específicos (COELHO, 2013. p. 212). Nos limites do presente trabalho, delimitar-se-á a abordagem apenas aos direitos de propriedade industrial por serem aqueles que se relacionam com as patentes de medicamentos para combate da COVID-19.

## 2. O SISTEMA DE PATENTES E O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

Um sistema de incentivos é imprescindível para que haja investimento em inovação em níveis socialmente desejáveis (KAPLOW; SHAVELL, 2012, p. 38). Por essa razão, o sistema de proteção de patentes é lembrado como um dos principais mecanismos de incentivo ao investimento e disseminação de novas tecnologias, especialmente por conferir ao seu proprietário a exclusividade quanto àquela patente que, conseqüentemente, o condiciona a recuperar os investimentos feitos.

As normas e direitos básicos atinentes à propriedade industrial estão previstas na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), conferindo ao titular da patente o direito de excluir terceiros da utilização, fabricação e comercialização de sua invenção.<sup>3 4</sup>

Esse direito, contudo, possui uma regulamentação que possui várias exigências para a concessão da patente e tem por objetivo, além de conferir a proteção ao direito de propriedade, restringir as descobertas patenteáveis, sendo necessário que a invenção seja uma novidade, tenha caráter de inventividade e que seja útil (BRASIL, 1996).

O primeiro está ligado ao fato de que a invenção precisa se distinguir de outras conhecidas. A novidade reside no fato de que aquele ato de criação não existe ainda no estado da técnica.

---

<sup>3</sup> Destaque-se a título exemplificativo que o artigo 42 da Lei da Propriedade Industrial assegura o direito do titular de uma patente de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos.

<sup>4</sup> Além da proteção conferida pela Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), a propriedade industrial encontra amparo em outras legislações, como a Lei da Inovação (Lei nº 10.973/2004), Lei Proteção de Cultivares (Lei nº 9.456/1997), Lei Software (Lei nº 9.609/1998), entre outras.

A inventividade, ou atividade inventiva, significa que é fruto do pensamento humano. E, finalmente, a aplicação industrial significa que somente será considerado um invento se estiver destinado ao uso em geral por meio da industrialização.

Sob essas premissas, não se pode deixar de destacar que a propriedade formada pela patente é uma proteção especial de caráter provisório – porque conta com uma delimitação temporal –, sendo esse um dos parâmetros mais essenciais do sistema de propriedade intelectual, que confere às patentes o prazo de exclusividade de 20 (vinte) anos desde o momento em que há o depósito do pedido de patente junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Ao final do prazo, conseqüentemente, extinta a patente, o objeto cai em domínio público (BRASIL, 1996). Portanto, trata-se de um sistema especial de proteção ao direito de propriedade diverso do sistema tradicional, especialmente vinculado à propriedade imobiliária, que não possui limitação de tempo para ser usufruída.

O aumento ou diminuição do prazo de proteção conferido às patentes tem o condão de incentivar ou desincentivar as políticas de propriedade intelectual, especialmente quanto aos objetivos e propósitos do sistema de patentes, condicionando um ambiente propício para a criação de inovações.

Nesta perspectiva, não há como deixar de relacionar a proteção à propriedade industrial e a perseguição do interesse social através da busca do desenvolvimento econômico e tecnológico do país (BRASIL, 1996). Isto é, o registro de patentes, através do sistema de propriedade industrial, confere segurança aos desenvolvedores de novas tecnologias de que seus investimentos serão recompensados. Em contrapartida, o país se beneficia da publicização dessas novas invenções e proporciona condições ao desenvolvimento econômico e tecnológico:

Most societies value the gains from faster growth more than they fear its destructive effects. Property law can help to secure rapid economic growth. To understand why, we must shift from consumers and workers to companies. A company that innovates gains a competitive advantage, which immediately creates extraordinary profits. Extraordinary profits reward the innovator for the resources and effort devoted to a very risky activity. In the long run, however, competition causes the innovation to diffuse, and many companies make use of it. When the innovation diffuses fully, the innovator loses its competitive advantage, and its profits fall to the ordinary level. When diffusion is complete, the economy reaches a new equilibrium whose benefits diffuse even more broadly than the innovation (COOTER; ULEN, 2016, p. 114).

No sistema de patentes encontra-se a possibilidade da sociedade se beneficiar dos inventos, seja durante o período de exclusividade de utilização – ainda que em menor intensidade – ou depois de decorrido o período de exploração exclusiva por parte do inventor, o que justifica o esforço e estimula a atividade de pesquisa.

Nesta perspectiva, a globalização da economia superou fronteiras diante da valorização e do incremento do comércio internacional. No entanto, os países em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento não tiveram tempo ou condições de se prepararem para a concorrência que se impunha, resultando, como ressalta Patrícia Luciane de Carvalho, a necessidade da “criação de um patamar de proteção internacional que conjugasse os direitos sobre a propriedade com os interesses sociais”(CARVALHO, 2008, p. 845).

Desta forma, frente à pertinência do tema e de seus impactos no desenvolvimento tecnológico dos países, avolumou-se a necessidade de uma legislação completa, com garantias que ultrapassem os limites da proteção nacional. Para tal, o acordo TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Rights) e a CUP (Convenção da União de Paris) deram início às discussões das patentes internacionais, principalmente àquelas referentes aos medicamentos e seus reflexos na saúde pública.

A Convenção da União de Paris, criada em 1883, teve como objetivo a declaração dos princípios da disciplina da propriedade industrial, estabelecendo, assim, pontos comuns específicos e cruciais sobre o tema. Posteriormente, outros tratados foram fixados, o mais importante deles o TRIPs, o qual estabeleceu padronização mínima de normatização dos países envolvidos, buscando uma proteção que proporcionasse um maior desenvolvimento econômico.

O Acordo TRIPs cuida de proteger especificamente a propriedade intelectual, reconhecendo sua relevância para o comércio internacional, inclusive como ativo econômico, na medida em que impõe aos Estados signatários o compromisso de “usar a inovação tecnológica para o fomento do direito da propriedade intelectual, para a transferência de tecnologia e para o incremento do bem-estar social e econômico” (CARVALHO, 2008, p. 855).

Assim, o sistema de patentes, sob manto da legislação nacional e internacional, ao mesmo tempo em que possui caráter protetivo, condiciona seu possuidor a exclusividade e defesa contra apropriações indevidas, outrossim, presume a extinção do segredo, o qual até então estava oculto.

Dessa forma, na medida em que a patente confere direitos de propriedade e assegura o uso exclusivo daquele bem, resta reconhecido em favor do criador um monopólio temporário, meio através do qual, as empresas farmacêuticas, por exemplo, encontram segurança no retorno financeiro para os custos empregados no desenvolvimento de um fármaco.

Nada obstante, necessário reconhecer que esta relação entre a exclusividade de exploração do mercado e da possibilidade do controle de preços, ainda que essenciais ao desenvolvimento e a criação de invenções, quando relativo ao mercado de fármacos, sofre influência de um outro elemento. Isto é, a patente de medicamentos cuida de produtos que estão marcados pela “essencialidade”.

Tem-se neste ponto o centro do debate, isto porque “um estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) observou que o preço de um medicamento é fixado em função do preço mais elevado que o mercado pode suportar” (JANNUZZI; VASCONCELLOS; SOUZA, 2008, p. 1206). Assim, a questão central ocorre na busca de atingir o equilíbrio da concorrência do mercado de medicamentos considerado o peso da essencialidade do consumo de determinados medicamentos pela população.

Como reflexo desta questão, comumente, defende-se a existência dos medicamentos genéricos, comercializados após a expiração do prazo de vigência da patente, em contraposição às patentes e aos preços elevados dos medicamentos, na medida em que o prazo de vigência da concessão da patente termina, torna-se possível a utilização da invenção livremente (MARQUES, 2000).

Contudo, não se pode olvidar que, ainda que os genéricos produzam essa redução do preço de mercado, o sistema de patentes de medicamentos, assim como todos os demais, condiciona a exclusividade de exploração da invenção por duas décadas, regendo e impactado fortemente o mercado de fármacos.

Para além destas questões, necessário ressaltar que o privilégio da exclusividade do detentor da patente sobre a criação não é absoluto e irrestrito, isto porque a exclusividade excessiva, entre outros, pode condicionar medidas de flexibilização das condições patentárias, servindo como medida de contrabalanceamento aos interesses sociais, ocasionando a diminuição de preços através da produção dos medicamentos genéricos.

Entretanto, ainda que haja a devida contrapartida aos abusos, a discussão se dá em até que ponto o sistema atual condiciona e atende efetivamente ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Vale dizer que, definitivamente, a propriedade intelectual não é cópia perfeita

da propriedade clássica (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 305), não comportando integralmente as mesmas defesas entregues aquela, especialmente quando analisamos as patentes farmacêuticas, isso porque a essencialidade e a necessidades (interesse público) dos fármacos patenteados podem produzir reflexos significativos nos direitos de propriedade (exclusividade) concedidos ao seu titular.

Ao analisar este aspecto do tema, Calixto Salomão Filho destaca que a compreensão concorrencial do Direito torna tudo mais fácil, isto porque, segundo argumenta, a patente, como qualquer outra situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 16). Em se tratando da hipótese de produtos de alta tecnologia dotados de alto grau de essencialidade, como no caso de medicamentos, o autor assegura a existência de uma função social derivada de sua essencialidade (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 16).

Continua ao defender que essa visão concorrencial-institucional coaduna-se perfeitamente com a legislação da propriedade industrial no sentido de que tem-se como possível o licenciamento compulsório em casos de abuso de poder econômico e de insuficiência para as necessidades nacionais (BRASIL, 1996).

Nesse sentido, a legislação nacional guarda uma sessão inteira para cuidar dos casos em que a patente concedida será licenciada compulsoriamente (BRASIL, 1996), conhecida comumente como “quebra da patente”. Referido instituto, por exemplo, é uma das formas mais efetivas para balizar as garantias patentárias frente às práticas de políticas públicas que visam facilitar o acesso a medicamentos, provocando, inclusive, grandes conflitos internacionais e, hodiernamente, embates calorosos na doutrina (BIANCHI; FREITAS, [s.d.], p. 9).

Em verdade, discussões quanto a aplicabilidade ou expansão dos licenciamentos tem sido foco de grandes divergências na atualidade, sobretudo por conta da necessidade mundial de enfrentamento da pandemia de COVID-19.

No Brasil, já tramitam diversos Projetos de Leis perante a Câmara dos Deputados (BRASIL, 2021<sub>a</sub>; BRASIL, 2021<sub>b</sub>) que visam ampliar as possibilidades do licenciamento compulsório, tudo com fundamento na necessidade do combate ao COVID-19. Dentre eles, merece destaque o Projeto de Lei nº 1171, de iniciativa do Senador Otto Alencar, o qual propõe a alteração da redação do art. 71 da Lei de Propriedade Industrial para que passe a contemplar o licenciamento nos casos de “emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional”.

Não apenas no Brasil, os embates entre a manutenção da proteção de propriedade intelectual e a sua dispensa tem rodado o mundo<sup>5</sup>, por estes motivos sobressai a importância da presente pesquisa, passando-se a relacionar estes tópicos com a promoção do desenvolvimento econômico.

### **3. AS INVENÇÕES NO SISTEMA PATENTÁRIO DE MEDICAMENTOS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

O debate sobre desenvolvimento não é simples e comumente deságua em profundas discussões e complexas análises reenquadradas em diversos ângulos e perspectivas. Nada obstante,

---

<sup>5</sup> A Representante de Comércio dos Estados Unidos, Katherine Tai, divulgou em data de 05/05/2021, um comunicado anunciando o apoio da Administração Biden-Harris à dispensa de proteções de propriedade intelectual para vacinas COVID-19. Disponível em: <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>>. Último acesso em: 07/05/2021.

na maioria das vezes o objetivo é uníssono, isto é, busca-se compreender suas características, causas, motivos, na expectativa de ser possível replicá-los ou projetá-los em outros cenários quando necessário.

Como o trabalho trata de patentes de medicamentos e inovação, utiliza-se como marco teórico a obra de Joseph Alois Schumpeter. Para o autor, a história econômica e as respectivas mudanças de natureza econômica não refletem necessariamente o desenvolvimento, sendo esse um reflexo de um processo histórico mais complexo, no qual tem-se como necessário o rompimento de um todo dos conjunturas anteriores, sendo aquela (história econômica) apenas uma parte de uma história universal (SCHUMPETER, 1997, p. 70).

Para Schumpeter, ainda que na presença de algum crescimento econômico, o sistema encontra-se constantemente em um estado “estacionário”, caracterizado pela ausência de desenvolvimento. Há, então, o chamado “fluxo circular” do modelo schumpeteriano, que sustenta que inicia-se o processo de desenvolvimento através da ruptura desse estado estacionário, que ocorre através da alteração dos velhos processos de produção ou com o surgimento de novas tecnologias (SCHUMPETER, 1997, p. 9), retornando àquele após a internalização destas.

A teoria do desenvolvimento de Schumpeter é condicionado pelo surgimento de inovações imprevisíveis e originárias que condicionam a quebra do fluxo circular que aprisiona o sistema, sendo que, após a internalização dessas inovações e com o retorno do equilíbrio e do estado “estacionário”, o sistema fica elevado a um novo ponto de equilíbrio superior ao anterior.

Para tanto, a condição central do desenvolvimento schumpeteriano se dá através da superação de ciclos econômicos, entretanto, a superação desses ciclos somente é possível mediante o processo que intitulou de “destruição criadora”, no qual inovações originárias e absolutamente imprevisíveis surgem e impactam o sistema, o mercado e os preços (MORICCHI; GONÇALVES, 1994, p. 31).

Nesse sentido, visando essa perspectiva do desenvolvimento, a importância do sistema de patentes se sobressai. Isto é, sob o olhar da teoria econômica, a função do sistema patentário e direitos de propriedade intelectual é estimular a inovação mediante incentivos para que os agentes econômicos invistam em pesquisa e desenvolvimento, através da possibilidade de recompensa ao inventor pela criação.

Sob este viés, com a atribuição de direitos de propriedade ao inventor/criador, este suportará todos os custos e receberá todos os benefícios decorrentes de sua invenção, internalizando, em outras palavras, as externalidades negativas e positivas relacionadas ao invento.

Esse direito exclusivo conferido ao legítimo titular, que poderá gozar dos efeitos da patente por um período limitado de tempo, seja dentro do ramo farmacêutico ou de qualquer outro, emana benefícios evidentes, condicionando o sistema ao progresso tecnológico, e ao desenvolvimento social e econômico.

Nada obstante, em contrapartida, seu uso abusivo pode causar graves prejuízos à livre concorrência, à livre iniciativa e aos consumidores, uma vez que, na posse do monopólio sobre uma determinada patente, a empresa farmacêutica titular da patente de determinado medicamento pode optar por não fazer a exploração ou, ainda, cobrar altos custos para o colocar a disposição do mercado.

Neste cenário de monopólio temporário, impede-se a negociação de medicamentos baseado na livre concorrência, na exata proporção em que a disponibilização de fármacos patenteados fica adstrita a decisões políticas e concessões governamentais, dificultando o acesso aos medicamentos.

Ainda, não pode ser ignorado o fato de que a posição de detentor de uma patente, ao gozar de um monopólio legal, permite mais facilmente práticas anticompetitivas. Ademais, em se tratando do mercado farmacêutico, a concessão de patentes condiciona com facilidade a formação de oligopólios, eis que, através desse sistema, poucas empresas controlam esse mercado específico que, por sua vez, pode condicionar um mercado viciado (BRAGA; OBREGÓN, 2017).

Considerando que o acesso a medicamentos essenciais é um direito fundamental, equiparados inclusive à bens públicos, “faz-se necessário uma política de medicamentos para orientar e estabelecer os objetivos e estratégias a serem executados, e adequar o setor farmacêutico aos interesses da sociedade” (JANNUZZI; VASCONCELLOS; SOUZA, 2008, p. 1206).

Dessa forma, a existência dessas influências prejudicam essencialmente o acesso de medicamentos a população, condicionando e guiando o direito fundamental à saúde.

Assim, o licenciamento compulsório, ou “quebra de patente”, é notadamente reconhecido como o remédio jurídico para a flexibilização da exclusividade concedida ao detentor da patente - em casos de abuso do poder econômico, falta de exploração comercial, emergência nacional ou interesse público. Isto é, “consiste em decisão de autoridade pública de permitir um ou mais terceiros a fabricarem o bem usando a invenção patenteada sem autorização do titular” (MA-CKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 320).

A propriedade intelectual – em paralelo com a propriedade clássica – é essencial enquanto útil para a sociedade, na medida em que seu uso abusivo, desvinculado da sua função social, deve ser reprimido (BARBOSA, 2020, p. 20). Nesse sentido, entende-se que a intervenção estatal é necessária, especialmente visando a consecução dos interesses públicos e econômicos da sociedade (ARAÚJO, 2005, p. 54).

Não se pode olvidar que a ordem econômica está inserida no corpo constitucional, sendo imprescindível uma análise sistêmica que permita a interação entre seus dispositivos. Em outros termos, “a ordem econômica constitucionalizada no Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito a um conjunto de dispositivos que tem como princípio fundante a proteção e defesa da dignidade da pessoa humana” (GONÇALVES, 2018, p. 215).

No mesmo sentido, compreende-se que o funcionamento do mercado é acompanhado das suas próprias ineficiências e injustiças, o que, como defende Fernando Araújo, justifica a intervenção do Estado para corrigir todo tipo de perdas de eficiência resultantes do funcionamento espontâneo do mercado (ARAÚJO, 2005, p. 54).

Assim, justifica-se a intervenção do Estado somente quando atinente a correção das perdas de eficiência resultantes do funcionamento espontâneo do mercado. Entretanto, o questionamento a ser feito é em que medida a intervenção estatal regulatória no direito de propriedade intelectual, flexibilizando o direito de exclusividade das patentes e facilitando o acesso a medicamentos, se traduz no equilíbrio desejado.

