

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 27 n. 1, mar. 2023

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITOR
Prof. Dr^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Prof^a. Dr^a. Silvia Márcia Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Dr. Daniel da Silva Barros
Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Adiloar Franco Zemuner
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Vice-Coodenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 27, N. 1 (mar. 2023).
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada
a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -
LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 27, n. 1, mar. 2023

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz

Editor Associado/ Editora Associada
Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ) Hilda Eleonora Vallet (Universidad de Buenos Aires/ Argentina) Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jenifer Valeria Alfaro Borges (Universidad de la República) Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos / Espanha) Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Ana Henriqueta Volta Pires, Germano Matheus Codognotto da Cunha, Mylena de Souza Santos, Pedro Alberto Alves Maciel Filho

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DRA. ADRIANA SILVA MAILLART (UFSC/SC)	DRA. HILDA ELEONORA VALLET (UBA/AR)
DR. ALBINO GABRIEL TURBAY JUNIOR (UNIPAR/PR)	DR. JOÃO PORTO SILVÉRIO JUNIOR (UNIRV/GO)
DR. CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA (UFMT/MT)	DR. LUIZ CARLOS GOIABEIRA ROSA (UFU/MG)
DR. CARLOS NELSON DE PAULA KONDER (UERJ/RJ)	DR. MARCO ANTÔNIO DOS ANJOS (MACKENZIE/SP)
DRA. CLAUDIA AGUIAR SILVA BRITTO (IBMEC/RJ)	DR. MARCOS VINICIO CHEIN FERES (UFJF/MG)
DR. CLAUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES (UNIFOR/CE)	DR. MARCOS VINÍCIUS TORRES PEREIRA (UFRJ/RJ)
DR. DEILTON RIBEIRO BRASIL (FUIT/MG)	DRA. MARGARETH VETIS ZAGANELLI (UFES/ES)
DR. ELCIO NACUR REZENDE (ESDHC/MG)	DRA. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (UNIMAR/SP)
DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (FUIT/MG)	DR. RENAN AGUIAR (UCAM/RJ)
DR. GILBERTO FACHETTI SILVESTRE (UFES/ES)	DR. ROGÉRIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)
DR. HENRIQUE VIANA PEREIRA (PUC MINAS/MG)	DR. SIDNEY GUERRA REGINALDO (UFC/CE)
	DR. WILIAM SANTOS FERREIRA (PUC/SP)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO PARA TRATAR CONFLITOS CONSUMERISTAS ..10 THE (IN)EFFICIENCY OF MEDIATION TO ADDRESS CONSUMER CONFLICTS <i>Maini Dornelles e Fabiana Marion Spengler</i>	
DA ADMISSIBILIDADE DO AJUSTE VERBAL EM CONTRATOS ESCRITOS DE CONSUMO.....	24
THE ADMISSIBILITY OF VERBAL ADJUSTMENT IN WRITTEN CONSUMPTION CONTRACTS <i>Luiz Carlos Goiabeira Rosa e Fernanda Pantaleão Dirscherl e Bruna Gomide Corrêa</i>	
COMUNICAÇÃO POSITIVA E TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO: UM CAMINHO TRANSFORMADOR NAS RELAÇÕES AFETIVAS E FAMILIARES DA CONTEMPORANEIDADE	42
POSITIVE COMMUNICATION AND NEGOCIATION TECHNIQUES: A TRANSFORMING PATH IN THE AFFECTIVE AND FAMILY RELATIONSHIPS OF CONTEMPORANEITY <i>Lea Barsi e Monica Vasconcelos</i>	
DIREITOS AUTORAIS EM NARRATIVAS TRANSMIDIÁTICAS: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR NOS CONTRATOS	62
COPYRIGHT IN TRANSMEDIA NARRATIVES: THE INSTRUMENTALIZATION OF COPYRIGHT IN CONTRACTS <i>Jordana Siteneski do Amaral e Salete Oro Boff</i>	
INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRIVADOS SOB A ÓTICA DO BIOPODER.....	78
STATE INTERVENTION IN PRIVATE LEGAL BUSINESSES FROM THE VIEWPOINT OF BIOPOWER <i>Jefferson Aparecido Dias e João Henrique Tatibana de Souza e Artur César de Souza</i>	
PESSOAS JURÍDICAS E A PRÁTICA DE CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL: GARANTIA AO NE BIS IN IDEM.....	94
LEGAL ENTITIES AND THE PRACTICE OF TRANSNATIONAL CORRUPTION: GUARANTEE OF NE BIS IN IDEM <i>Jamile Bergamaschine Mata Diz e Camila Braga da Cunha</i>	
PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS EM NOSOCÔMIOS E CLÍNICAS PERANTE A LGPD.....	112
PRIVACY AND DATA PROTECTION IN NOSOCOMIOS AND CLINICS BEFORE THE LGPD <i>Marcelo Assis Rivarolli e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini</i>	
WHISTLEBLOWING: UM DESAFIO PARA O DIREITO BRASILEIRO	129
WHISTLEBLOWING: A CHALLENGE FOR BRAZILIAN LAW <i>Simone Menezes Gantois e Leonardo da Silva Sant'anna</i>	
A LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CENÁRIO DE PANDEMIA DO COVID-19	149
THE COMPULSORY PATENT LICENSE FROM THE POINT OF VIEW OF THE LAW AND ECONOMIC CONSIDERING THE COVID-19'S SCENARIO <i>Bruno Fediuk de Castro e Gilberto Bomfim e Luiz Alberto Blanchet</i>	