A escolha não é evidente. De um lado encontra-se o incentivo ao desenvolvimento e as descobertas e evoluções tecnológicas, ou ainda a quebra dos ciclos econômicos, enquanto o direito de propriedade intelectual permanece inviolável, de outro lado, posiciona-se a intervenção estatal como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, a necessidade social do acesso aos medicamentos e a proteção da vida, e do direito à saúde.

Independente da escolha, não se pode decidir de forma descontextualizada, uma vez que o balanço proeficiente certamente está enraizado na análise de todos os cenários e resultados advindos daquela quebra de patente, centrados no contexto específico de determinada sociedade.

A análise distinta para cada caso é imprescindível, pois a determinação pelo licenciamento compulsório constante e irrestrito, por exemplo, pode, efetivamente, causar um bem-estar imediato em uma sociedade, na medida em que o acesso à medicamentos será maximizado e os indivíduos gozarão de maior proteção a sua saúde. Contudo, essa decisão pode condicionar o mercado a uma ineficiência a longo prazo e um desincentivo a busca por novas tecnologias.

As empresas farmacêuticas, cientes dos reiterados licenciamentos, e, conseqüentemente, internalizando a ausência de proteção ao direito de propriedade intelectual, podem não mais produzir novas invenções e novos medicamentos, sabendo que as externalidades negativas e os custos seriam superiores aos benefícios e proveitos advindos da pesquisa. Esse cenário tem a potencialidade de causar um prejuízo ainda maior para a sociedade do que aquele que existe pela falta de acesso a medicamentos.

Igualmente, ao analisar as patentes de medicamentos, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau ressaltam as complicações advindas do excesso ou da falta de licenciamentos compulsórios, questionando até que ponto permitem efetivamente que países em desenvolvimento estimulem pesquisas idôneas. Isto é, como estabelecido acima, pode ser indesejável a constante interferência na exclusividade concedida pelo sistema de patentes (fortalecimento do licenciamento compulsório), na medida que, a longo prazo, pode-se causar reflexos negativos no desenvolvimento do país (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 321).

Entretanto, por outro lado, os autores refletem quanto aos casos de Brasil e Índia, em que a aplicação irrestrita dos direitos de propriedade intelectual (enfraquecimento do licenciamento compulsório), diferente do que se espera, pode incentivar as indústrias farmacêuticas locais a privilegiar a pesquisa em países ricos e na perseguição do lucro, retirando-se do país.

Em outras palavras, necessário compreender (ou tentar compreender) os reflexos advindos da (in)utilização do licenciamento compulsório, uma vez que as suas conseqüências podem ser tão indesejadas quanto a falta de disponibilização de determinado medicamento no mercado.

Na busca de uma solução desejável (eficiente), é preciso ponderar sobre tantos quantos cenários forem necessários, baseando-se em uma análise de escassez, custos e benefícios quanto à determinada medida tomada.

A relação entre alternativas e conseqüências envolve considerações sobre os diferentes cursos de ação que se apresentam para o tomador de decisão e informação sobre a realidade (ou os “estados do mundo”) em que as ações podem ser empreendidas (LEAL, 2019, p. 21).

O instrumental analítico econômico pondera quanto aos custos e benefícios relativos à utilização de determinados instrumentos, como o licenciamento compulsório e o próprio sistema de patentes. Desta forma, alguns autores sugerem que os custos sociais gerados pelo sistema de patentes podem ser superiores aos benefícios gerados para a sociedade (MACHLUP, 2020, p. 42), na medida em que os incentivos entregues aos inventores são excessivos.

De igual forma, Robert Cooter e Thomas Ulen tecem outra crítica ao sistema de patentes questionando a eficiência do sistema como um todo, na medida em que dentro da corrida de desenvolvimento, apenas o inventor é beneficiado, enquanto todo investimento dos demais é desperdiçado em que, *“unlike the Olympics, patent law typically (but not always) has no silver medals — the second-place finisher often gets nothing”* (COOTER; ULEN, 2016, p. 127).

Verdadeiramente, não se pode negar que uma definição clara dos direitos de propriedade é desejável, assim como, a proteção das patentes e da exclusividade tem o condão de incentivar a busca por tecnologia e novas invenções, e assim o desenvolvimento econômico. Contudo, tomando como exemplo a necessidade de enfrentamento ao COVID-19, é preciso sempre ponderar

o reflexo de tais direitos frente aos interesses sociais, assim como do objetivo do Estado Social, que neste âmbito, proporciona o acesso a medicamentos e tratamentos sempre que necessário for.

Nada obstante, necessário lembrar que essa visão da função social derivada da essencialidade dos medicamentos, como propôs Calixto Salomão Filho, já encontra amparo em nossa legislação. O autor defende que a Lei de Propriedade Industrial claramente atribui aos detentores de patentes o dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais<sup>6</sup>, e a consequência de seu descumprimento é exatamente o rompimento do monopólio por meio do licenciamento compulsório (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 16).

Quer dizer, nos casos em que o mercado permanece abastecido e com preços condizentes, ainda que se trate de medicamentos e da indústria farmacêutica, deve-se proteger o sistema de patentes de forma a condicionar o incentivo ao surgimento e utilização de novas tecnologias, as quais têm o condão de romper com o estado “estacionário” da economia e iniciar o processo de desenvolvimento schumpeteriano. Nada obstante, nos casos em que tais parâmetros não são respeitados, o licenciamento compulsório deve ser o remédio utilizado para reestabelecer a concorrência.

Dentro destes pressupostos, conclui-se que a preservação do sistema de patentes é necessária e que o próprio licenciamento compulsório funciona como um sistema de freios e contrapesos, pois se trata de um instrumento excepcional para quando os preceitos legais não são cumpridos. Nesta hipótese, tem-se previamente o incentivo ótimo ao surgimento de novas invenções e o desenvolvimento de tecnologias, e *a posteriori*, em caso de violação, a flexibilização dos direitos de exclusividade.

Ainda que a conclusão deste estudo seja pela necessidade de cautela quanto à aplicação do licenciamento compulsório, sobretudo pelo fato de a própria legislação antever uma espécie de sistema de pesos e contrapesos à exclusividade econômica, é preciso compreender que a pandemia de COVID-19 tem exigido uma gama maior de esforços e soluções.

Nesse sentido, outras soluções que preservam a propriedade intelectual, os investimentos e incentivos à novas tecnologias, têm se mostrado viáveis na efetivação do combate a pandemia mundial, como licenciamento voluntário ou as múltiplas formas de acordos público-privado e privado-privado (RAPELA; SCHOTZ, 2020, p. 20), ou ainda a utilização de mecanismos de recompensas ou de sanções reputacionais (KOVAC; RAKOVEC, 2020, p. 37), dentre outros.

A harmonia entre o licenciamento compulsório e a exclusividade do sistema de patentes é a chave para desencadear o desenvolvimento econômico e tecnológico ótimo, e o seu encontro ocorre na análise profunda do caso específico e na compreensão das consequências que dela decorrem. Assim, talvez o remédio não seja tão amargo.

## CONCLUSÃO

O presente artigo, por utilizar o instrumento da AED, não tem o intuito de se posicionar quanto ao que é correto, errado, justo ou injusto, mas, sim, incentivar a utilização dos preceitos

---

<sup>6</sup> O artigo 68 da Lei de Propriedade Industrial prevê o licenciamento compulsório nos casos de abuso de poder econômico, e o parágrafo primeiro do mesmo artigo assegura a possibilidade da “quebra de patente” quando a utilização foi insuficiente para as necessidades nacionais.

e a aplicação do método juseconômico, discutindo as ideias atinentes ao licenciamento compulsório, função social das patentes, interesse público, desenvolvimento econômico, e as consequências atreladas às escolhas feitas em prol de uma eficiência maximizadora.

O caminho ótimo não se encontra nos extremos, mas no julgamento informado, em que a abordagem econômica possui maior qualidade para auxiliar o direito quanto a compreensão e previsão das consequências sociais de cada escolha, seja a favor do licenciamento compulsório ou em defesa da propriedade intelectual.

A resposta deve, necessariamente, levar em consideração os prováveis resultados e custos de cada opção.

A pandemia de COVID-19 tem apresentado uma nova realidade social, vive-se em um cenário de escolhas complexas e de soluções trágicas. Contudo, necessário pontuar que de nada adianta lançar-se ao futuro ou enraizar-se intensamente ao passado, se não for possível salvar-guardar o presente.

Os investimentos continuam sendo estrondosos na expectativa de se encontrar um enfrentamento ao COVID-19. Discussões quanto a necessária flexibilização ou proteção da propriedade intelectual relacionada às vacinas para o seu enfrentamento tem eclodido mundo a fora.

É preciso recordar que se trata de caso completamente excepcional. A pandemia possui caráter mundial e não são surpreendentes notícias que revelam a falta de vacinas suficientes para controlar a expansão do vírus em alguns países. Nesse sentido, não há outra expectativa, senão o fato de que a tecnologia seja amplamente compartilhada, e o tratamento produzido, distribuído e utilizado. Em razão do cenário mundial, pode-se defender, inclusive, a adoção do licenciamento voluntário como instrumento de responsabilidade social corporativa e de defesa da saúde pública acima do lucro empresarial.

Nada obstante, não se pode ignorar o fato de que a forma com que os governos mundiais, inclusive o brasileiro, lidarão com o caso do COVID-19 provavelmente será determinante na forma com que a indústria farmacêutica se portará futuramente em pesquisas de novos surtos virais. Todas as consequências precisam ser sopesadas, assim como os eventuais contrapesos.

Independente do remédio aplicado ao cenário do COVID-19, existem inúmeros outros casos que necessitam de cuidados, e como aqui se defende, certamente o tratamento não deve ser análogo. É imprescindível promover uma análise cuidadosa dos reflexos de eventual (in)viabilidade do sistema de patentes, envidando-se o surgimento de uma hanseníase econômica posterior causada pela ausência de novas pesquisas, novas tecnologias, novas invenções – refletindo negativamente sobre o desenvolvimento econômico do país.

Seja através das novas leis ou a criação de um novo sistema de incentivos, é preciso que permaneçamos apegados a racionalidade do pensamento jurídico, inclusive para as soluções propostas quanto a pandemia de COVID-19, na medida em que um cenário de estagnação do desenvolvimento pode ser tão prejudicial quanto aquele em que determinado medicamento não foi licenciado – ou até mais danoso.

Para tanto, conclui-se pela necessidade da busca por uma análise perfeita do caso concreto e a conciliação sinérgica entre o licenciamento compulsório e a preservação das patentes, atingindo, assim, o equilíbrio ideal e o resultado ótimo – o máximo desenvolvimento econômico-social-tecnológico e o máximo bem-estar social.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual. *Mark Lemley, Berkeley Technology Law Journal*, 2000.
- BIANCHI, P. C.; FREITAS, V. R. **A Quebra de Patentes sobre Medicamentos para Humanização da Justiça**. Departamento de Direito. Faculdades Integradas de Ourinhos. FIO/FEMM.
- BRAGA, Cristina Barros Brum; OBREGÓN, Marcelo F. Q. **O Direito Internacional Da Propriedade Intelectual: a relação da patente farmacêutica com o acesso a medicamentos**. *Revista Derecho y Cambio Social*. Jun./2017. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista051/O\\_DIREITO\\_INTERNACIONAL\\_DA\\_PROPRIEDADE.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista051/O_DIREITO_INTERNACIONAL_DA_PROPRIEDADE.pdf). Acesso em: 24 out. 2020.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 1171**, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147920>. Último acesso em: 07/05/2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 12**, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146245>. Último acesso em: 07/05/2021.
- BRASIL. **Lei n. 9.279/1996**. Lei da Propriedade Industrial.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual: A Relação da Patente Farmacêutica com o Acesso a Medicamentos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 843-874, jan./dez. 2008.
- CENTRE FOR ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHTS. "The Economics of Intellectual Property." Centre for the Economic Analysis of Property Rights. **Economics and Law Workshop Papers**, 83-08A. London, ON: Department of Economics, University of Western Ontario (1983). p. 04. Disponível em: [https://ir.lib.uwo.ca/economicsceapr\\_el\\_wp/19/](https://ir.lib.uwo.ca/economicsceapr_el_wp/19/). Último acesso em: 07/05/2021
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley Law Books. Book 2. 2016.
- DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoria de Los Derechos de Propiedad**. 1967, p. 1. Disponível em: [http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz\\_teoria-derechos-propiedad.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoria-derechos-propiedad.pdf). Último acesso em: 07/05/2021
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun., 2010.
- GONÇALVES. Oksandro O. A Ordem Econômica no Estado Democrático de Direito e a Teoria de Martha Nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. *In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL FRANCO-LUSO-BRASILEIRO*. A Teoria de Martha Nussbaum: Entre o Crescimento Econômico e o Desenvolvimento Humano. Ano 4, n. 5, pp. 211-232, 2018.
- JANNUZZI, Anna Haydée Lanzillotti; VASCONCELLOS, Alexandre Guimarães; SOUZA, Cristina Gomes de. Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, pp.1205-1218, jun. 2008.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research. Handbook of Public Economics, v. 3, Edited by A. J. Auerbach and M. Feldstein. Elsevier Science, 2002.

KLOH, Gustavo. Teoria econômica da propriedade e dos contratos. . *In*: PINHAR, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

KOVAC, Mitja; RAKOVEC, Lana. **COVID-19 Pandemic, Long-Term Incentives for Developing Vaccines and Infectious Disease Market**: IP Law under Stress. (October 13, 2020). p. 37. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3710888>. Último acesso em: 07/05/2021.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? *In*: PINHAR, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

MACHLUP, Fritz. **An Economic Overview of the Patent System**. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright of the Committee on the Judiciary, United States Senate. United States Government Printing Office, Washington, 1958. Disponível em: [https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System\\_Vol\\_3\\_3.pdf](https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_3_3.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane; **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARQUES, Marília Bernardes. Patentes farmacêuticas e acessibilidade aos medicamentos no Brasil. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 07-21, jun. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702000000200001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702000000200001&lng=pt&nrm=iso). Último acesso em: 07/05/2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702000000200001>.

MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. Teoria do Desenvolvimento Econômico de Schumpeter: Uma Revisão Crítica. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n. 8, ago. 1994.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. O Direito De Propriedade E A Eficiência Econômica. v. 19 n. 37 (2016): **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e de economia. *In*: PINHAR, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 292.

RAPELA, Miguel; SCHOTZ, Gustavo. Covid-19, Derechos de Propiedad Intelectual y Licencias Obligatorias. (COVID-19, Intellectual Property Rights and Compulsory Licenses) (June 11, 2020). **Revista Jurídica La Ley**, Tomo 2020-C, 11 de junio de 2020 ISSN 0024-1636. p. 21. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3631032>. Último acesso em: 07/05/2021.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Revista UNIFACS**, n. 160, pp. 1-17, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ**, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Property Law. **Harvard Law and Economics**. Discussion Paper n. 399, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=370029>. Acesso em: 25 jul. 2020.

VERDE, Lucas Henrique Lima; MIRANDA, João Irineu de Resende. **O futuro da propriedade intelectual no Brasil**: Análise Econômica do Direito sobre o Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

Submetido em: 27 abr. 2022.

Aceito em: 31 dez. 2022.

# ADMITE-SE A EXCLUSÃO NEGOCIAL DO DIREITO DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE CONCORRER À HERANÇA?

**Maria Vital da Rocha**

Universidade Federal do Ceará (UFC) e Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.

**Davi Guimarães Mendes**

Universidade de São Paulo (USP), São Paulo.

**Resumo:** Tem surgido no Direito civil brasileiro uma corrente interpretativa no sentido de a proibição aos pactos sucessórios não abrangeria a pré-exclusão ou exclusão negocial do direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança com descendentes ou ascendentes. Neste artigo, sustenta-se que a interpretação mais adequada do artigo 426 do Código Civil de 2002, inclusive em atenção à análise de Direito comparado dos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica que admitem e que proscrevem os pactos sucessórios, conduz à conclusão de que seguem proibidos no Direito civil brasileiro contemporâneo os acordos destinados a afastar o direito de concurso à herança.

**Palavras-chave:** Pactos sucessórios. Direito de concorrer à herança. *Pactum de non succedendo*.

*Is the negotiable exclusion of the right of spouses and partners to compete for the inheritance allowed?*

**Abstract:** An interpretative current has emerged in Brazilian civil law in the sense that the prohibition of succession pacts would not cover the pre-exclusion or negotiation exclusion of the right of spouses and partners to compete for the inheritance with descendants or ascendants. In this article, it is argued that the most appropriate interpretation of article 426 of the Civil Code of 2002, including in attention to the analysis of comparative law of legal systems of Roman-Germanic tradition that admit and proscribe succession pacts, leads to the conclusion that Agreements aimed at removing the right to contest the inheritance are still prohibited in contemporary Brazilian civil law.

**Keywords:** Succession agreements. Right to compete for inheritance. *Pactum de non succedendo*.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, em razão da ausência de modificação do texto legal relativo aos pactos sucessórios desde a vigência do Código civil de 1916, houve, em linhas gerais, pouco interesse da doutrina especializada em analisar detidamente tal matéria sob a égide do Código civil de 2002.

Mais recentemente, contudo, esta conjuntura sofreu uma importante alteração: diversos autores passaram a sustentar que seria admissível a exclusão negocial do direito dos cônjuges e companheiros de concorrer à herança com descendentes ou ascendentes, argumentando que, por uma série de fundamentos, a proibição genérica aos pactos sucessórios não incidiria neste caso específico.

Este artigo tem por escopo contribuir com esta discussão, propondo uma interpretação do artigo 426 do Código civil de 2002 destinada a responder este questionamento central: no sistema

de Direito privado brasileiro contemporâneo, admite-a exclusão negocial do direito de concurso à herança?

A título de esclarecimento preliminar ao leitor, ressalta-se que há o tratamento indistinto de cônjuges e companheiros ao longo do trabalho em razão da equiparação de ambos os regimes jurídicos, para fins sucessórios, em decorrência da decisão do Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG.

Adverte-se, igualmente, que não será objeto de discussão neste artigo – embora não se ignore a existência e a relevância deste debate – o direito ou não de os cônjuges ou companheiros optantes pelo regime da separação convencional de bens concorrerem à herança com ascendentes ou descendentes<sup>1</sup>. O problema enfrentado se insere em etapa posterior: se, uma vez admitido que determinado cônjuge ou companheiro teria direito, ao menos em princípio, ao concurso hereditário, seria negocialmente possível pré-excluir ou excluir tal posição jurídica.

## 1. CERNE DO PROBLEMA: RENÚNCIA, PROMESSA DE RENÚNCIA OU MODIFICAÇÃO DE ESTATUTO JURÍDICO SUCESSÓRIO?

Aferir a possibilidade de, mediante negócio jurídico, afastar o direito do cônjuge ou companheiro de concorrer à herança, exige, antecedentemente, que se esclareça no que consiste tal negócio, a fim de que assim seja possível avaliar detidamente a sua validade.

Essa tarefa de delimitação do objeto de estudo, valiosa para a generalidade das discussões científicas, revela-se especialmente importante em relação à temática sob análise, em razão da dissonância entre as explicações acerca da natureza, objeto e efeitos dos acordos concernentes ao direito de concurso hereditário – não raro identificadas até mesmo entre trechos de mesma autoria.

Embora na generalidade dos casos se adote a expressão “renúncia à herança”<sup>2</sup>, aqueles que se debruçam sobre este problema o identificam ora como uma renúncia prévia à futura herança<sup>3</sup>, ora como uma renúncia ao direito do cônjuge ou companheiro de concorrer à herança<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Debatendo tal temática: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, n. 24, p. 205-228, out./dez., 2005; COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>2</sup> MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. *Revista IBDFAM: Famílias e sucessões*, v. 27, p. 9-58, maio/jun., 2018; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? *Revista IBDFAM: Famílias e sucessões*, v. 31, p. 9-21, jan./fev., 2019; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos Horizontes para os Pactos Sucessórios no Brasil. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, ano 5, n. 28, p. 5-30, jan./fev., 2019; ASSUMPÇÃO, Gabriela Franco Maculan; ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. O pacto antenupcial e a renúncia à herança. *Revista IBDFAM: Famílias e sucessões*, v. 36, nov./dez., 2019; PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge: contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII. *Julgare Online*, maio, 2018, p. 1-10.

<sup>3</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 26. “Um primeiro ponto é que a proibição de “contrato” permite inferir que a renúncia à herança estaria permitida no direito brasileiro, já que renúncia é ato unilateral de vontade, arbitrário, emanado dos poderes dispositivos de quem é sujeito de um direito legalmente reconhecido. Manifestação de vontade livre e espontânea de dispor de um direito que é seu. Não existe qualquer restrição à renúncia de direitos futuros.”. No mesmo sentido: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado*, v. 72, p. 169-194, dez., 2016, p. 174; PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Op. cit. p. 5.

<sup>4</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 27. “Sob esse olhar atento é que se deve fazer a leitura do art. 426, quando dispõe que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Assim, a

É possível cogitar, ainda, de outras perspectivas não identificadas nas obras analisadas: a promessa de renúncia à herança futura ou a modificação do estatuto jurídico sucessório do cônjuge ou companheiro.

É indene de dúvidas que ressaem similaridades entre as conceituações indicadas, sobretudo de ordem prática: em todas, o propósito almejado é evitar que o cônjuge ou companheiro do falecido figurem no rol de herdeiros em concurso com os filhos ou descendentes deste. Elas guardam, no entanto, inafastáveis distinções de conformação jurídica, motivo pelo qual se faz necessário esclarecer no que cada uma consiste, bem como qual será analisada neste artigo.

A renúncia à herança, embora submetida a regime jurídico próprio no tocante, por exemplo, ao seu requisito formal de validade<sup>5</sup> e à vedação a seu caráter parcial<sup>6</sup>, não discrepa, sob o aspecto estrutural, dos negócios jurídicos de renúncia em geral.

A renúncia é negócio jurídico unilateral de caráter dispositivo e abdicativo.

É unilateral, pois seu suporte fático é composto por apenas uma declaração negocial<sup>7</sup>. É dispositiva, pois separa do patrimônio jurídico de seu então titular uma posição jurídica preexistente<sup>8</sup>. É, finalmente, abdicativa, pois compreende a disposição de posição jurídica sem que o seu titular a atribua a outrem<sup>9</sup>.

Aqueles que compreendem que os negócios jurídicos pelos quais se afastaria o direito de cônjuges ou companheiros de concorrer à sucessão consistiriam em renúncias prévias à herança vindoura ora não esmiuçam seu posicionamento<sup>10</sup>, ora sustentam a possibilidade de renúncia a direitos futuros, e, por corolário, a sua aplicabilidade à futura herança<sup>11</sup>.

É de se perquirir, portanto: é vislumbrável, ao menos em tese, a renúncia prévia a uma herança futura?

A resposta é negativa: em linguagem jurídica técnica – excluída da análise, portanto, a utilização do termo “renúncia” em acepções coloquiais –, não se pode cogitar de renúncia<sup>12</sup> a posição jurídica ainda não incorporada ao patrimônio jurídico<sup>13</sup>, e, mais especificamente, de renúncia a herança futura<sup>14</sup>.

---

pactuação sobre o acervo de bens ou sobre bens determinados e que integrariam a “herança” estariam vedadas. Mas não o estariam a renúncia ao direito de suceder alguém ou, ainda, a renúncia ao direito concorrencial pelo cônjuge ou pelo companheiro”. No mesmo sentido: MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 48.

<sup>5</sup> Art. 1.806 do CC/2002. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

<sup>6</sup> Art. 1.808 do CC/2002. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo. (...)

<sup>7</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268.

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 5. p. 385-386.

<sup>9</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 2012. p. 220.

<sup>10</sup> PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Op. cit. p. 5.

<sup>11</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 26. *Vide* nota de rodapé 8, em que houve a transcrição do trecho relevante.

<sup>12</sup> Embora se possa cogitar de outros negócios jurídicos dispositivos que recaiam sobre posições jurídicas ainda não existentes, porém derivadas de outras existentes. É o caso da constituição de usufruto, pelo qual se transmite uma posição jurídica ainda não existente (a de usufrutuário), porém derivada de outra já existente e titularizada (a de proprietário).

<sup>13</sup> VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 245-246.

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 55. p. 114. “Renúncia somente há se já foi aberta a sucessão (= se já faleceu o decujo). Não há renúncia prévia ou anterior à morte do decujo.”

Compreender tal impossibilidade depende de uma prévia explicação – breve que seja, para não fugir ao limitado escopo deste artigo – acerca da distinção entre negócios jurídicos dispositivos e obrigacionais<sup>15</sup>.

Nos negócios jurídicos dispositivos – de que é exemplo a renúncia<sup>16</sup> –, os agentes não contraem obrigações<sup>17</sup>, respeitada a hipótese de preenchimento do suporte de outros fatos jurídicos geradores de obrigações<sup>18</sup>, apenas separando uma posição jurídica até então por si titularizada e a direcionando a outrem (eficácia atributiva) ou apenas a perdendo (eficácia abdicativa)<sup>19</sup>.

Diferentes são os negócios jurídicos obrigacionais – de que é exemplo a promessa de renúncia, a seguir tratada –, pelos quais há a atribuição de posições jurídicas originárias aos agentes<sup>20</sup>, sejam elementares ou complexas<sup>21</sup>.

É valiosa tal distinção, pois dela advém a constatação de que a renúncia apenas pode recair sobre uma posição jurídica já titularizada, eis que não se pode separar do patrimônio jurídico aquilo que não o integra. Para se renunciar a uma posição jurídica é necessário, pois, que esta já exista, ainda que como direito expectativo<sup>22</sup>, mas jamais como mera expectativa de direito<sup>23</sup>, caso da herança futura<sup>24</sup>.

Ressalta-se que, em casos de outros negócios jurídicos dispositivos – a transmissão de um bem ou a cessão de um crédito<sup>25</sup>, por exemplo – existe a possibilidade de pós-eficacização<sup>26</sup>, e o negócio jurídico dispositivo concluído por quem não era titular da posição jurídica, inicialmente ineficaz, adquire a eficácia pretendida tão logo o agente passe a titularizá-la. Tal fenômeno não aproveita, contudo, à renúncia, pois opera sempre em tutela ao interesse de terceiros<sup>27</sup>, não tendo lugar em caso de negócio unilateral e abdicativo como a renúncia.

---

<sup>15</sup> VON TUHR, Andreas. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1957, v. 2, t. 1. p. 250.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 5. p. 385-386; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Op. cit. p. 220; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. Op. cit. p. 246.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 387. “O que se obriga, aí não renuncia (...)”.

<sup>18</sup> Imagine-se, por exemplo, o caso de alguém que renuncia ao direito material discutido em juízo, e, por isso, deve arcar com as despesas processuais. Tal dever não decorre da renúncia em si, mas de outro fato jurídico – a norma que regula a responsabilidade pelas despesas processuais.

<sup>19</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Op. cit. p. 220.

<sup>20</sup> VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. Op. cit. p. 246-247.

<sup>21</sup> Aprofundando o estudo das posições jurídicas elementares – ilustrativamente, a pretensão ou o dever – e das posições jurídicas complexas – por exemplo, o direito subjetivo ou o poder funcional: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1919; LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Trad. e adapt. Alcides Tomasetti Jr. Milano: Giuffrè, 1981.

<sup>22</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 402. Há de se respeitar, contudo, as vedações legais pontuais à disposição de certos direitos expectativos, a exemplo dos dividendos ainda não distribuídos. A esse respeito: MENEZES CORDEIRO, António. *Código das sociedades comerciais anotado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 970 e ss.

<sup>23</sup> Acerca da diferença entre expectativa de direito e direito expectativo ou eventual, a qual foge aos propósitos deste trabalho:

<sup>24</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 348-349.

<sup>25</sup> Ou mesmo a cessão da herança futura, caso se admita a sua possibilidade. Realizando tal exercício hipotético, embora conclua pena impossibilidade de referida cessão no direito brasileiro então vigente, Pontes de Miranda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 128.

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 125-126.

<sup>27</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 4. p. 198; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-84.

Em linguagem jurídica técnica, não há, portanto, na hipótese analisada, renúncia à herança, pois não se pode dispor daquilo que ainda não existe, e, antes da morte, não existe qualquer direito – ainda que expectativo – à herança.

Embora seja possível se *obrigar* a renunciar uma posição jurídica quando vindouramente esta for titularizada, não é possível *dispor abdicativamente* – em outros termos, renunciar – de tal posição jurídica enquanto esta não for titularizada.

Os mesmos óbices indicados não se revelam, consoante já antecipado, caso se faça alusão a um negócio jurídico obrigacional: uma promessa de renunciar à herança futura, ou, ainda, uma semelhante obrigação inserida em contrato.

Não se verificam tais atecnias, ademais, ao menos não identicamente, na hipótese de se fazer menção à renúncia ao direito de herdar. Nesse caso, apenas se teria de cogitar de um ato posterior à aquisição do direito sucessório – no caso do cônjuge, após o casamento, e do companheiro, após o início da convivência.

É semelhantemente inviável, contudo, avençar tal renúncia em pacto antenupcial<sup>28</sup>, o qual possivelmente – caso assim se admita, questão a ser estudada neste artigo – modificaria o estatuto jurídico sucessório do cônjuge ou companheiro, assim pré-excluindo o direito à herança, o que não pode se confundir a com renúncia.

A renúncia, como já exposto, é negócio jurídico que diz respeito sempre a posição jurídica já existente e titularizada, ao passo que a pré-exclusão, embora lhe seja similar nos efeitos práticos, insere-se comumente ainda no mundo fático<sup>29</sup>, sobretudo no momento de definição do conteúdo da declaração negocial<sup>30</sup>.

Tratando especificamente do direito sucessório, e, mais especificamente, dos *pacta de non succedendo*, Guilherme Braga da Cruz nota tal impropriedade, e, embora continue a fazer uso do termo “renúncia”, explica que, a rigor, não se está a extinguir direito, e sim a alterar o direito hereditário ou sucessório de quem o conclui<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Sustentando a sua possibilidade, sem enfrentar os óbices apresentados: DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 27; MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 48.

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 5. p. 387. “Discute-se se se de renúncia a relação jurídica pela qual alguém pré-elimina o nascimento de direito, pretensão, ou ação, ou exceção, se, sem essa pré-exclusão, o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção nasceria (= haveria suporte fático suficiente para que o fato jurídico se produzisse, e nêle se contivesse, ou dêle decorresse o direito, pretensão, ação ou exceção). Em verdade, de regra ainda se está no mundo fático.”

<sup>30</sup> A expressão “conteúdo da declaração negocial” faz referência a todo o conteúdo “querido sem ajuda da lei”, isto é, todo aquele que foi inserido pelas próprias partes na declaração negocial, desconsiderando aqueles inseridos na regulação negocial por força da lei, a exemplo dos elementos categoriais. A esse respeito: BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 374-379; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 3. p. 407-410; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136-137; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-46.

<sup>31</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 60, p. 93-120, 1965. p. 95. “O pacto renunciativo ou “de non succedendo” é aquele em que um dos contraentes renuncia à sucessão do outro. Apresenta, juridicamente, a mesma natureza mista do anterior: é um contrato, um acto jurídico bilateral, e, portanto, em princípio, irrevogável; mas é, ao mesmo tempo, um acto de direito hereditário ou sucessório, que, rigorosamente, não cria, nem extingue, nem transfere, de momento, qualquer direito.”

Também no direito alemão – em que, aliás, é autorizada a exclusão negocial de direitos hereditários<sup>32</sup> –, a doutrina interpreta que o que ocorre não é a renúncia a um direito existente, e sim a pré-exclusão do direito hereditário eventualmente surgido no futuro<sup>33</sup>.

Os mesmos autores que, no Brasil, sustentam a possibilidade de renúncia a direitos sucessórios em pacto antenupcial ou de convivência incorrem em erro semelhante ao afirmar que, mediante tais instrumentos, haveria a renúncia à meação<sup>34</sup>. A opção por um ou outro regime de bens não se confunde, todavia, com uma renúncia à meação, tratando-se, na realidade, de definição das regras do estatuto familiar patrimonial pela qual, semelhantemente, pode haver pré-exclusão de direito, mas não renúncia<sup>35</sup>.

Apesar de se poder admitir, em tese, a alusão a uma “renúncia aos direitos sucessórios”, opta-se por tratar da questão apenas sob o escopo mais geral da modificação do estatuto jurídico sucessório, seja porque a doutrina que tem tratado da matéria tem se debruçado sobre a temática estudada principalmente no âmbito dos pactos antenupciais<sup>36</sup> – em que, repita-se, não poderia haver renúncia ao direito concorrencial, assim como não há renúncia à meação, senão eventual pré-exclusão –, seja porque as conclusões de uma aproveitam à outra, pois uma renúncia aos direitos sucessórios constituiria, invariavelmente, alteração do estatuto jurídico sucessório.

Em um primeiro esforço de síntese, tem-se, pois, que duas seriam as principais conformações jurídicas possíveis, em princípio, para a exclusão negocial do direito concorrencial de cônjuges e companheiros: a promessa de renúncia à herança futura<sup>37</sup> e a modificação do estatuto jurídico sucessório.

No entanto, não parece haver dúvidas, mesmo entre os defensores da possibilidade de afastar o direito do cônjuge ou companheiro de concorrer à herança, de que a conclusão de negócios jurídicos acerca do próprio acervo da herança, antes do falecimento do autor desta, encontraria óbice na vedação do artigo 426 do CC/2002.

Ao interpretar o alcance da norma proibitiva advinda do mencionado dispositivo legal, tais autores esclarecem que a proibição aos pactos sucessórios apenas alcançaria aqueles que versassem sobre o quinhão ou bens determinados da herança, não alcançando, em razão disso, a renúncia aos direitos sucessórios<sup>38</sup> – isto é, a alteração do estatuto jurídico sucessório do cônjuge ou companheiro.

---

<sup>32</sup> Vide nota de rodapé 89.

<sup>33</sup> QUANTIUS, Markus. *Die Aufhebung des Erbverzichts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. p. 15.

<sup>34</sup> MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 48; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 28.

<sup>35</sup> Incorrendo em semelhante equívoco, ao confundir pré-exclusão de direito e renúncia a este, mas relativamente a outras normas: DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 26. É de se esclarecer que a circunstância de o enunciado legal se valer atecnicamente de uma expressão não constitui autorização para que a doutrina especializada repita o equívoco. Nesse sentido, corrigindo tal equívoco de terminologia: ZANETTI, Cristiano de Sousa. Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 704. “Com a expressão ‘renúncia antecipada’, o Código Civil refere-se à exclusão dos direitos que o aderente naturalmente teria com a celebração do contrato, mas que lhe foram subtraídos pelas cláusulas estipuladas pelo predisponente. A terminologia é equívoca. A rigor, só se pode renunciar àquilo que já se possui. Na verdade, o texto legal cuida da privação de direitos que o aderente naturalmente teria, não fosse a inserção de cláusulas em sentido contrário.”

<sup>36</sup> Por exemplo: MADALENO, Rolf. Op. cit.; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit.

<sup>37</sup> Ao se fazer menção à “promessa de renúncia” não se pretende excluir a obrigação de renunciar eventualmente inserida em acordo ou contrato, isto é, em negócios jurídicos bilaterais.

<sup>38</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 27. “Sob esse olhar atento é que se deve fazer a leitura do art. 426, quando dispõe que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Assim, a pactuação sobre o acervo de bens ou sobre bens determinados e que integrariam a “herança” estariam vedadas. Mas não o estariam a renúncia ao direito de suceder alguém ou, ainda, a renúncia ao direito concorrencial pelo cônjuge ou pelo companheiro.” No mesmo sentido: MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 35.