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA INCOMPLETUDE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO.....	164
MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE INCOMPLETENESS OF THE FREE AND INFORMED CONSENT FORM	

Beatriz Vieira Muchon Crivilim e Júlia Gaioso Nascimento e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

INSTRUÇÕES AOS AUTORES/ INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	178
---	------------

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista *Scientia Iuris*, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 1 de seu 27º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo *Qualis* CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A Primeira Edição deste Volume 27 conta com dez artigos, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) A (in)eficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas, de Maini Dornelles e Fabiana Marion Spengler; b) Da admissibilidade do ajuste verbal em contratos escritos de consumo, de Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Fernanda Pantaleão Dirscherl e Bruna Gomide Corrêa; c) Comunicação positiva e técnicas de negociação: um caminho transformador nas relações afetivas e familiares da contemporaneidade, de Lea Barsi e Monica Vasconcelos; d) Direitos autorais em narrativas transmidiáticas: a instrumentalização do direito do autor nos contratos, de Jordana Siteneski do Amaral e Salete Oro Boff; e) Intervenção do estado nos negócios jurídicos privados sob a ótica do biopoder, de Jefferson Aparecido Dias, João Henrique Tatibana de Souza e Artur César de Souza; f) Pessoas jurídicas e a prática de corrupção transnacional: garantia ao *ne bis in idem*, de Jamile Bergamaschine Mata Diz e Camila Braga da Cunha; g) Privacidade e proteção de dados em nosocômios e clínicas perante a LGPD, de Marcelo Assis Rivarolli e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; h) *Whistleblowing*: um desafio para o direito

brasileiro, de Simone Menezes Gantois e Leonardo da Silva Sant'anna; i) A licença compulsória de patentes à luz da análise econômica do direito no cenário de pandemia do Covid-19, de Bruno Fediuk de Castro, Gilberto Bomfim e Luiz Alberto Blanchet, e; j) A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido, de Beatriz Vieira Muchon Crivilim, Júlia Gaioso Nascimento e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador;

Nesta primeira edição do ano de 2023, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercussões do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIAÇÃO PARA TRATAR CONFLITOS CONSUMERISTAS

THE (IN)EFFICIENCY OF MEDIATION TO ADDRESS CONSUMER CONFLICTS

Maini Dornelles*
Fabiana Marion Spengler**

Como citar: DORNELLES, Maini; SPENGLER, Fabiana Marion. A (in)eficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 10-23, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p10. ISSN: 2178-8189.

*Mestranda com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II, em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
Graduada em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
E-mail: maini_md@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>.

**Pós-doutora com bolsa do CNPq (Universidade Degli Studi Di Roma Tre, ROMA TRE/IT)
Doutora em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS).
Mestre em Desenvolvimento Regional (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
Graduada em Direito (Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC/RS).
E-mail: fabiana@unisc.com.br
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9477-5445>.

Resumo: Há alguns anos a mediação passou a ser utilizada de forma indiscriminada para tratar conflitos no Brasil, entretanto o procedimento não é adequado para todos os tipos de contendas devendo ser avaliado cada caso de forma individual. Posto isso, a problemática de pesquisa que se pretende responder é: Qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? Para responder será utilizado o método de abordagem dedutivo partindo de uma análise geral para chegar a uma específica e como técnica de pesquisa a bibliográfica, para ao final responder que a mediação é ineficiente para tratar demandas consumeristas, tendo em vista que o procedimento é adequado em contendas que envolvem sentimentos, relações contínuas e duradouras, apontando o procedimento de negociação como melhor meio de resolver conflitos advindos de relação de consumo.

Palavras- Chave: Conflitos. Consumeristas. Mediação. Negociação.

Abstract: A few years ago, mediation started to be used indiscriminately to deal with conflicts in Brazil, however the procedure is not suitable for all types of disputes, and each case must be evaluated individually. That said, the research problem that we intend to answer is: Which mechanism is presented as the best way to deal with consumerist demands? To respond, the method of deductive approach will be used, starting from a general analysis to arrive at a specific one and as a bibliographic research technique, to finally answer that mediation is inefficient to deal with consumer demands, considering that the procedure

is adequate in disputes that involve feelings, continuous and lasting relationships, pointing to the negotiation procedure as the best way to resolve consumer demands.

Keywords: Conflicts. Consumerists. Mediation. Negotiation.

INTRODUÇÃO

O procedimento de mediação foi institucionalizado pelo Poder Judiciário com a promulgação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010. Desde então e, especialmente a partir de 2015 com a promulgação da Lei 13.140 o procedimento está sendo utilizado de forma indiscriminada para resolver conflitos. A mediação é um procedimento adequado para tratar conflitos onde exista relação afetiva, contínua. Seu foco principal é a pacificação social, por meio da retomada do diálogo.

Defende-se neste trabalho que a mediação não é um mecanismo adequado para tratar demandas consumeristas, assim propõe-se a seguinte problemática de pesquisa: qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? Com o intuito de desenvolver a pesquisa utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma análise geral para ao final chegar a uma específica, como técnica de pesquisa a bibliográfica.

Neste interim, o primeiro item aborda a mediação de forma ampla, apresentando as características atinentes ao procedimento, ou seja, a realização da sessão de mediação objetivando que os conflitantes possam retomar o diálogo e encontrar a melhor solução para a contenda com o auxílio de um terceiro imparcial, que atua como facilitador da conversação.

No segundo tópico, será feito um estudo comparativo entre os procedimentos de mediação e conciliação, ressaltando suas características e dando ênfase sobre quando cada procedimento é o mais adequado para tratar certo conflito, levando em conta as peculiaridades atinentes a demanda.

Por fim, será feito uma análise de procedimentos alternativos a mediação para tratar consumos consumeristas, apresentado os mecanismos de conciliação e negociação. Quanto a conciliação, será analisada como um procedimento adequado, que conta com o auxílio e sugestão de um terceiro imparcial, o conciliador.

Acredita-se que a negociação seja a ferramenta mais adequada para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista suas peculiaridades e, especialmente a necessidade de criatividade na busca por uma solução plausível para os envolvidos. Ademais, a negociação é movida pelo diálogo, no qual cada um tem a oportunidade de tentar convencer ao outro, sobre o que está propondo.

Ao final conclui-se que a mediação é um mecanismo ineficaz para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista, que a prática se apresenta como um método adequado para tratar conflitos onde exista uma relação afetiva prévia. Assim sendo, a melhor opção que se apresenta com o fim de resolver demandas conflitivas advindas de uma relação de consumo é a negociação, que proporciona que as partes busquem um bom resultado.