Existe, é bem verdade, argumento no sentido de que a ordem jurídica apenas proscreveria contratos sobre herança de pessoa viva, não alcançando negócios jurídicos unilaterais<sup>39</sup>.

Trata-se, no entanto, de compreensão que parece desprovida de sentido, pois em larga medida esvaziaria a norma.

Ora, caso apenas fossem proscritos os *contratos* cujo objeto é a sucessão de pessoa viva, bastaria que o herdeiro interessado se valesse de promessa de contratar irrevogável – negócio jurídico inequivocamente unilateral<sup>40</sup> – e que sua contraparte exercitasse seu direito formativo gerador apenas após o falecimento, fugindo assim à proibição legal.

Não é este, todavia, o caso, e desde há muito se interpreta que a norma proibitiva decorrente do enunciado do artigo 1.089 do CC/1916 e do artigo 426 do CC/2002 alcança todos os negócios jurídicos<sup>41</sup>.

Feitos esses esclarecimentos, tem-se que também a promessa de renunciar à herança não sobrevive a um teste preliminar de adequação, pois, embora não incorra nos mesmos óbices técnicos apresentados anteriormente relativamente a outras figuras, trata-se de negócio que manifestamente é eivado de nulidade<sup>42</sup>.

Resta, por conseguinte, e dela se ocupará no restante deste artigo, a última hipótese apresentada: a modificação do estatuto jurídico sucessório do cônjuge ou companheiro para fins de pré-exclusão do direito de concorrer à herança.

Consoante demonstrado, embora se verifique certa confusão terminológica e algum embaralhamento com figuras diversas, em linhas gerais os autores sustentam que a elisão do direito concorrencial de cônjuges e companheiros passaria exatamente por meio de uma renúncia (*recitius*: pré-exclusão) a tal posição jurídica.

Identifica-se, ainda, tal pré-exclusão de posição jurídica com a figura do *pactum de non succedendo*<sup>43</sup>, aproximação que se mostra oportuna, em razão de o objeto de ambos ser em tudo semelhante: o regramento de certas questões relativas ao direito sucessório<sup>44</sup> para evitar o surgimento de alguma posição jurídica relativa a ela<sup>45</sup>.

O cerne do problema enfrentado neste trabalho é, conseqüentemente, a análise do *pactum de non succedendo* relativo ao direito concorrencial de cônjuges e companheiros, notadamente para aferir a sua validade, à luz do previsto no artigo 426 do CC/2002.

Passa-se a tal tarefa através do exame do principal argumento suscitado pelos autores que defendem ser possível tal elisão do direito de concorrer à herança: a de que ele não atribuiria aos

<sup>39</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 26.

<sup>40</sup> A respeito de tal figura: GOMES, Orlando. Negócios preparatórios. *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, n. 145, p. 141-146, 1987, p. 141-142.

<sup>41</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 38, p. 225. “Estatui o Código Civil, art. 1.089: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. A regra jurídica, a despeito dos dois termos empregados “contrato” e “herança”, tem de ser entendida como se estivesse escrito: “Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva”.”. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. Arts. 421 a 480. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5, p. 143.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 55, p. 114. “Não há renúncia prévia ou anterior à morte do de cujus. Nem vale promessa de renúncia.”.

<sup>43</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. Op. cit. p. 95; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. Op. cit. p. 174; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 9.

<sup>44</sup> CRUZ, Guilherme Braga da. Op. cit. p. 95

<sup>45</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. Op. cit. p. 174.

Admite-se a exclusão negocial do direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança?

cônjuges e companheiros a qualidade de herdeiros, senão de meros “sucessores *ex lege*” ou “legatários *ex lege*”.

## 2. CONCURSO À HERANÇA: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL OU DIREITO SUCESSÓRIO QUE ATRIBUI A QUALIDADE DE HERDEIRO?

O principal argumento tendente a afastar a vedação geral aos pactos sucessórios no caso específico *pactum de non succedendo* celebrado para elidir o direito de concorrer à herança com ascendentes ou descendentes é o de que os cônjuges e companheiros sobreviventes não seriam herdeiros próprios ou necessários, mas “sucessores *ex lege*”, tratando-se o direito de concurso um “benefício vidual” de natureza assistencial, e não sucessória<sup>46</sup>.

Todavia, tal entendimento parece decorrer, em grande medida, de uma grave falha de emprego do método de estudo comparatista.

Isso porque, ao formular o seu argumento de que o cônjuge não seria herdeiro, senão legatário *ex lege*, verifica-se que o autor brasileiro que figura como principal expoente dessa ideia<sup>47</sup>, e é citado pelos demais autores que se filiam a tal compreensão<sup>48</sup>, faz referência a uma obra que trata do Direito italiano em sua edição elaborada em 1926<sup>49</sup>, embora seja citada sua tradução espanhola posterior, de 1978<sup>50</sup>.

Ocorre que, ao tempo de sua original formulação, ainda era vigente o Código civil do Reino da Itália, de 1865, no qual, sem dúvidas, o cônjuge não era herdeiro quando em concurso

---

<sup>46</sup> MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 20 e ss; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 27-28.

<sup>47</sup> MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 20. “Herdeiro é quem sucede a título universal, ou sobre uma quota deste universo de bens e tanto durante a regência do Código Civil de 1916 como na vigência do Código Civil de 2002, naquele Código com o usufruto vidual e neste pelo direito concorrencial, o cônjuge ou convivente viúvos e beneficiários adquirem um direito concedido causa mortis, um legado adicional e ex lege, conferido por força de lei, assim como por força de lei era o legado ex lege ao usufruto vidual.

Roberto de Ruggiero comentando análogo sistema existente no Direito italiano questionava se poderia ser atribuída a qualidade de herdeiro ao cônjuge destinatário de uma quota de usufruto e não de propriedade e qual seria, portanto, a natureza jurídica deste direito de usufruto e interrogava ainda, se o cônjuge viúvo seria herdeiro no caso de concorrência, respondendo ele nos seguintes termos:

‘Herdeiro é quem sucede em universum ius do defunto ou em uma quota do mesmo; quem tem o usufruto de todos ou de parte dos bens não sucede na totalidade, senão em uma relação singular; a qualidade de herdeiro, uma vez adquirida, é perpétua e inelével; a de usufrutuário, em câmbio, é essencialmente temporal; a lei não fala de herança do cônjuge, senão dos direitos a ele atribuídos. É, pois, um legatário ex lege, e como tal, não tem *saisine* hereditária nem responde pelas dívidas *ultra vires hereditatis*; assim que não necessita recorrer ao benefício de inventário’ (...).”

<sup>48</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 27-28. “Nessa perspectiva, não se pode extrair do art. 426 qualquer argumento, minimamente defensável, apto a obstar, ao menos, a renunciados direitos sucessórios concorrenciais dos cônjuges ou companheiros, em pacto antenupcial ou convivencial, até por se tratar de “um benefício sucessório vidual de conteúdo assistencial”, como lembra Rolf Madaleno.”

<sup>49</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto civile*. 4. ed. Milano: G. Principato, 1926, v. 2.

<sup>50</sup> Essa é a edição referenciada: RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*. 4. ed. Madrid: Reus, 1978, v. 2, t. 2.

com descendentes do falecido, mas sim usufrutuário de uma fração da herança<sup>51</sup>, direito o qual foi interpretado pela doutrina italiana de então como legado de usufruto *ex lege*<sup>52</sup>.

Disso decorre a posição de Roberto de Ruggiero de que o cônjuge seria legatário *ex lege*, e não herdeiro, a qual permanece mesmo nas edições atualizadas mais recentes de sua obra, as quais foram elaboradas antes da modificação do tratamento legislativo dessa questão<sup>53</sup>.

A disciplina legal mencionada foi mantida na redação original do Código civil italiano de 1942<sup>54</sup>, mas sofreu alteração legislativa em 1975<sup>55</sup>, momento a partir do qual foi alcançado o regramento até hoje vigente no Direito italiano: o cônjuge é herdeiro em concurso com descendentes<sup>56</sup> ou ascendentes<sup>57</sup>.

Atualmente, não há controvérsia na Itália acerca de qual seria a natureza jurídica do direito do cônjuge sobrevivente quando ainda vivos ascendentes ou descendentes do falecido: ele é herdeiro<sup>58</sup>.

Essa evolução legislativa, aliás, não é em nada estranha ao Direito brasileiro.

<sup>51</sup> Articolo 753 del Codice civile del Regno d'Italia: Quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge. (...)

Tradução livre: “Artigo 753 do Código civil do Reino da Itália: Quando o cônjuge falecido tiver filhos legítimos sobreviventes, o outro cônjuge tem usufruto de uma porção hereditária igual à de cada filho, incluindo o cônjuge no cálculo do número de filhos.”.

<sup>52</sup> BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. 2. ed. Torino: UTET, 1949. p. 911.

<sup>53</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. rinnovata da Fulvio Maroi secondo il nuovo codice. Milano: G. Principato, 1954, v. 1.

<sup>54</sup> Articolo 581 del Codice civile italiano del 1942 (Redação original): Concorso del coniuge con figli legittimi e naturali. Quando col coniuge concorrono figli legittimi, soli o con figli naturali, il coniuge ha diritto all'usufrutto di una quota di eredità.

L'usufrutto è della metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e di un terzo negli altri casi. (...).”

Tradução livre: “Artigo 581 do Código civil italiano de 1942 (Redação original): Concurso do cônjuge com filhos legítimos ou naturais. Quando com o cônjuge concorrem filhos legítimos, sozinhos ou com filhos naturais, o cônjuge tem direito ao usufruto de uma parte da herança.

O usufruto é da metade da herança, se à sucessão concorre apenas um filho, e de um terço nos demais casos.”.

<sup>55</sup> A través da *Legge n. 151 del 19 maggio 1975*.

<sup>56</sup> Articolo 581 del Codice civile italiano del 1942 (Redação atual): Concorso del coniuge con i figli. Quando con il coniuge concorrono figli, il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi.

Tradução livre: “Artigo 581 do Código civil italiano de 1942 (Redação atual): Concurso do cônjuge com os filhos. Quando com o cônjuge concorrem filhos, o cônjuge tem direito à metade da herança, se à sucessão concorre com apenas um filho, e a um terço nos outros casos.”.

<sup>57</sup> Articolo 582 del Codice civile italiano del 1942 (Redação atual): Concorso del coniuge con ascendenti, fratelli e sorelle. Al coniuge sono devoluti i due terzi dell'eredità se egli concorre con ascendenti o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri. In quest'ultimo caso la parte residua è devoluta agli ascendenti, ai fratelli e alle sorelle, secondo le disposizioni dell'articolo 571, salvo in ogni caso agli ascendenti il diritto a un quarto dell'eredità.

Tradução livre: “Artigo 582 do Código civil italiano de 1942 (Redação atual): Concurso do cônjuge com ascendentes, irmãos e irmãs. Dois terços da herança são devolvidos ao cônjuge se ele concorrer com ascendentes ou com irmãos e irmãs, mesmo que unilaterais, ou com ambos. Neste último caso, a parte residual é devolvida aos ascendentes, irmãos e irmãs, nos termos do artigo 571, resguardado em qualquer caso para os ascendentes o direito a um quarto da herança.”.

<sup>58</sup> RUPERTO, Cesare. *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*. Milano: Giuffrè, 2012, v. 2. p. 755 e ss.

Isso porque, através da Lei nº 4.121 de 1962 – o “Estatuto da Mulher Casada” –, foi acolhido o regramento italiano vigente naquela época, passando a ser previsto em favor do cônjuge viúvo o direito ao usufruto de uma fração dos bens do falecido quando em concurso com descendentes ou ascendentes<sup>59</sup>.

Essa inspiração legislativa não passou despercebida pela doutrina brasileira de então, a qual também passou a sustentar, na esteira dos autores italianos, que tal direito de usufruto viudal consistia em legado de usufruto de origem legal, sendo o cônjuge sobrevivente, portanto, legatário *ex lege*<sup>60</sup>.

Embora com certo atraso, em muito devido à demora na sua tramitação, a legislação brasileira acompanhou as alterações legislativas italianas, e, no Código civil de 2002, foi acolhida a disciplina da *Legge n. 151 del 19 maggio 1975*, e houve a previsão de que o cônjuge sobrevivente seria herdeiro – e não mais legatário de usufruto *ex lege* – quando em concurso com descendentes ou ascendentes<sup>61</sup>.

Não há, portanto, qualquer margem interpretativa no Direito civil brasileiro vigente – assim como não há, desde 1975, no Direito civil italiano, de onde se colheu inspiração a respeito dessa matéria – para considerar que o cônjuge ou o companheiro seriam “sucessores *ex lege*”<sup>62</sup> ou legatários *ex lege*.

É importante ressaltar que a conceituação mais adequada de herdeiro segundo a tradição romano-germânica é de que ele é aquele que continua, toma o lugar – sucede, portanto – o falecido em suas relações jurídicas, tanto ativas quanto passivas, diferentemente do legatário, que é mero adquirente de bens, e não continuador patrimonial<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Artigo 1.611 do Código civil de 1916 (Redação conferida pela Lei nº 4.121 de 1962): Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”. (...)

<sup>60</sup> CHAVES, Antônio. O usufruto viudal instituído pela Lei n. 4.121 de 27.08.1968. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 68, p. 383-422, 1973. p. 403. “Teve oportunidade de salientar o relator, des. Silvio Cerqueira, que o dispositivo, incluído no Código em razão do art. 11 da Lei 4121, consagrou um direito que a doutrina denominara de “legado *ex lege*”, conforme Barbero (*Diritto Privato Italiano*, p. 911) e Trabucchi (*Diritto Civile*, p. 871).”.

<sup>61</sup> Artigo 1.829 do Código Civil de 2002: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (...)

<sup>62</sup> Expressão, aliás, que é criticável já na sua formulação, por não esclarecer qual seria a diferença entre um “sucessor *ex lege*” e um herdeiro.

<sup>63</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas da vontade e as supra individualistas da família. Herdeiro e Legatário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 95, p. 273-281, 2000. p. 281. “Como quer que seja, em síntese, independentemente de se tratar de sucessão legítima ou testamentária, entende-se, no Direito brasileiro, por herdeiro, não propriamente que continua a *pessoa* do falecido, como sustentavam antigos autores franceses – o que, hoje, tem conotações surrealistas –, nem exatamente quem é “sucessor a título universal” – qualificação que se torna ambígua nos casos do herdeiro *ex re certa* e da partilha testamentária e, ainda, no legado de direitos hereditários –, mas sim, quem, tomando o lugar do *de cujus* no patrimônio (ativo e passivo), surge como *continuador das relações jurídicas deixadas*. (...) [D]iferentemente, o legatário recebe bens ou vantagens circunscritos; perante terceiros, o legatário é mero adquirente de bens; não é continuador patrimonial do *de cujus*.”.

Inexiste, portanto, diferentemente do sustentado por alguns autores<sup>64</sup>, qualquer relação conceitual entre a situação jurídica de herdeiro – ou ao instituto da herança, mais amplamente – com a previsão de determinados requisitos legais para que seja verificada.

Isto é: a circunstância de o legislador ter previsto que, a depender do regime de bens, haveria ou não direito à herança, é totalmente irrelevante para aferir se o cônjuge ou companheiro são ou não herdeiros. Está a se tratar, neste ponto, tão somente dos elementos do suporte fático da norma definidora do estatuto jurídico sucessório, e não dos efeitos desta após a sua incidência, dentre os quais a atribuição da qualificação de herdeiro àqueles que se enquadram nas hipóteses legais.

Neste ponto, é importante chamar a atenção para a circunstância de que, no Direito brasileiro, é possível até mesmo a instituição condicional de herdeiros através de testamento<sup>65</sup>, hipótese na qual é ainda mais incerta a atribuição ou não do estado de herdeiro, mas na qual não se verifica a contestação a respeito da posição de herdeiro, até mesmo pela literalidade da previsão legal.

Este é o caso, atualmente, dos cônjuges e companheiros, os quais, quando em concurso com ascendentes ou descendentes, não têm qualquer diferença de tratamento pertinente à sucessão nas relações jurídicas ativas e passivas do falecido. Não parece haver dúvidas, por exemplo, de que o cônjuge ou companheiro não têm precedência em relação aos descendentes ou ascendentes com os quais concorrem para requerer os frutos dos bens componentes do acervo hereditário, como teriam caso fossem legatários<sup>66</sup>.

Sendo assim, tem-se que a posição que identifica nos direitos hereditários do cônjuge ou do companheiro, quando em concurso com descendentes ou ascendentes, uma natureza jurídica diversa daquela dos demais herdeiros, não se adequa minimamente à ordem jurídica brasileira atual, decorrendo, a bem da verdade, de um mau emprego do método de Direito comparado, alheio a considerações elementares a exemplo da verificação do período no qual foram elaboradas as obras referenciadas na doutrina estrangeira ou de qual seria a disciplina legal vigente ao tempo.

### **3. ESFORÇO DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 426 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: É ADMITIDO OU NÃO *PACTUM DE NON SUCEDENDO* NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA VIGENTE?**

Embora afastado o argumento de que a exclusão negocial do direito de concorrer à herança seria possível porque este não atribuiria aos seus titulares a qualidade de herdeiros, senão de meros titulares de benefício assistencial, eis que, conforme apontado, tal interpretação decorre de um equivocado emprego da metodologia de Direito comparado, necessário se faz interpretar

<sup>64</sup> MADALENO, Rolf. Op. cit. p. 27. “Fosse a concorrência um direito sucessório equivalente à legítima e, certamente, o seu pagamento não poderia ficar condicionado a determinados regimes de bens, como tampouco poderia ser limitado aos bens particulares do falecido e muito menos variar o valor do quinhão hereditário segundo a origem de filiação dos descendentes com os quais o cônjuge está concorrendo.”

<sup>65</sup> Artigo 1.897 do Código civil de 2002: A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

<sup>66</sup> Artigo 1.923 do Código civil de 2002. (...) § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

o artigo 426 da codificação civil vigente, a fim de verificar se não existem outros fundamentos a autorizar tais acordos.