1 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um procedimento no qual as partes estão no centro da resolução de um determinado conflito, sendo que são auxiliadas por um terceiro para que retomem o diálogo e

possam buscar a solução mais adequada para tratar sua contenda. O procedimento tem como foco fortalecer as relações sociais e garantir urbanidade no convívio a longo prazo.

A palavra mediação “procede do latim *mediare*” que significa intervir, mediar, estar no meio” (SPENGLER, 2021, p.24). Objetiva-se com o procedimento tornar as pessoas responsáveis pelos seus conflitos para que possam conversar e perceber o outro, não como inimigo, mas como alguém com emoções e direitos, para que possam alcançar o consenso e oxigenar a paz social (SPENGLER, 2021).

A prática é considerada “uma maneira ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação terceirizada de uma sanção legal” (WARAT, 2001, p.5). A mediação é utilizada há milhares de anos para solucionar contendas em âmbito comunitário, mas há algum tempo o Judiciário se apropriou do mecanismo, institucionalizando o método.

No ano de 2010 foi promulgada a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010), que disciplinava sobre Política Judiciária¹ Nacional de tratamento de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Sendo que o procedimento de mediação ganhou maior enfoque a partir da promulgação da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), reconhecida como marco legal da mediação no Brasil.

Um importante objetivo da Resolução 125 do CNJ é a transformação da sociedade brasileira, com o prevailecimento da cultura da pacificação, em vez da hoje dominante cultura da sentença. Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados, que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução negociada e amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes (WATANABE, 2019, p.106).

Em que pese o procedimento tenha sido institucionalizado pelo Poder Judiciário, a mediação não deve perder sua essência, que é tornar as pessoas protagonistas do tratamento do conflito no qual estão inseridas, com o auxílio de um terceiro imparcial – mediador – buscando a melhor solução para a realidade conflitiva. “O risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social” (SPENGLER, 2021, p.27).

Uma distinção importante entre os procedimentos extrajudicial e judicial que deve ser levada em conta, é a forma de atuação do Terceiro. O mediador é a pessoa que desenvolve a arte de estar no meio, que conduz as partes para que possam manter a comunicação equilibrada e respeitosa. Ressalta-se que o “mediador que sugere, orienta, decide e obriga a fazer acordo é

¹ A autocomposição é classificada enquanto uma política pública de Estado, vez que apresenta “opções amplamente respaldadas pelas forças políticas e sociais, têm previsão legal e contam com mecanismos e regulamentações para a sua implementação”. Para que seja caracterizada, deve-se “reconhecer que ela reúne condições para se prolongar no tempo. Assim, ao contrário das políticas de governos em que ‘tendem a ser provisórias’, as ‘políticas de estado’ são ‘duradouras’” (SCHMIDT, 2018, p.127).

aquele que não conhece sua missão e nem o seu Código de Ética comportando-se como um juiz, porém em tamanho bonsai” (SPENGLER, 2021, p.127).

Na mediação extrajudicial o mediador pode ser qualquer pessoa que detenha a confiança das partes, enquanto na judicial a legislação impõe uma série de requisitos, limitando a atuação de mediadores aos profissionais que são formados nos moldes exigidos pelo CNJ.

Reputamos criticável o teor do artigo da Lei Federal², ao afirmar que o mediador judicial não será escolhido pelas partes. Isso porque, conforme destacamos anteriormente, a confiança que as partes depositam na pessoa do mediador é um elemento fundamental para o sucesso da mediação. Desse modo, se os interessados têm preferência por um determinado mediador devidamente habilitado, nada mais consentâneo com a própria ontologia do instituto do que privilegiar a sua vontade. Impor aos interessados um mediador, ignorando as suas preferências, servirá apenas para comprometer as tratativas e dificultar o alcance de um acordo (HILL, 2019, p.196).

Compreende-se a importância da mediação judicial, uma vez que, regulamentando a prática os processos judiciais que já estão em curso serão favorecidos. Entretanto, é preciso amadurecer e fomentar o procedimento de mediação extrajudicial, pois este formato permite maior distanciamento do Poder Judiciário, no que diz respeito ao local onde será realizado o procedimento, bem como ao perfil do Terceiro, que irá conduzir o procedimento (ALMEIDA; HILL, 2019).

Hodiernamente, a mediação ganhou maior enfoque devido a dificuldade que as pessoas têm de se comunicar, acredita-se que o melhor meio de fomentar os conflitantes para que voltem a conversar, seja realizando um diálogo mediado. Neste interim, a mediação “como ética da alteridade” proporciona (re)conhecer o outro e retomar o respeito (SPENGLER, 2021, p.25).

No que tange a ética de alteridade deve-se pensar na necessidade de enxergar o outro, para captar a honestidade deste, assim será possível chegar ao fim da mediação, que é justamente responsabilizar os mediandos para que tratem o conflito no qual estão envolvidos e encontrem um ponto de equilíbrio por intermédio do diálogo mediado (SPENGLER, 2021).

É salutar que haja equilíbrio das relações durante a sessão de mediação, conferindo a todos a oportunidade de se manifestar e garantir que o outro compreenda, garantindo assim uma troca harmônica entre as partes. Neste sentido, resta clara a pluralidade de formas utilizadas para realizar o procedimento de mediação (SPENGLER, 2021).

As principais características que permeiam o procedimento de mediação são: a) privacidade: tendo em vista ser um procedimento sigiloso, divulgado somente se for a vontade da parte. b) Economia financeira e de tempo: o procedimento apresenta celeridade e baixo custo financeiro, especialmente se comparado com o jurisdicional que apresenta trâmites lentos, burocráticos e dispendiosos (MORAIS; SPENGLER, 2019).

Ainda, c) oralidade: pois é um meio informal no qual a prioridade é o diálogo entre as partes. d) Reaproximação das partes: tendo em vista que o foco é a pacificação social e não

² Neste ponto, a Autora refere a Lei 13.140/2015.

somente o acordo, é salutar que as partes tenham um convívio harmônico depois de encerrada a mediação. Por fim, e) autonomia e equilíbrio das relações: ressalta-se neste ponto a importância de as partes estarem em equilíbrio durante o procedimento, “não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação” (MORAIS; SPENGLER, 2019, p.133).

Os procedimentos e a linguagem adotados devem ser simplificados e concisos, de modo que os participantes possam compreender cada passo tomado e que, dessa forma, atenda-se ao objeto da mediação, que é a identificação da melhor solução para o caso. A satisfação das partes é a finalidade principal da mediação e independe da celebração de um acordo, que pode ocorrer, caso esteja em conformidade para ambas as partes (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.153).

Objetiva-se com a mediação facilitar a comunicação entre as partes, sendo que “o acordo não é uma meta, mas consequência natural do restabelecimento e aprimoramento do processo comunicativo entre as partes” (SALOMÃO, 2019, p.82).

Salutar destacar que por mais que já esteja inserido no ordenamento jurídico brasileiro, o mecanismo ainda não está integrado a cultura da sociedade brasileira, que até então está arraigada na beligerância³ e no embate dos cidadãos para discutir sobre as mais diversas situações. Se faz necessário educar a população consumerista e, principalmente, os operadores do direito para os procedimentos autocompositivos para que se possa romper com o paradigma adversarial de acesso à justiça, bem como promover a educação das partes para que saibam resolver conflitos futuros de forma extrajudicial, por meio do diálogo, sem ser necessário levar suas demandas à jurisdição.

Neste tópico foi possível conhecer algumas características do procedimento de mediação, tema que será aprofundado e comparado com o procedimento de conciliação no próximo item, com o intento de compreender o porquê não se deve banalizar a forma procedimental, pois quando não são observados os requisitos básicos da mediação, pode-se dizer estar fazendo qualquer coisa, menos mediar.