Sob a égide do Código civil de 1916, não houve dúvidas na interpretação do artigo 1.089<sup>67</sup> – antecedente histórico do artigo 426 da codificação vigente – no sentido de que a vedação aos pactos sucessórios alcançaria, sem exceções, os *pacta de non succedendo*<sup>68</sup>.

Essa orientação legislativa confirmava o entendimento já prevalecente no Direito anterior, desde que a extinção do Tribunal do Desembargo do Paço<sup>69</sup> tornou impossível a convalidação de tais acordos através de juramentos promissórios<sup>70</sup>.

Uma interpretação histórica muitíssimo restrita, a qual considerasse apenas a evolução dos enunciados legais atinentes à matéria, conduziria à conclusão de que o permanecem proscritos quaisquer espécies de *pacta de non succedendo*, inclusive para a pré-exclusão do direito de concurso hereditário de cônjuges ou companheiros, ante a circunstância de que a legislação vigente repete a literalidade do regramento anterior.

Embora essa sirva como uma pré-compreensão interpretativa do enunciado em exame – afinal, o esperado é a continuidade da tradição jurídica, e não o seu repentino afastamento –, é necessário seguir na investigação da matéria, eis que, embora o texto legal não tenha sofrido modificação, é plenamente possível que o restante do sistema de Direito privado ou os parâmetros interpretativos aplicáveis tenham sofrido alteração a justificar uma nova interpretação mais adequada. Ou seja, embora idêntico o texto legal, é de se cogitar se a norma jurídica sofreu alteração<sup>71</sup>.

Questiona-se, portanto: houve modificação do sistema de Direito privado brasileiro que autorize a interpretação de que o *pactum de non succedendo* seria admitido, se não de modo geral, ao menos para fins de pré-exclusão do direito concorrencial de cônjuges e companheiros?

A resposta é negativa: a ordem jurídica brasileira contemporânea tem, de um lado, evoluído historicamente no sentido de ampliar – e não de reduzir – a proteção jurídica conferida a cônjuges e companheiros, e, de outro, não demonstra qualquer mitigação do tradicional repúdio aos pactos sucessórios, mesmo abdicativos.

Com efeito, o sistema de Direito privado brasileiro tem historicamente evoluído no sentido de ampliar a tutela jurídica dos cônjuges – e, atualmente, ante a sua equiparação judicial, dos companheiros – através das normas de Direito sucessório.

Se, na redação original do Código Beviláqua<sup>72</sup>, os cônjuges não tinham quaisquer direitos sucessórios quando ainda vivos descendentes ou ascendentes, situação que apenas foi parcialmente alterada em 1962, quando o Estatuto da Mulher Casada a eles deferiu, em concurso com

---

<sup>67</sup> Artigo 1.089 do Código civil brasileiro de 1916: Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

<sup>68</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Ed. atualizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 38. p. 225; BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 219.

<sup>69</sup> O Desembargo do Paço foi, de sua criação, no Século XV, até a sua extinção, em 1833, o Tribunal de mais elevada hierarquia em Portugal, acumulando também competências que, atualmente, inserem-se no âmbito da administração da justiça em geral. A esse respeito: SUBTIL, José Manuel Louzada Lopes. *O Desembargo do Paço (1750-1833)*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1996.

<sup>70</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. 236, nota de rodapé 12.

<sup>71</sup> A respeito da cisão entre texto e norma: MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

<sup>72</sup> Artigo 1.611 do Código civil de 1916 (Redação original): Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.

tais herdeiros, a qualificação de legatários de usufruto *ex lege*<sup>73</sup>, atualmente se está diante de circunstâncias absolutamente diversas: conforme já esclarecido<sup>74</sup>, o Código civil de 2002 aderiu à solução legislativa italiana e criou hipóteses nas quais os cônjuges, a depender do regime de bens, são legítimos herdeiros em concorrência com descendentes ou ascendentes.

A mais significativa proteção jurídica sucessória dos cônjuges e companheiros – essa sim, em rompimento a uma tradição jurídica historicamente consolidada, a de priorização dos laços de filiação na sucessão – é uma novidade alinhada com uma conformação de Direito sucessório que confere precedência aos interesses sociais e familiares<sup>75</sup>.

Não se vislumbra, portanto, como o Direito civil nacional, o qual tem evoluído no sentido de tornar mais vantajoso o estatuto jurídico dos cônjuges e companheiros, poderia, simultânea e contraditoriamente, haver se mutado para autorizar especificamente os *pacta de non succedendo* relativos ao direito concorrencial de tais herdeiros.

É possível se analisar a questão, ainda, sobre outra perspectiva, não sob o enfoque do estatuto jurídico sucessório dos cônjuges e companheiros, senão em relação aos próprios contornos da norma jurídica proibitiva dos pactos sucessórios. Isto é, cabe analisar se os *pacta de non succedendo* seriam admitidos em geral na ordem jurídica brasileira, e não apenas relativamente ao direito de concorrer à herança com descendentes ou ascendentes.

Entretanto, também nessa linha de avaliação a conclusão que se impõe é de que a pré-exclusão ou exclusão negocial de direitos sucessórios em geral permanecem vedadas no Direito brasileiro.

Isso porque o Código civil de 2002 não inovou nem mesmo prevendo novas exceções à regra geral da vedação aos pactos sucessórios – caso o fizesse, poder-se-ia eventualmente sugerir, como fazem alguns autores<sup>76</sup>, que a proibição da negociação acerca de direitos hereditários teria sido relativizada, e, ante a ausência de proibição expressa, os *pacta de non succedendo* seriam admitidos.

Pelo contrário, o que houve foi a diminuição das hipóteses em que há admissão expressa de negócios jurídicos que versam sobre a predisposição do patrimônio de pessoa viva para o período posterior à sua morte: as doações *mortis causa*, por exemplo, não mais são expressamente autorizadas na codificação vigente, sendo duvidoso se ainda são admitidas ou não<sup>77</sup>.

Nem mesmo a incontestante ampliação contemporânea da autonomia privada nas relações familiares<sup>78</sup> é suficiente, isoladamente, para justificar a permissão do *pactum de non succedendo* para afastar o direito concorrencial de cônjuges ou companheiros. Nesse particular, está-se diante

<sup>73</sup> Artigo 1.611 do Código civil de 1916 (Redação conferida pela Lei nº 4.121 de 1962): Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus". (...)

<sup>74</sup> Vide notas de rodapé 58 a 60 e 63.

<sup>75</sup> COSTALUNGA, Karime. Op. cit. p. 586-587.

<sup>76</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 26-27.

<sup>77</sup> A respeito dessa matéria, que foge aos propósitos deste artigo: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. Op. cit. p. 186.

<sup>78</sup> DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Op. cit. p. 28. “Enfim, permitir a renúncia ao direito concorrencial não configura ato imoral, assim como não o é renunciar à meação, até mesmo porque se insere no quadro mais amplo da autonomia patrimonial da família, consentânea com a atual realidade social, muito mais complexa e mutável.”

de norma cogente a qual, embora incidente sobre os negócios jurídicos<sup>79</sup> em geral, relaciona-se diretamente com o Direito sucessório, matéria na qual a autonomia privada é muito limitada<sup>80</sup> e está praticamente inteira reservada, na ordem jurídica brasileira, aos testamentos e codicilos<sup>81</sup>.

Finalmente, também os intérpretes do Código civil de 2002 – na doutrina e dentre os julgadores – têm se posicionado majoritariamente no sentido de que a restrição aos pactos sucessórios se estende aos *pacta de non succedendo* e apenas mediante previsão legal expressa poderia ser excepcionada<sup>82,83</sup>.

Uma última consideração diz respeito ao Direito comparado, avaliando como discussões semelhantes têm sido travadas em outros ordenamentos jurídicos. Nesse particular, o Brasil tem historicamente compartilhado a mesma solução adotada por outras ordens jurídicas de tradição romano-germânica, a exemplo da francesa<sup>84</sup>, italiana<sup>85</sup> e portuguesa<sup>86</sup>, as quais historicamente

---

<sup>79</sup> Vide nota de rodapé 43.

<sup>80</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 13. “Sendo assim, cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos (...)”. Contemporaneamente, reconhecendo os limites à autonomia privada no âmbito do Direito sucessório, embora em tom crítico: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 11, p. 73-91, jan./mar., 2017. p. 85.

<sup>81</sup> E até mesmo esses têm seu conteúdo fortemente restrito pelas normas cogentes: BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 229.

<sup>82</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 143-145. “É interessante notar que os pactos dispositivo e abdicativo, a rigor, constituem negócios *inter vivos* e, nada obstante, submetem-se à proibição do art. 426. (...) [A] proibição explícita do art. 166, VII, que considera nulo o negócio em que a lei veta-lhe a prática, sem cominar sanção. Quaisquer que sejam as considerações morais que conduziram à sua proscrição, anteriormente examinadas, a opção técnica do legislador situou o contrato sucessório como ilícito.”; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Op. cit. p. 708. “A consideração das três espécies revela o caráter absoluto de que se reveste a proibição. Por força do dispositivo em comento, são proibidos tanto os contratos celebrados pela pessoa de cuja herança se trata quanto aqueles concluídos por terceiros interessados no acervo hereditário.”.

<sup>83</sup> TJ-SP – Apelação Cível nº 10169953520148260114 SP, Relatora: Desembargadora Mary Grün, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 15/08/2018, Data de Publicação: 15/08/2018. “INVENTÁRIO. RENÚNCIA À HERANÇA. Acordo entabulado entre os herdeiros e os de cujus que estabeleceu a renúncia de um dos herdeiros aos direitos hereditários sobre imóveis de seu genitor antes do falecimento deste. Arts. 426 e 1.808, caput, do CC. Nulidade de renúncia parcial à herança de pessoa viva. (...)”. No mesmo sentido: TJ-MG – Agravo de Instrumento nº 10000190133579001 MG, Relator: Juiz Convocado Fábio Torres de Sousa, Órgão julgador: 8ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 07/11/2019, Data de Publicação: 11/11/2019.

<sup>84</sup> Article 1130 du Code civil français (Redação original): “Les choses futures peuvent être l’objet d’une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s’agit.”. Tradução livre: “Artigo 1130 do Código civil francês (Redação original): As coisas futuras podem ser objeto de uma obrigação.

Não se pode, contudo, renunciar a uma sucessão não aberta, nem fazer nenhuma disposição sobre tal sucessão, mesmo com o consentimento daquele a respeito de cuja sucessão se trata.”.

<sup>85</sup> Articolo 458 del Codice civile italiano del 1942 (Redação original): Divieto di patti successori. È nulla ogni convenzione (1321) con cui taluno dispone della propria successione. E’ del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi (557-2, 679). Tradução livre: “Artigo 458 do Código civil italiano de 1942 (Redação original): Proibição dos pactos sucessórios. É nula qualquer convenção (1321) com a qual alguém disponha da própria sucessão. É igualmente nulo qualquer ato através do qual alguém disponha de direitos que se possa esperar sobre uma sucessão ainda não aberta, ou renuncie a esta (557-2, 679).”.

<sup>86</sup> Artigo 2028.º do Código civil português de 1966: (Sucessão contratual) 1. Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta. 2. Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 946.º

têm proibido os pactos sucessórios, ao passo que se afasta do regramento prevalecente em ordenamentos como o alemão<sup>87</sup>, austríaco<sup>88</sup> e suíço<sup>89</sup>, os quais desde há muito são permissivos em relação a estes acordos.

Abre-se a possibilidade, portanto, de verificar como é atualmente tratada a matéria nos países que estão mais próximos do regramento brasileiro neste particular.

O que se percebe nesses ordenamentos jurídicos é que, mais recentemente, tem havido uma mitigação da vedação absoluta aos pactos sucessórios, ampliando-se as possibilidades para a celebração destes.

Na França, embora ainda não sejam admitidos os pactos sucessórios propriamente ditos, a partir de reforma legislativa de 2007, passou a ser admitida a renúncia ao exercício da ação de redução dos atos excedentes à legítima<sup>90</sup>, o que, na prática, permite a pré-exclusão do direito à herança.

Na Itália, a admissão aos pactos sucessórios foi mais tímida, havendo ocorrido uma mitigação da proibição legal a partir de reforma legislativa de 2006, pela qual houve a autorização de negociação antecipada atinente a direitos sucessórios no âmbito do *patto di famiglia*<sup>91</sup>, contrato celebrado no âmbito de empresas familiares entre ascendentes e descendentes<sup>92</sup>.

Em Portugal, houve, no ano de 2018, reforma legislativa do Código civil português pela qual passou a se autorizar o *pactum de non succedendo* especificamente em relação aos cônjuges,

<sup>87</sup> 2346 BGB: Wirkung des Erbverzichts, Beschränkungsmöglichkeit.

(1) Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. (...)

Tradução livre: “§ 2346 do Código civil alemão. Efeito da renúncia à herança, possibilidade de limitação. (1) Os parentes, assim como o cônjuge do autor da herança, podem renunciar aos seus direitos hereditários através de contrato com o autor da herança. (...)”.

<sup>88</sup> § 551 ABGB: Erbverzicht. (1) Wer über sein Erbrecht gültig verfügen kann, kann auch durch Vertrag mit dem Verstorbene im Voraus darauf verzichten. (...)

Tradução livre: “§ 551 do Código civil austríaco. Renúncia à herança. Aquele que pode dispor validamente do seu direito hereditário pode também renunciá-lo antecipadamente através de contrato com o falecido. (...)”.

<sup>89</sup> Art. 495 ZGB: 1. Der Erblasser kann mit einem Erben einen Erbverzichtvertrag oder Erbschaftkauf abschließen. (...)

Tradução livre: “Art. 495 do Código civil suíço. 1. O autor da herança pode celebrar com um herdeiro um contrato pelo qual este abre mão de seus direitos hereditários gratuita ou onerosamente. (...)”.

<sup>90</sup> Article 929 du Code civil français (Redação atual): “Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter. (...)”.

Tradução livre: “Artigo 929 do Código civil francês (Redação atual): “Todo herdeiro necessário presuntivo pode renunciar ao exercício de uma ação em redução relativa a uma sucessão não aberta. Essa renúncia deve ser feita no benefício de um ou de mais pessoas determinadas. A renúncia só vincula o renunciante a partir do dia em que foi aceita por aquele de quem é herdeiro.”.

<sup>91</sup> Articolo 458 del Codice civile italiano del 1942 (Redação atual): Divieto di patti successori. Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi.

Tradução livre: “Artigo 458 do Código civil italiano de 1942 (Redação atual): Proibição dos pactos sucessórios. Com a exceção do disposto nos artigos 768-bis e seguintes, é nula qualquer convenção com a qual alguém disponha da própria sucessão. É igualmente nulo qualquer ato através do qual alguém disponha de direitos que se possa esperar sobre uma sucessão ainda não aberta, ou renuncie a esta.”.

<sup>92</sup> A respeito do *patto di famiglia*: BUSANI, Angelo. *Il patto di famiglia*. Milano: CEDAM, 2019.

dispondo que as convenções antenupciais poderiam prever a renúncia recíproca dos nubentes à condição de herdeiros de seus consortes<sup>93</sup>.

Dessas inovações no regramento dos pactos sucessórios nos países que, historicamente, proscreviam em absoluto tais acordos, assim como o faz até hoje o Brasil, ressaem duas constatações.

A primeira é de que, atualmente, existe uma tendência de paulatinamente aceitar os negócios jurídicos cujo objeto é a herança ou elemento de herança de pessoa viva em geral, e, mais especificamente, os *pacta de non sucedendo*, mesmo nos ordenamentos jurídicos que historicamente os repudiavam. Essa propensão, identificada com uma visão menos paternalista do Direito, tem o mérito de valorizar a autonomia dos indivíduos<sup>94</sup>.

A segunda é de que, em todos esses ordenamentos jurídicos, tal modificação no regramento da matéria decorreu de alteração legislativa, e não do advento de uma nova interpretação em detrimento das regras positivadas.

Essas constatações são valiosas para o Direito brasileiro, pois é possível que, realmente, não mais subsistam fundamentos morais ou sociais para a proscrição dos pactos sucessórios em geral, ou mesmo especificamente do *pactum de non sucedendo* relativo ao direito concorrencial de cônjuges e companheiros.

No entanto, para que se modifique o regramento da matéria, faz-se necessária uma reforma legislativa, a qual até o momento não sobreveio, de modo que seguem proscritos os acordos tendentes a afastar o direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança com descendentes ou ascendentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve uma retomada na discussão dos pactos sucessórios no Direito brasileiro, realizada sobretudo sob o enfoque do debate acerca da possibilidade ou não de, em pacto antenupcial ou de convivência, afastar-se o direito do cônjuge ou companheiro de concorrer à herança.

Embora os autores que tratam da temática oscilem na qualificação dos negócios jurídicos por eles analisados, ora afirmando consistirem em “renúncias prévias à herança futura”, ora sustentando constituírem “renúncias a direito sucessório”, as suas finalidades práticas são as mesmas: suprimir negocialmente o direito concorrencial hereditário.

Apesar disso, para que houvesse um exame dogmaticamente adequado da temática, investiu-se qual seria a qualificação apropriada do negócio jurídico estudado.

Concluiu-se, neste particular, que de renúncia à herança não se trata, pois esta consiste em negócio jurídico de natureza dispositiva abdicativa, apenas se aperfeiçoando quando o renunciante é titular da posição jurídica renunciada, o que não é o caso, haja vista se estar diante de mera expectativa de direito.

Apontou-se que, em tese, poder-se-ia estar diante de promessa de renúncia, negócio jurídico obrigacional, hipótese descartada, contudo, haja vista os próprios autores defensores da

---

<sup>93</sup> Artigo 1700.º do Código civil português de 1966 (Redação atual): (Disposições por morte consideradas lícitas) 1. A convenção antenupcial pode conter: (...) c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge. (...)

<sup>94</sup> PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Op. cit. p. 5.

possibilidade de elisão do direito concorrencial hereditário sustentarem que a promessa de dispor de herança futura se encontraria abrangida pela norma proibitiva dos pactos sucessórios.