2 CONFLITOS CONSUMERISTAS E A (IN)EFICIENCIA DA MEDIAÇÃO

O termo mediação é utilizado no Brasil de forma indiscriminada e só recentemente a doutrina brasileira passou a diferenciar do instituto de conciliação. Para aclarar as distinções e semelhanças entre os dois mecanismos autocompositivos será feito um estudo comparativo (WATANABE, 2019).

Com a promulgação do Código de Processo Civil no ano de 2015, a prática de mediação e de conciliação ganharam enfoque no cenário jurídico, apesar de andarem de mãos dadas quando descritas na legislação às práticas autocompositivas não são sinônimas e não devem ser confundidas.

Enquanto na mediação existem formalidades próprias que objetivam reestabelecer o

³ Esse estado emocional adversarial e litigante, quando se constitui, estimula a movimentação dos extremos – das posições opostas – na esfera das polaridades, ao dificultar a percepção das necessidades, dos interesses e sentimentos envolvidos nessa trama envolvendo fornecedores e consumidores (GAGLIETTI; GAGLIETTI, 2016, p.247).

diálogo e vínculos de afeto ou de convívio, a conciliação se apresenta de modo superficial, pois o foco volta-se somente para a composição como forma de encerrar a contenda (CABRAL, 2017).

Os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social (MORAIS; SPENGLER, 2019, p.134).

A conciliação é um instituto que tem por objetivo fazer com que as partes consigam chegar voluntariamente a um acordo contando com o auxílio de um terceiro, o conciliador, que tem liberdade para intervir nas negociações entre as partes, podendo inclusive sugerir propostas de acordo para os conflitantes. O objetivo é o acordo, seja para evitar o processo ou para pôr um fim nele (SPENGLER, 2019).

A conciliação se tornou um importante mecanismo de solução de conflitos no ano de 1984, “pela Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que elegeu a composição amigável dos conflitos como pedra de toque de sua efetividade” (WATANABE, 2019, p.104). A Lei mudou e se transformou nos Juizados Especiais Cíveis, passando a ser a Lei 9.099/95, mas manteve a sua característica, sendo que a primeira audiência obrigatória é a de conciliação.

Os procedimentos de mediação e conciliação podem ser diferidos quanto ao litígio, pois, na conciliação não há relacionamento prévio entre os conflitantes, como, por exemplo, em relações consumeristas. Já na mediação os envolvidos possuem vínculo prévio e, espera-se que após a resolução da contenda esse vínculo se mantenha, a exemplo disso pode-se citar relações entre vizinhos e/ou familiares⁴ (SPENGLER, 2021).

Quanto ao terceiro que irá guiar a prática: o mediador atua auxiliando as partes para que retomem o diálogo sem realizar qualquer intervenção ou sugestão quanto a possíveis acordos. O conciliador, de forma diversa pode sugerir, orientar e direcionar o diálogo para que se chegue a um determinado resultado. O mecanismo de conciliação é reconhecido por ser mais “invasivo” do que o procedimento da mediação, especialmente no que diz respeito a figura do terceiro envolvido, pelo fato da possibilidade de intervenções que lhe são permitidas (SALOMÃO, 2019, p.74).

No que tange aos objetivos almejados, a mediação busca a restauração do diálogo para que o conflito seja tratado da melhor forma para todos os envolvidos, sendo que, nessa sistemática, o acordo será uma consequência positiva, “um procedimento de mediação que não tenha se encerrado com um acordo não poderá ser chamado de inexitoso se possibilitou que os conflitantes voltassem a conversar. A mediação busca o consenso e a efetiva pacificação social” (SPENGLER, 2021, p.26). Diferente do exposto, a conciliação visa solucionar o litígio com a realização de um acordo.

Outro ponto importante que difere as práticas são as técnicas utilizadas nas sessões: na

⁴ Um exemplo claro decorre dos processos de inventário, nos quais os herdeiros podem obter, nas sessões de mediação ou conciliação, uma oportunidade renovada, mais aberta e informal, de comunicação e entendimento, com vistas à partilha amigável (SANTOS, 2018, p.261).

mediação, as partes são colocadas no centro da resolução do conflito, são sessões longas que podem ser remarçadas para que os mediandos dialoguem e busquem a construção de respostas para sanar a demanda. Na conciliação, as técnicas utilizadas voltam-se para a busca do acordo, como, por exemplo, a negociação de propostas. A conciliação, em regra, tem curta duração e raramente é reagendada (SPENGLER, 2021).