Finalmente, constatou-se que os negócios jurídicos analisados constituem pré-exclusão do direito de concurso à herança, quando inseridos, por exemplo, em pactos antenupciais, os quais teriam por objeto impedir o surgimento de um direito sucessório em favor dos cônjuges ou companheiros, ou exclusão de tal direito hereditário, quando manifestados em negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais que elidiram a posição jurídica após o seu surgimento. Apenas neste último caso, poder-se-ia tratar tecnicamente de “renúncia a direitos sucessórios”, motivo pelo qual a temática é debatida de modo mais amplo, sob o enfoque dos pactos sucessórios abdicativos, os *pacta de non succedendo*.

Seguiu-se com uma análise do principal argumento apresentado por quem sustenta ser possível a exclusão negocial do direito concorrencial de cônjuges e companheiros: o de que estes não seriam herdeiros próprios ou necessários, mas “sucessores *ex lege*”, tratando-se o direito de concurso um “benefício viudal” de natureza assistencial, e não sucessória.

Concluiu-se que está equivocada a argumentação dos autores que afirmam que o direito concorrencial não confere a cônjuges e companheiros a situação jurídica de herdeiros, mas de “sucessores *ex lege*” ou “legatários *ex lege*”.

Apontou-se que tal engano está relacionado com uma patente falha no emprego da metodologia de Direito comparado, notadamente na importação de posições firmadas no Direito italiano sem considerar a disciplina legal vigente ao tempo em que houve a formulação delas, e na ausência de consulta a fontes contemporâneas, as quais revelariam que, sob o prisma da legislação atual, a qual inclusive influenciou o regramento brasileiro da temática, é pacífico também na Itália que, mesmo em concurso com descendentes ou ascendentes, os cônjuges são herdeiros.

Passou-se, finalmente, a um esforço de interpretação do artigo 426 do Código civil brasileiro, para analisar se a norma proibitiva dos pactos sucessórios alcança o *pactum de non succedendo* para pré-exclusão ou exclusão do direito concorrencial hereditário de cônjuges e companheiros.

Sob uma perspectiva histórica, verificou-se que não haveria fundamento para afastar o *pactum de non succedendo* destinado a afastar direito concorrencial hereditário da norma que proíbe os pactos sucessórios em geral, sobretudo porque tal orientação prevalece no Brasil desde o Direito anterior, foi consagrada no Código civil de 1916 e mantida intocada no Código civil de 2002.

Também sob o enfoque exclusivo da ordem jurídica contemporânea, não haveria fundamento para excepcionar a proibição aos pactos sucessórios no caso analisado, inclusive porque, de um lado, tem havido uma preocupação de ampliar, e não de diminuir, a proteção de cônjuges e companheiros através do Direito sucessório, e, de outro, a proibição aos pactos sucessórios não foi mitigada com o advento do Código civil de 2002, havendo fundamentos para crer que ela foi até mesmo endurecida, com a retirada da previsão legal de exceção à proibição nos casos de doações *mortis causa*.

Por fim, com vistas ao Direito comparado, o que se verifica é que tem havido uma tendência de relativizar, através de reformas legislativas, a proibição aos pactos sucessórios em geral e aos *pacta de non succedendo* em específico nos países que, a exemplo do Brasil, historicamente os proibiram.

Ocorre que, em todas as ordens jurídicas analisadas nas quais houve uma mitigação das normas proibitivas aos pactos sucessórios – França, Itália e Portugal –, tal atenuação ocorreu mediante reforma legislativa, e não através de interpretação que desconsidera o Direito positivo.

Sendo assim, concluiu-se que seguem proscritos os pactos sucessórios no Direito civil brasileiro, ao menos até que sobrevenha reforma legislativa ou efetiva alteração no sistema de Direito privado a qual, neste particular, autorize uma nova interpretação da matéria. Tal proibição abrange o *pactum de non succedendo* pelo qual se pretende pré-excluir ou excluir o direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança de seus cônjuges ou conviventes falecidos com a classe dos descendentes ou dos ascendentes, o qual, seja celebrado em pacto antenupcial, seja concluído em outro instrumento, segue eivado de nulidade na ordem jurídica brasileira contemporânea.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Arts. 421 a 480. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5.

ASSUMPÇÃO, Gabriela Franco Maculan; ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. O pacto antenupcial e a renúncia à herança. **Revista IBDFAM: Famílias e sucessões**, v. 36, nov./dez., 2019.

BARBERO, Domenico. **Sistema istituzionale del diritto privato italiano**. 2. ed. Torino: UTET, 1949.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 5. ed. revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 11, p. 73-91, jan./mar., 2017.

BUSANI, Angelo. **Il patto di famiglia**. Milano: CEDAM, 2019.

CHAVES, Antônio. O usufruto vidual instituído pela Lei n. 4.121 de 27.08.1968. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 68, p. 383-422, 1973.

COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CRUZ, Guilherme Braga da. Os pactos sucessórios na história do direito português. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 60, p. 93-120, 1965.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial? **Revista IBDFAM: Famílias e sucessões**, v. 31, p. 9-21, jan./fev., 2019.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Novos Horizontes para os Pactos Sucessórios no Brasil. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, ano 5, n. 28, p. 5-30, jan./fev., 2019.

GOMES, Orlando. Negócios preparatórios. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 145, p. 141-146, 1987.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays**. New Haven: Yale University Press, 1919.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócio jurídico: existência validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O espírito de compromisso do Direito das Sucessões perante as exigências individualistas da vontade e as supra individualistas da família. Herdeiro e Legatário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, n. 95, p. 273-281, 2000.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3. ed. Trad. e adapt. Alcides Tomasetti Jr. Milano: Giuffrè, 1981.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. **Revista IBDFAM: Famílias e sucessões**, v. 27, p. 9-58, maio/jun., 2018.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-46.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.

MENEZES CORDEIRO, António. **Código das sociedades comerciais anotado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**, v. 72, p. 169-194, dez., 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge: contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII. **Julgare Online**, maio, 2018, p. 1-10.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Ed. atualizada por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 55.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Ed. atualizada por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Ed. atualizada por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 38.

QUANTIUS, Markus. **Die Aufhebung des Erbverzichts**. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, n. 24, p. 205-228, out./dez., 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Istituzioni di diritto civile**. 4. ed. Milano: G. Principato, 1926, v. 2.

RUGGIERO, Roberto de. **Istituzioni di diritto privato**. 8. ed. rinnovata da Fulvio Maroi secondo il nuovo codice. Milano: G. Principato, 1954, v. 1.

RUPERTO, Cesare. **La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina**. Milano: Giuffrè, 2012, v. 2.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. 9. ed. Napoli: Jovene, 2012.

SUBTIL, José Manuel Louzada Lopes. **O Desembargo do Paço (1750-1833)**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1996.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição**. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VON TUHR, Andreas. **Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1957, v. 2, t. 1.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

Submetido em: 14 nov. 2021.

Aceito em: 31 dez. 2022.

# A PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E CHINA

**Cynthia Maria Fontenelle**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza.  
adv.cynthia@hotmail.com

**Fábio Campelo Conrado de Holanda**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza.  
fabio.holanda@uni7.edu.br

**Tiago Seixas Themudo**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza.  
tiago.themudo@uni7.edu.br

**Resumo:** O direito do consumidor é uma das searas jurídicas que mais evoluiu e se desenvolveu nos últimos tempos, principalmente em decorrência da expansão do comércio virtual e do aumento do comércio entre os países do mundo. Nesse sentido, tendo vista que o Brasil e a China têm grande destaque no cenário internacional no âmbito consumerista, desenvolveu-se este artigo para análise da proteção de dados nas relações consumerista dos referidos países, de modo a demonstrar sua evolução, particularidades e convergências. Para isso, por meio de uma pesquisa descritivo-analítica, de caráter exploratório e do tipo bibliográfico, de natureza pura e abordagem qualitativa, abordou-se o escopo legislativo que trata da proteção de dados no âmbito do Direito do Consumidor tanto no Brasil quanto na China, apresentando, assim, as principais similaridades e diferenças entre as normas desses países. Do estudo, verificou-se que no Brasil a principal norma que dispõe acerca da proteção de dados é a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que apresenta inúmeras semelhanças dos direitos do consumidor, principalmente, no que se refere à caracterização do titular dos dados como hipossuficiente, tal como ocorre na relação consumerista orientada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990). Na China, por sua vez, verificou-se que, em termos legislativos, o país tem passado por inúmeras mudanças normativas com vistas ao atendimento das demandas por regulamentações específicas e adequadas à resolução de problemas resultantes de relações de consumo. Concluiu-se que a China está passando por um processo de convergência jurídica com os países ocidentais, tendo em vista a intensificação da sincronia econômica, apesar de manter seus níveis de autonomia de modelo de desenvolvimento.

**Palavras-Chave:** Proteção de Dados. Lei Geral de Proteção de Dados. Código Civil Chinês. Paralelo Brasil-China.

*Data protection in consumer relations: comparative analysis between Brazil and China*

**Abstract:** Consumer law is one of the legal areas that has evolved and developed the most recently, mainly due to the expansion of virtual commerce and the increase in trade between countries in the world. In this sense, considering that Brazil and China have great prominence in the international scenario in the consumer sphere, this article was developed to analyze data protection in the consumer relations of the referred countries, in order to demonstrate their evolution, particularities and convergences. For this, through descriptive-analytical research, exploratory and bibliographic, of a pure nature and qualitative approach, the legislative scope that deals with

data protection in the scope of Consumer Law in Brazil and in China, thus presenting the main similarities and differences between the standards of these countries. From the study, it was found that in Brazil the main rule that provides for data protection is Law No. 13,709, of August 14, 2018, known as the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD), which has numerous similarities of consumer rights, especially with regard to the characterization of the data subject as under-sufficient, as occurs in the consumerist relationship guided by the Consumer Protection Code (Law No. 8,078, of 1990). In China, in turn, it was found that, in legislative terms, the country has undergone numerous regulatory changes in order to meet the demands for specific regulations and adequate to solve problems resulting from consumer relations, however, with the advent of the New Chinese Civil Code, the topic of data protection was dealt with in a specific chapter that provides in its entirety about the privacy and protection of personal information, the content of which has several points in common and also divergent in relation to the Brazilian Data Protection Law.

**Keywords:** Data Protection. General Data Protection Law. Chinese Civil Code. Brazil-China parallel.

## INTRODUÇÃO

O ato de consumir remonta a tempos imemoriais, não como o concebemos modernamente, através de uma analítica estruturação de normas que tutelam o destinatário final de bens e serviços, aprioristicamente considerado vulnerável. A progressiva complexidade da sociedade contemporânea impactou diretamente na dinâmica das relações de consumo, sendo o advento da internet um dos principais fatores neste tocante, de modo a possibilitar a comercialização por toda a extensão do globo terrestre, paradoxalmente aproximando e despersonalizando as relações.

Nesse contexto, fazendo um paralelo entre Brasil e China, verifica-se que, com a expansão do comércio no meio digital e o crescimento exponencial das mais variadas formas de comercialização de produtos e bens pela internet, sem fronteiras entre esses países, um dos temas que mais tem se discutido e adquirido relevância internacional diz respeito à proteção dos dados, tais como privacidade e informações pessoais, no âmbito das relações de consumo.

Sendo um regulador das relações de consumo, promovendo e garantindo a defesa dos direitos da pessoa, física ou jurídica, na seara consumerista, o Direito do Consumidor se tornou cada vez mais significativo nos últimos tempos, principalmente, devido às inovações na maneira de comercializar, que muitas vezes, ainda não foram alcançadas pela proteção normativa-legislativa de determinado lugar ou sociedade.

No Brasil, destaca-se no ordenamento jurídico o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que veicula um conjunto de normas que visam a proteção aos direitos do consumidor, sendo o principal instrumento regulamentador das relações consumeristas em âmbito nacional. Já no que se refere à China, seu escopo legislativo na área do consumidor passou por recentes inovações com o advento do Código Civil Chinês que, inclusive, passará a vigorar a partir de janeiro de 2021 com uma gama de novas diretrizes e disposições voltadas também às relações de consumo.

Em face desse cenário, objetiva-se neste arrazoado promover a discussão da proteção de dados do consumidor no âmbito legislativo tanto do Brasil e da China, de modo a apresentar de que maneira esse tema está sendo tratado e aplicado em cada um dos citados países, identificando quais suas similaridades e divergências, numa análise legal comparativa.

De modo mais específico, este artigo apresenta o conceito de informação, sua delimitação em forma de dados, bem como seu arcabouço normativo. Objetiva, ainda, apresentar a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o Código Civil Chinês, como principais normas reguladoras do Brasil e da China, respectivamente, voltadas às relações consumeristas.

Para isso, esta pesquisa pautou-se numa metodologia descritivo-analítica, de abordagem qualitativa e caráter exploratório, do tipo bibliográfico e documental e de natureza pura. A pesquisa foi desenvolvida durante os meses de outubro e novembro de 2020, cuja coleta dos dados partiu de artigos constantes em bases de dados do Google Acadêmico e *Scielo*, norteando-se a pesquisa por meio dos seguintes descritores: proteção de dados, Lei Geral de Proteção de Dados, Código Civil Chinês, e paralelo Brasil-China.

Dessa maneira, destaca-se, ainda, que a presente pesquisa se justifica pela atualidade e importância do tema que é de interesse de todos os indivíduos, principalmente no que tange ao conhecimento acerca das normas de proteção das informações pessoais em meio digital (proteção de dados), mostrando-se, assim, relevante não apenas para acadêmicos, mas para toda a sociedade.

Para uma melhor compreensão do tema, o artigo foi dividido em três tópicos, em que inicialmente aborda-se a definição da informação e dados, e sua tutela e necessidade proteção normativa. Por conseguinte, versa-se acerca do escopo normativo voltado à proteção dos dados pessoais tanto no Brasil quanto na China. Por fim, no último tópico destaca-se as principais similaridades e diferenças entre as legislações brasileira e chinesa que tratam sobre a proteção dos dados nas relações de consumo.

## 1. A IMPORTÂNCIA DOS DADOS: A INFORMAÇÃO PESSOAL E SUA TUTELA

Norbert Wiener (1961) em seus estudos sobre a importância da informação declarou uma célebre frase que diz: “Informação é informação, não é matéria nem energia”, destacando, assim, a característica peculiar acerca da informação *per se*, e, assim, “ressaltando uma eventual estraneidade da informação em relação aos elementos do mundo físico, a matéria e a energia” (DONEDA, 2010, p. 18).

Desse pensamento, percebe-se que a informação é termo de difícil definição, principalmente, se delimitada de um contexto de aplicação, ou seja, se não aplicada a um fato, fenômeno, acontecimento e, até mesmo a um indivíduo. Em outras palavras, se definirmos a informação em âmbito da comunicação, ela será definida como uma notícia, a ciência de algo ou o próprio conhecimento em si. Se se aplicada ao um contexto geral, pode-se dizer que a informação é o conjunto de todo o conhecimento reunidos sobre determinado assunto ou pessoa (OXFORD, 2020).

Dada essa dificuldade conceitual, convém destacar a diferença dos termos informação, dados e conhecimento. Rezende (2015) explica que dado é todo o registro livre, solto, disponível e aleatório, sem qualquer análise. Em outras palavras, os dados são “códigos que constituem a matéria-prima da informação”, isto é, “a informação não tratada, sem relevância aparente” (REZENDE, 2015).

Já a informação é a estruturação, organização ou análise dos dados, ou seja, é o conhecimento resultante da análise crítica realizada por alguém ou por algum sistema. Para Le Codic

(1996), a informação é “um registro, em suporte físico ou intangível, disponível à assimilação crítica para produção de conhecimento”.

O conhecimento, por sua vez, de acordo com Rezende (2015) é “a informação processada e transformada em experiência pelo indivíduo”. Assim, o conhecimento é um estágio superior “capaz de contribuir na produção de novas ideias, por outro lado a informação por si só não é suficiente para ampliar o saber humano” (SILVA, 2007). Para Heide Silva (2007), o conhecimento exige um sujeito capaz de conhecer (sujeito cognoscitivo), isto é, de gerar conhecimento, pois se “informação é dado trabalhado, então conhecimento é informação trabalhada”.

Para uma melhor compreensão, veja-se o quadro a seguir, que resume o significado e as características do que seja dado, informação e conhecimento, a saber (Quadro 1).

**Quadro 1 – Resumo: Dados, informação e conhecimento**

<b>Dados</b>	<b>Informação</b>	<b>Conhecimento</b>
<p>Simple observações sobre o estado do mundo</p>	<p>Dados dotados de relevância e propósito</p>	<p>Informação valiosa da mente humana Inclui reflexão, síntese, contexto</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Facilmente estruturado</li> <li>• Facilmente obtido por máquinas</li> <li>• Frequentemente quantificado</li> <li>• Facilmente transferível</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Requer unidade de análise</li> <li>• Exige consenso em relação ao significado</li> <li>• Exige necessariamente a mediação humana</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De difícil estruturação</li> <li>• De difícil captura em máquinas</li> <li>• Frequentemente tácito</li> <li>• De difícil transferência</li> </ul> <p style="text-align: right; font-size: small;">Acesse Configurações para ativar</p>

Fonte: Davenport; PRUSAK, 1998, p. 18.

Nesse sentido, segundo Doneda (2010, p. 17) entende que a informação pessoal como uma verdadeira *commodity*, ou seja, uma matéria-prima comercializável cuja importância assumiu enorme relevância mundial, tanto como um bem jurídico quanto como um bem econômico “em torno da qual surgem novos modelos de negócio que, de uma forma ou de outra, procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias da informação”.

Assim sendo, como um bem de características quase sempre de difícil delimitação, mas de indubitável valor para seu detentor, a informação pessoal passou a ser percebida como uma nova força motriz, cuja positividade jurídico-normativa, em igual sentido, era mais do que necessária, mas essencial à sua garantia e proteção.

Em suma, como uma série crescente de ações humanas e, consequentemente, de relações jurídicas, passam pelo filtro da informação, a garantia da fluidez e da ausência de distorções no fluxo de informações para a pessoa e, ao inverso, a partir da pessoa, constitui-se em um dos mais relevantes problemas jurídicos do nosso tempo.

Assim considerado, o núcleo básico do problema jurídico da informação pode ser identificado nos instrumentos destinados a: (I) proporcionar aos interessados a tutela de suas próprias informações; (II) proporcionar acesso a informações de qualidade e relevância (DONEDA, 2010, p. 18).

Nesse contexto, para a garantia da resolução dos dois problemas jurídicos acima transcritos, seria necessário o desenvolvimento acelerado de tecnologias que suscitassem a criação de instrumentos para cumprimento de tal finalidade.

Todavia, consabido é que na evolução do direito como regulador das relações sociais, cada vez que na sociedade desenvolvem-se novos fenômenos, antes mesmo de estes serem positivados, sua conceituação, delimitação e aplicabilidades são de difícil reunião em escopo específico que concentre todas suas características e a compreensão de todos os cenários possíveis de sua existência. Por isso mesmo, de igual modo, faz-se necessário “que o ordenamento jurídico facilite e garanta a utilização das novas tecnologias da informação, ao mesmo tempo que estabeleça meios de garantia e proteção contra utilizações indesejáveis destas mesmas tecnologias” (DONEDA, 2010, p. 18).

Nesse sentido, sob a ótica do direito – que é visão tratada especificamente neste estudo – a informação, para Pierre Catala (1983, p. 22), pode ser classificada em quadro modalidades, a saber: a) as informações referentes às pessoas e seus patrimônios; b) as opiniões subjetivas das pessoas; c) as obras do espírito; e d) as informações que se referem as descrições de fenômenos, coisas, eventos.

Compreendidas tais definições e classificações, pode-se, então, ater-se, no escopo deste artigo, ao significado de informação em um contexto individual, que se extrai do âmbito personalíssimo de cada indivíduo, considerando-a, então, como a reunião de todos os dados e conhecimentos de determinada pessoa, ou seja, a informação pessoal.

Além dessa delimitação, considera-se, para fins deste estudo, o momento histórico, econômico e comercial pelo qual passa as sociedades mundiais, em especial à brasileira e à chinesa, para que, assim, possamos entender a informação pessoal como objeto de interesse econômico capaz de transformar processos econômicos e sociais, tendo em vista que vivemos na era da informação.

A informação pessoal, nesse contexto em específico, é uma modalidade de recurso da qual se pode obter uma diversidade de utilizações e substratos, basicamente em decorrência de seu baixo custo e facilidade de coleta e armazenamento nos meios digitais disponíveis na atualidade. Desse recurso, no entanto, desponta a intrínseca relação da informação pessoal com o seu titular, dada sua natureza de revelar algo concreto acerca desta pessoa.

Por meio da coleta de dados pessoais, pode-se obter de um indivíduo, por exemplo, o seu “nome civil ou do domicílio, ou então informações diretamente provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes às suas manifestações, como opiniões que manifesta, e tantas outras” (DONEDA, 2010, p. 20).

Convém destacar, no entanto, que nem toda informação sobre uma pessoa é, de fato, informação pessoal, como por exemplo, as opiniões alheias sobre determinada pessoa ou a própria produção intelectual de alguém acerca de si mesmo ou de outro assunto, não configura informação pessoal *per se*, ou seja, não enseja relação de vínculo direto entre a informação e seu titular. Sobre esse fato, afirma Catala (1983):

Ainda que a pessoa em questão não seja a ‘autora’ da informação, no sentido de tê-la concebido voluntariamente, ela é a titular legítima de seus elementos. O seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que fosse de outra forma. Quando o objeto da informação é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade (CATALA, 1983, p. 20, tradução livre).

Desse entendimento, infere-se a vinculação da informação pessoal com a personalidade “aproxima a tutela das informações pessoais da própria tutela da personalidade e, portanto, dos direitos da personalidade” (DONEDA, 2010, p. 21). Nesse sentido, para Doneda (2010, p. 21) justifica-se o “reconhecimento de que os dados pessoais são emanações imediatas da própria personalidade, sendo necessário aplicar a estes a tutela devida àqueles” denominados direito essenciais.

Compreendendo-se a importância da informação pessoal, pode-se entender, portanto, que a reunião organizada de tais informações acerca de um indivíduo em um banco de dados não apenas disponibiliza um conhecimento sobre uma pessoa em si, mas comporta um nível de poder e de direito sobre a própria pessoa por quem detém o acesso e conhecimento de tais dados.

Desse modo, com o aumento da captação e armazenamento de dados pessoais, proveniente do avanço digital e tecnológico, cresce também o “número de sujeitos que podem ter acesso a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros”, em consequência, faz-se necessário, também que “o estatuto jurídico destes dados se torne um dos pontos centrais que vão definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo” (DONEDA, 2010, p. 23).

Desse contexto, pode-se compreender o quão importante é a informação pessoal e, tendo em vista o aumento dessa importância principalmente para as relações comerciais e econômicas “foi justamente em torno dela que a temática da privacidade passou a orbitar, em especial ao se tratar de dados pessoais” (DONEDA, 2006).

Para Oliver (1979, p. 72), em âmbito econômico, por exemplo, “à medida que ganha relevo a utilidade da informação, várias estruturas sociais a recebem como um de seus elementos fundamentais”. Assim, a informação se “apresenta ao ordenamento jurídico como um elemento plural, capaz de desencadear processos cujas consequências podem ser reconduzidas a um denominador comum somente após um certo esforço (DONEDA, 2010, p. 28).

Diante dessas evidências, quando aplicado ao contexto das relações consumeristas, a proteção dos dados pessoais é de suma importância, tendo em vista que o indivíduo consumidor se apresenta como a parte vulnerável dessa relação, visto que este, embora detentor do direito das próprias informações, este está sujeito ao poder que a parte oposta da relação detém sobre seus dados ao realizar com este último qualquer transação comercial, por exemplo. Tal fato evidencia, então, um risco inerente ao tratamento feito por aqueles que operam os dados pessoais, ou seja, como bem explica Doneda (2010, p. 39):

Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais; na eventualidade destes dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular; em sua utilização por terceiros sem o conhecimento de seu titular, somente para citar algumas hipóteses reais. Daí a necessidade de mecanismos que proporcionem à pessoa efetivo conhecimento e controle sobre seus próprios dados, dados estes que são expressão direta de sua própria personalidade. Por este motivo a proteção de dados pessoais é tida em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerada como um direito fundamental.

Assim, a proteção de dados pessoais representa a maneira indireta de atingir um objetivo último, qual seja, a proteção da própria pessoa, em que por meio do estabelecimento de direitos aos titulares das informações, bem como obrigações aos responsáveis pelo tratamento desses dados, e dessa maneira, “justificando o recurso ao instrumental jurídico destinado à tutela da pessoa e afastando a utilização de um regime de livre apropriação e disposição contratual destes dados que não leve em conta seu caráter personalíssimo” (DONEDA, 2010, p. 52).

Diante da compreensão acerca da proteção e tutela dos dados pessoais, ressalta-se, para o contexto deste estudo, que tanto o Brasil quanto a China têm em seu ordenamento jurídico normas que visam a proteção dos dados especificamente relacionadas à seara consumeristas, normas estas que se passa a analisar no tópico a seguir.

## 2. A PROTEÇÃO DOS DADOS DO CONSUMIDOR NO ESCOPO LEGAL DO BRASIL E DA CHINA

Observadas a concepção, classificação, aplicação e importância das informações pessoais, bem como da reunião organizada de dados e a tutela dos direitos e deveres dada a relevância jurídica, passa-se nesta seção a análise das principais normas voltadas à proteção dos dados nas relações de consumo, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no chinês.

### 2.1. A proteção de dados consumeristas no Brasil

Inicialmente, destaca-se que no ordenamento jurídico do Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é o precípuo conjunto de normas que visam à proteção aos direitos do consumidor, sendo, então, o principal regulamentador das relações consumeristas em âmbito nacional.

Não obstante, especificamente em relação à proteção e tratamento dos dados pessoais, operados por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), se destaca no escopo legal brasileiro, tendo por objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

A LGPD, então, é a norma brasileira que regula as atividades de tratamento de dados pessoais, com objetivo específico de proteção, privacidade e transparência de dados de pessoas físicas, aplicando-se, inclusive a qualquer pessoa física ou jurídica que realizem coleta de dados, destacando-se, também, por seu caráter sancionador, cujas penalidades pelo descumprimento de suas normas podem ocasionar multa de 2% do faturamento anual e chegar até 50 milhões (SEBRAE, 2020).

Nesse sentido, segundo o art. 2º da LGPD a disciplina da proteção de dados pessoais possui sete fundamentos, quais sejam:

Art. 2º [...].

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Por seus fundamentos, verifica-se que a LGPD, obedece aos ditames da Constituição Federal de 1988 (CF/88) acerca da garantia e proteção de direitos essenciais da pessoa, de modo a promover o bom desenvolvimento das relações jurídicas nela positivados, tal qual o que já se podia verificar no próprio Código de Defesa do Consumidor, que no *caput* de seu art. 1º, afirma a égide de suas normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, em obediência aos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, e do art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, 1990).

Ressalta, ainda, que a própria LGPD traz ao longo de seu art. 5º dezenove incisos que tratam especificamente da delimitação dos termos voltados à proteção dos dados pessoais. Dentre os conceitos elencado no referido artigo, convém destacar, *in verbis*:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

**I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável:**

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

**IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico:**

**V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento:**

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; [...]

**X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração:** [...]

**XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada:** [...]

XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território, nacional. (BRASIL, 2018, destaque nosso).

Da leitura do dispositivo acima, verifica-se que, se aplicada ao contexto das relações de consumo, a LGPD em muito se assemelha à Lei nº 8.078/1990, visto que nela há diversos elementos contidos no próprio CDC, como, por exemplo, a “a figura do controlador e do titular do dado, que é naturalmente comparado ao fornecedor e ao consumidor da segunda e, como se verá, as similaridades não são apenas essas” (GOBBI, 2020).

Nesse contexto, versando sobre as semelhanças entre as normas da LGPD e do CDC, destaca-se que está disposto tanto no *caput* do art. 9º da LGPD quanto no §1º do artigo 43 do CDC que dizem, respectivamente:

**Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.**

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas **de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:** [...] (BRASIL, 2018, destaque nosso).

**Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§1º Os cadastros e dados de consumidores **devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão**, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. (BRASIL, 1990, destaque nosso).

Nota-se, entre os artigos supracitados, um ponto de interseção em ambas as leis em que se consubstancia pela necessidade de fornecer informações claras e objetivas ao titular dos dados sobre como e quais informações estão sendo tratadas pelo controlador, tal como ocorre nas relações entre consumidor e fornecedor.

Outro ponto em comum entre as citadas normas está contida no §2º do art. 43 do já referido CDC, o qual determina, em destaque, que a “abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo **deverá ser comunicada por escrito ao consumidor**, quando não solicitada por ele”; bem como o que observa no inciso I, do art. 7º, da LGPD, que diz: “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - **mediante o fornecimento de consentimento pelo titular**” (BRASIL, 1990; 2018, destaque nosso).

Percebe-se, então, que ambas as normas ressaltam a necessidade de informar tanto ao titular quanto ao consumidor qualquer tratamento realizado em seus dados, de modo a comunicar-lhes quaisquer mudanças nos mesmos, mantendo-os, assim, cientes que estão no controle do consentimento ou desacordo do tratamento de seus dados, incluindo-se, também, o direito de solicitar a retificação de dados cadastrais incorretos, cuja previsão legal pode ser encontrada no inciso III, do artigo 18 da LGPD e no §3º do artigo 43 do CDC (GOBBI, 2020).

Salienta-se que as comunicações para o titular/consumidor são uma garantia decorrente do princípio da autodeterminação informativa que, segundo Martins (2005, p. 233) enseja o “direito que cabe a cada indivíduo de controlar e de proteger os próprios dados pessoais, tendo em vista a moderna tecnologia e processamento de informação”. Em outras palavras, a autodeterminação informativa pressupõe que, “mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informações [...], que o indivíduo exerça sua liberdade de decisão sobre as ações a serem precedidas ou omitidas em relação a seus dados” (VIEIRA, 2007, p. 88).

Convém destacar, ainda, que a consonância entre a LGPD e o CDC alcança também o âmbito processual, especificamente no que diz respeito ao ônus da prova, encontrando-se previsão tanto no inciso VIII, do artigo 6º da Lei nº 8.078/1990 quanto no §2º do artigo 42 da Lei nº 13.709/2018, demonstrando-se, claramente, “a intenção do legislador de tratar o titular dos dados como hipossuficiente, tal como ocorre na relação consumerista orientada pelo CDC” (GOBBI, 2020).

Dessa maneira, por todo o exposto até o momento, pode-se verificar a intrínseca sinergia entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor, em que ambas estabelecem normas que garantem direitos e deveres tanto aos titulares/consumidores quanto aos controladores/fornecedores, de modo a facilitar e promover boas relações consumeristas para todos os envolvidos.

## 2.2. A proteção de dados consumeristas na China

Consabido que a China é um dos países que mais cresceu em desenvolvimento do comércio virtual (e-commerce), estando atualmente entre os cinco países com maiores receitas de e-commerce por usuário no mundo (FORBES, 2018).

Tem-se observado contemporaneamente que o cenário de redução de barreiras ao comércio internacional de bens e serviços transforma o cidadão global em um consumidor global, ge-

rando uma verdadeira remodelagem dos mercados e propiciando alterações disruptivas no comportamento do consumidor e até na noção tradicional de consumidor. A ascensão da China no mercado internacional revelou a existência de obstáculos crescentes dada a competitividade com outros países, ensejando guerras comerciais com impacto danoso ao bem-estar dos consumidores.

Diante desse cenário, é fácil presumir que devido o aumento nas relações comerciais cresceu também normas de regulação das relações jurídicas e consumidoras que surgiram. Todavia, a China, em termos legislativos, estava na retaguarda em relação algumas das maiores economias internacionais, sendo necessária a criação de escopo normativo específico que atendesse às necessidades relacionada a proteção dos dados do consumidor no país e a nível mundial, devido a sua forte atuação no e-commerce.

Nesse sentido, convém salientar que recentemente o ordenamento jurídico chinês ganhou um novo código civil, que traz em seu bojo normas de direito do consumidor e dispositivos de proteção dos dados dos consumidores. O Código Civil Chinês entrou em vigor a partir de em 1 de janeiro de 2021, sendo considerado um marco histórico na legislação do país, tendo em vista ser a primeira codificação abrangente das leis civis da República Popular da China, objetivo dos governos chineses desde a Dinastia Qing (BLACKMORE, 2020).

Acerca das disposições que tratam sobre privacidade e informações pessoais no Código Civil da China, estas reafirmam e consolidam as leis de privacidade já existentes no país que se encontravam discriminadas na Decisão do Comitê Permanente do Congresso Nacional do Povo sobre o Fortalecimento da Proteção da Rede de Informações, a Lei de cibersegurança e a Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Consumidor (BLACKMORE, 2020).

Não obstante, o citado código amplia as delimitações legais já positivadas, dando-lhes mais especificidade e significado, que conforme Blackmore (2010), torna a lei mais clara para a proteção e acesso para os indivíduos tomarem medidas legais em relação à violação de seus direitos de privacidade.

Todavia, ressalta-se que assim como as leis de privacidade existentes na China, as disposições do Código Civil em relação à privacidade e informações pessoais não são tão detalhadas ou prescritivas como a Portaria de Dados Pessoais (Privacidade) de Hong Kong ou o Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, o que, invariavelmente, deixam um espaço considerável para interpretação.

No entanto, segundo Blackmore (2010), o Congresso Nacional do Povo sinalizou a introdução de uma lei de proteção de informações pessoais e uma lei de segurança de dados como o próximo passo no desenvolvimento da lei de privacidade de dados chinesa, e é provável que essas leis sejam mais prescritivas.

Em específico, no que tange a privacidade e as informações pessoais estas estão em várias seções da Parte IV do Código Civil, dentre as quais se destacam os artigos 990 a 1000 que tratam das disposições gerais sobre “direitos da personalidade”, que incluem o direito do indivíduo à privacidade, como por exemplo:

**Artigo 994.** Quando o nome, retrato, reputação, honra, honra, privacidade, corpo etc. do falecido são violados, seu cônjuge, filhos e pais têm o direito de solicitar ao agressor a responsabilidade civil de acordo com a lei; o falecido não tem cônjuge, filhos e os pais morreram outros parentes próximos têm o direito de solicitar ao agressor a responsabilidade civil de acordo com a lei.

**Artigo 995.** Se o direito à personalidade for violado, a vítima terá o direito de solicitar ao agressor a responsabilidade civil de acordo com esta lei e outras leis. O direito da vítima de interromper a infração, eliminar a obstrução, eliminar o perigo, eliminar a

influência, restaurar a reputação e pedir desculpas por desculpas não se aplica à limitação do litígio.

**Artigo 996.** Se a quebra de contrato de uma parte prejudicar os direitos de personalidade da outra parte e causar sérios danos mentais, se a parte lesada optar por solicitar que ela seja responsabilizada por quebra de contrato, isso não afetará o pedido de indenização da parte lesada.

**Artigo 997.** Um sujeito civil que tenha provas para provar que o autor está cometendo ou está prestes a cometer um ato ilegal que viola seus direitos de personalidade e falha em interrompê-lo em tempo hábil causará danos aos seus direitos e interesses legais que são irreparáveis e tem o direito de recorrer ao tribunal do povo de acordo com a lei. Medidas para ordenar que o agressor pare o comportamento relevante.

**Artigo 998.** Afirmando que o autor é responsável por violar direitos de personalidade que não sejam o direito à vida, corpo e saúde, deve considerar a ocupação, o escopo de influência, o grau de culpa do autor e a vítima, bem como o objetivo do ato, Fatores como métodos e consequências.

**Artigo 999.** Nos casos em que sejam realizadas reportagens, supervisão da opinião pública etc. para o interesse público, o nome, nome, retrato, informações pessoais etc. do sujeito civil poderá ser razoavelmente usado; se o uso de uma violação irracional dos direitos de personalidade do sujeito civil for suportado pelo civil responsabilidade.

**Artigo 1000.** Se o agressor assumir responsabilidades civis, tais como eliminar influência, restaurar reputação, pedir desculpas por violar direitos de personalidade etc., será equivalente à maneira específica do ato e ao escopo da influência causada. (CHINA, 2020, Tradução livre).

Destacam-se, ainda, nesse mesmo contexto os artigos 1.032 e 1.033 os quais em termos mais específicos proíbem as atividades que infrinjam o direito de um indivíduo à privacidade, tais como espionar, escutar, fotografar ou filmar partes ou espaços privados do corpo, ou enviar mensagens indesejadas. Já os artigos 1034 a 1039 tratam especificamente do processamento de informações pessoais, como se pode depreender da leitura dos citados dispositivos integrantes do capítulo VI, sobre a privacidade e proteção das informações pessoais:

**Artigo 1032.** As pessoas singulares gozam do direito à privacidade. Nenhuma organização ou indivíduo pode infringir os direitos de privacidade de terceiros por meio de espionagem, intrusão, divulgação, divulgação, etc. Privacidade é a tranquilidade da vida privada de pessoas físicas e espaços privados, atividades particulares e informações privadas que não desejam ser conhecidas por outras pessoas.

**Artigo 1033.** Salvo disposição em contrário da lei ou do consentimento expresso do titular do direito, nenhuma organização ou indivíduo poderá cometer os seguintes atos: (1) Invadir a vida privada de outras pessoas por telefone, SMS, ferramentas de mensagens instantâneas, e-mails, folhetos, etc.; (2) Entrar, fotografar e espionar em espaços privados, como casas de outras pessoas e quartos de hotel; (3) Filmar, espionar, espionar e divulgar as atividades privadas de terceiros; (4) filmar e espionar as partes íntimas dos corpos de outras pessoas; (5) Manipulação de informações privadas de terceiros; (6) Violar a privacidade de outras pessoas de outras maneiras.

**Artigo 1034.** As informações pessoais de pessoas físicas são protegidas por lei. Informações pessoais são várias informações registradas eletronicamente ou de outras maneiras que podem identificar uma pessoa singular específica sozinha ou em combinação com outras informações, incluindo o nome da pessoa singular, data de nascimento, número de identificação, número biométrico, endereço, número de telefone, endereço de e-mail e saúde. Informações, informações sobre o paradeiro, etc. As informações privadas nas informações pessoais serão regidas pelos direitos de privacidade; se não houver regulamento, os regulamentos relativos à proteção de informações pessoais serão aplicáveis.

**Artigo 1035.** O processamento de informações pessoais seguirá os princípios de legalidade, legitimidade e necessidade, não deverá ser processado em excesso e deve atender às seguintes condições: (1) Com o consentimento da pessoa singular ou de

seu tutor, salvo disposição em contrário das leis e regulamentos administrativos; (2) Regras para o processamento público de informações; (3) Expressar a finalidade, método e escopo do processamento de informações; (4) Não viole as disposições de leis e regulamentos administrativos e o acordo de ambas as partes. O processamento de informações pessoais inclui a coleta, armazenamento, uso, processamento, transmissão, fornecimento e divulgação de informações pessoais.

**Artigo 1036.** Se as informações pessoais forem processadas sob qualquer uma das seguintes circunstâncias, o autor não assumirá responsabilidade civil: (1) Atos razoavelmente executados dentro do escopo acordado pela pessoa singular ou seu tutor; (2) Descarte razoavelmente as informações que a pessoa singular divulgou ou outras informações legalmente divulgadas, a menos que a pessoa singular tenha recusado ou processado explicitamente as informações para violar seus interesses principais; (3) Outros atos praticados razoavelmente para proteger o interesse público ou os direitos e interesses legítimos da pessoa singular.

**Artigo 1037.** As pessoas físicas podem consultar ou copiar suas informações pessoais do processador de informações de acordo com a lei; se as informações forem consideradas incorretas, elas têm o direito de levantar objeções e solicitar correções oportunas e outras medidas necessárias. Se uma pessoa singular descobrir que um processador de informações viola as disposições de leis e regulamentos administrativos ou o acordo de ambas as partes em processar suas informações pessoais, ele tem o direito de solicitar que o processador de informações as exclua a tempo.

**Artigo 1038.** O processador de informações não deve divulgar ou adulterar as informações pessoais que ele coleta ou armazena; sem o consentimento de uma pessoa natural, não deve fornecer ilegalmente suas informações pessoais a terceiros, exceto aqueles que não podem ser identificados e não podem ser recuperados após o processamento. Os processadores de informações devem adotar medidas técnicas e outras necessárias para garantir a segurança das informações pessoais que eles coletam e armazenam, além de evitar vazamentos, adulterações ou perdas de informações; se ocorrer ou ocorrer vazamento, adulteração ou perda de informações pessoais, medidas corretivas devem ser tomadas em tempo hábil, de acordo com o que é necessário informar as pessoas singulares e informar o departamento competente relevante.

**Artigo 1039.** Os órgãos estatais, órgãos estatutários que executam funções administrativas e seu pessoal devem manter em sigilo a privacidade e as informações pessoais das pessoas singulares aprendidas no exercício de suas funções, e não devem divulgá-las ou fornecê-las ilegalmente a terceiros. (CHINA, 2020, Tradução livre).

Convém destacar, ainda, que na legislação chinesa é permitido aos indivíduos a tomada de medidas legais para prevenir ou obter compensação por uma violação de seus direitos de personalidade. No que se refere especificamente ao processamento de informações pessoais, esclarece-se que as principais disposições incluem:

- o processamento de informações pessoais deve ser lícito, justificado, necessário e não excessivo;
- o processamento de informações pessoais só é permitido com o consentimento expresso do indivíduo ou conforme exigido por lei - embora o artigo 1036 afirme que o processamento razoável de informações pessoais também é permitido se: (a) o indivíduo voluntariamente divulgou suas informações pessoais e não recusou explicitamente para permitir o processamento; ou (b) o tratamento é realizado para proteger o interesse público ou os direitos ou interesses legítimos do indivíduo;
- os indivíduos têm o direito de obter acesso às informações pessoais que um processador mantém sobre eles e de corrigir essas informações se estiverem incorretas;
- os indivíduos têm o direito de exigir que um processador exclua suas informações se o processamento violar a lei ou um acordo entre as partes;
- os processadores devem tomar as medidas técnicas e outras necessárias para garantir a segurança das informações pessoais que possuem; e

- em caso de violação de dados, o processador deve tomar medidas corretivas em tempo hábil e notificar a violação às pessoas afetadas e à autoridade competente relevante (BLACKMORE, 2020).

Salienta-se que a maioria das disposições supracitadas por estarem no Código Civil, têm uma aplicação mais ampla, porém com intrínseca relação àquelas contidas na decisão sobre o fortalecimento da proteção da rede de informações, na Lei de Cibersegurança e na Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Consumidor. Acerca dessas normas, Blackmore (2020) explica que:

A Decisão sobre o Reforço da Proteção da Informação na Rede limita-se à proteção da informação pessoal em formato eletrônico, ao passo que o Código Civil se aplica a todas as formas de informação pessoal;

A Lei da Cibersegurança aplica-se apenas aos operadores de rede, ao passo que o Código Civil se aplica a todas as empresas que tratam de informações pessoais, independentemente de também operarem uma rede informática; e

A Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Consumidor protege apenas os direitos dos consumidores de bens e serviços, enquanto o Código Civil se aplica a todas as pessoas físicas (BLACKMORE, 2020).

De todo o exposto, pode-se verificar, então, que o Código Civil inovou o ordenamento jurídico chinês trazendo uma série de proteções aos consumidores em relação à proteção dos dados e informações pessoais, possibilitando, ainda, pleitear judicialmente contra qualquer pessoa física ou jurídica que viole tais direitos.

### **3. PARALELO BRASIL-CHINA: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE AS NORMAS DE PROTEÇÃO DOS DADOS**

Observadas as principais características das legislações de proteção de dados tanto no Brasil quanto na China, convém abordarmos algumas semelhanças e diferenças entre as citadas normas, identificando as assimetrias dos sistemas e onde as convergências podem facilitar as relações de consumo entre si.

Inicialmente, destaca-se que o Brasil e China, bem como Rússia, Índia e África do Sul, fazem parte do BRICS, um bloco econômico formado por países considerados emergentes, criado para facilitar o comércio e negócios entre os citados países. Destes países, no entanto, a China se destaca como uma economia dinamicamente emergente e de transição e qualificando-se como um dos maiores mercados de consumo do mundo.

Diferente do que foi experimentado na Europa, onde se verificou uma integração das normas de defesa do consumidor, o cenário em que a China está imiscuída na Ásia é bem mais complexo, sendo improvável que essa harmonização continental ocorra no curto prazo (a propósito, também o Brasil se depara com tais dificuldades de harmonização normativa na América do Sul). Tal cenário é especialmente dramático ao se verificar que como a segunda maior economia do mundo, a China desempenha um papel importante no sistema multilateral de comércio e espera-se que assuma obrigações comerciais internacionais e cooperação internacional.

Mas qual a relevância de se debater a harmonização das normas consumeristas em determinada região? A resposta para essa indagação passa pela questão dos custos de transação, da implementação da solução de conflitos de modo mais barato e fácil e, ainda, pela tentativa de proporcionar maior confiança ao consumidor.

Nesse sentido, ressalta-se a primeira diferença entre o Brasil e China no que tange à legislação de proteção de dados, pois, enquanto o Brasil desde 1990 já contava com lei específica de regimento das relações consumeristas, a China ainda não havia positivado em um único código seu escopo jurídico a esse respeito.

Todavia, ambos os países tiveram recentes inovações leis referente, especificamente, à proteção dos dados e informações pessoais, a saber, no Brasil promulgou-se em 2018 a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, mais conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); enquanto na China, no ano de 2020 foi editado o Novo Código Civil que traz em seu escopo normas específicas quanto à proteção dos dados pessoais, em especial, aqueles oriundos de relações consumeristas.

De uma perspectiva comparativa do direito, os países asiáticos pertencem, em grande medida, a três grupos de modelos de tutela consumerista. O primeiro grupo inclui (por exemplo, a Coreia do Sul), o segundo (das economias emergentes, como a China) e o terceiro grupo (das economias desenvolvidas), onde se alocam Japão, Austrália e Nova Zelândia. Vê-se, portanto, que Ásia e Oceania compõem um complexo mosaico de economias, com reflexos normativos distintos e intensa troca de influências, inclusive pelo aspecto cultural.

Outra semelhança entre o Brasil e China é que em ambos os países as normas preveem a possibilidade abertura de reclamação judicial a fim de tratar de questões relacionadas à violação a proteção dos dados pessoais. Inclusive, na China, existem Cortes específicas para o tratamento dessas demandas, sendo possível, ainda, por ordem judicial que se publique pedido de desculpas ou outro anúncio público, demonstrando-se, assim, semelhanças acerca do poder sancionatório de ambos os escopos jurídicos (BLACKMORE, 2020).

A despeito das peculiaridades culturais e normativas das normas de proteção ao consumidor da China, tem-se observado um gradual movimento no sentido de incorporar valores que são praticados noutros países, o que tende a ajustar a movimentação de bens e serviços que ali são produzidos. A título de exemplo, observa-se que o dever de fornecer informação tem amparo na Diretiva 90/314 do Conselho da UE sobre viagens organizadas, férias organizadas e excursões organizadas (art. 3), ao passo que a previsão do dever de emitir faturas e outros recibos de compra tem como inspiração a Lei do Consumidor do México (art. 12).

Ainda acerca do caráter punitivo de algumas normas relacionadas a proteção dos dados, verifica-se que tanto no escopo do Código Civil da China quanto na legislação brasileira, possuem certa diferença no que se refere a ampla possibilidade de ingressar administrativa e judicialmente na busca por garantia de direitos, pois enquanto que no Brasil oferece o acesso consciente à justiça; na China, recentemente, como as leis existentes não fornecerem expressamente qualquer elemento de direito e/ou dever; eles apenas preveem que as autoridades imponham multas e penalidades administrativas (BLACKMORE, 2020).

Verifica-se, portanto, aspectos semelhantes e diferentes entre o ordenamento jurídico chinês e brasileiro, que são adequados à realidade da sociedade de cada país, bem como, pode-se perceber que, ainda falta um evoluir normativo e qualitativo em cada nação, de modo que seja possível alcançar e positivar os direitos relacionados à proteção dos dados pessoais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se todo o exposto, podemos concluir que a informação pessoal, de fato, figura atualmente como uma verdadeira *commodity*, sendo uma matéria-prima comercializável de grande importância e que já assumiu enorme relevância não só nas relações de consumo, mas

em todas as relações econômicas, que alcançou status de bem jurídico tutelado e garantido pela maioria dos países, dentre os quais se destacam o Brasil e a China.

Do estudo foi possível verificar, ainda, a dificuldade conceitual e de delimitação dos termos informação, dados pessoais e conhecimento, porém, em suma, admitiram-se as seguintes definições: a) dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, da LGPD); b) informação é a estruturação, organização ou análise dos dados; e c) conhecimento é a informação processada e transformada em experiência pelo indivíduo (sujeito cognoscitivo).

Por conseguinte, quando da análise do escopo legislativo que trata da proteção dos dados em âmbito brasileiro, verificou-se que, no Brasil, a principal norma que dispõe acerca da proteção de dados é a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que apresenta inúmeras semelhanças dos direitos do consumidor, principalmente, no que se refere à caracterização do titular dos dados como hipossuficiente, tal como ocorre na relação consumerista orientada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

Já no ordenamento jurídico chinês, verificou-se que, em termos legislativos, o país tem passado por inúmeras mudanças normativas com vistas ao atendimento das demandas por regulamentações específicas e adequadas à resolução de problemas resultantes de relações de consumo. Porém, com o advento do Novo Código Civil Chinês o tema da proteção dos dados foi tratado em capítulo específico que dispõe acerca da privacidade e proteção de informações pessoais, cujo teor apresenta diversos pontos em comum e divergentes em relação à Lei de Proteção de dados brasileira.

## REFERÊNCIAS

BLACKMORE, Nicholas. Novo Código Civil Chinês reafirma e fortalece as leis chinesas de privacidade de dados. In: **Kennedys**. 20 jul. 2020. Disponível em: <https://kennedys-law.com/thought-leadership/article/new-chinese-civil-code-restates-and-strengthens-chinese-data-privacy-laws/>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Constituição de 1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 25 out. 2020.

CATALA, Pierre. *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*. In: **Informatica e Diritto**, a. IX, jan-apr. 1983.

CHINA. **Código Civil**. Tradução livre. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/codciv0001.asp?printer=1>. Acesso em: 12 out. 2020.

DAN, Wei. **Da fragmentação à harmonização da lei do consumidor: a perspectiva da China.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 129/2020 | p. 273 - 297 | Maio - Jun / 2020 | DTR\2020\7470.

DAVENPORT, T.H.; PRUSAK, L.. **Conhecimento Empresarial.** Rio de Janeiro: Campus, 1998.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A proteção de dados nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor; Secretaria de Direito Econômico; Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, 2010. Vol. 2. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

FARAH, Paolo Davide; CIMA, Elena (Eds.). *China's influence on non-trade concerns in International Economic Law.* Abingdon: Routledge, 2016. Cap. 30.

FORBES. 10 países com maiores receitas de e-commerce por usuário. In: **Revista Forbes online**, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2018/11/10-paises-com-maiores-receitas-de-e-commerce-por-usuario/>. acesso em: 12 out. 2020.

GERMAN FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION; STATE ADMINISTRATION FOR INDUSTRY AND COMMERCE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA; NATIONAL CONSUMER SECRETARIAT; MINISTRY OF JUSTICE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF BRAZIL; DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ) GMBH, (Eds.). *Consumer Data Protection in Brazil, China and Germany: a comparative study.* Göttingen University Press, 2016. p. 8-9.

GOBBI, Henrique. Reflexos do Direito do Consumidor na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Consultor Jurídico**, [online], 4 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-04/henrique-gobbi-reflexos-direito-consumidor-igpd>. Acesso em: 20 out. 2010.

LE COADIC, Yves François. **A Ciência da Informação.** Tradução de Maria Yêda F. S. de Filgueiras Gomes. Brasília: Briquet de Lemos, 1996.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevidéu: Fundação Kontad Adenauer, 2005.

OXFORD. **Oxford Languages.** Dicionário de português. 2020. Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

REZENDE, Eliana. Dados, Informação e Conhecimento. O que são? In: **ER Consultoria: Gestão da informação e memória institucional.** 10 nov. 2015. Disponível em: <https://eliana-rezende.com.br/dados-informacao-e-conhecimento-o-que-sao/>. Acesso em: 22 out. 2020.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** In: Portal SEBRAE. Conteúdos. 2020. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ac/artigos/direitos-e-obrigacoes-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais,36ec96f387440710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 22 out. 2020.

SILVA, Heide Miranda. **Sociedade da informação.** 2007. Disponível em: [http://www.profcor-della.com.br/unisanta/textos/tgs21\\_dados\\_info\\_conhec.ht](http://www.profcor-della.com.br/unisanta/textos/tgs21_dados_info_conhec.ht). Acesso em: 9 nov. 2020.

THOMAS, Kristie. Analysing the notion of “consumer” in China’s Consumer Protection Law. **The Chinese Journal of Comparative Law**, v. 6, n. 2, 2018. Disponível em: [<https://doi.org/10.1093/cjcl/cxy010>]

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Brasília, 2007. 296 ps. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade). Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

Submetido em: 21 jul. 2022.

Aceito em: 31 dez. 2022.