A conciliação se apresenta um procedimento adequado para tratar conflitos nos quais os litigantes não possuem qualquer vínculo social, como, por exemplo, para tratar uma demanda que envolva um conflito a respeito de uma colisão de trânsito. Ou seja, “são casos em que o conflito é circunstancial, sem perspectiva de continuidade e que envolvem objetivos específicos e pontuais” (SALOMÃO, 2019, p.74).

Com essa perspectiva, a mediação é indicada em nosso país especialmente para os conflitos vivenciados por cidadãos com vínculo entre si (art. 165, §3º do CPC) ou ainda que para cidadãos que experimentam relações continuadas e que possivelmente podem perdurar após a ocorrência do conflito, a exemplo dos laços familiares e das relações de vizinhança (SANTOS, 2018, p.264).

Nesse íterim acredita-se que enquanto todo o procedimento de conciliação é voltado exclusivamente para o acordo, a mediação envolve uma questão social, pois tem como objetivo que os envolvidos retomem o diálogo, debatam o que lhes fez chegar até o conflito e juntos concluam como podem solucionar a situação, sendo o acordo uma consequência disso. Desse modo, pode-se dizer que a mediação é uma prática de pacificação social.

3 ALTERNATIVAS A MEDIAÇÃO PARA TRATAR CONFLITOS CONSUMERISTAS: A NEGOCIAÇÃO COMO MELHOR OPÇÃO!

As relações de consumo se multiplicaram nas últimas décadas o que influencia fortemente no avanço social. Ressalta-se que não se deve confundir relações de consumo com consumismo, termo este que exprime a ideia de supervalorização de bens materiais associados a felicidade.

Esta sociedade consumerista⁵, acaba por gerar exclusão social de muitos que não podem acompanhar o padrão estabelecido pelo consumo excessivo. Ainda, muitas pessoas acabam por se endividar, pelo fato de não terem condições financeiras para comprar com os itens necessários que as fazem se sentir incluídas na sociedade.

O consumo enquanto processo sociocultural de aquisição de produtos e/ou serviços, entre outras implicações, busca satisfazer as pretensões pessoais de cada indivíduo. O ato de consumir ultrapassa o conceito de racionalidade econômica, levando-se em consideração as relações de mercado e a ótica do comportamento

⁵ “O consumo enquanto processo sociocultural de aquisição de produtos e/ou serviços, entre outras implicações, busca satisfazer as pretensões pessoais de cada indivíduo. O ato de consumir ultrapassa o conceito de racionalidade econômica, levando-se em consideração as relações de mercado e a ótica do comportamento do consumidor, obtendo um significado social” (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.158).

do consumidor, obtendo um significado social (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p.158).

A ideia de consumocentrismo remete ao individualismo que a pessoa tem para com a sociedade. “Sob tal ótica, o ciclo do consumo, com aporte em uma felicidade que nunca é saciada, é retroalimentada”. Nestas relações o ser humano perde seu protagonismo para relação superficial de supervalorização do bem material, sendo que não é estimulado a cooperação entre os indivíduos, o que está em foco é a propagação acelerada do consumo⁶ (STANGHERLIN; SPENGLER; DORNELLES, 2021, p.70).

Devido ao consumismo exacerbado, muitos conflitos consumeristas são levados ao Poder Judiciário, sendo que, atualmente o direito do consumidor está entre os cinco temas que mais demandam em ações de segundo grau e conta com o primeiro lugar em ações ingressadas nos Juizados Especiais Estaduais⁷ (CNJ, 2021).

Diante da crise da Jurisdição, o Poder Judiciário se apropriou do procedimento de mediação, uma prática milenar que proporciona o diálogo entre as partes, geralmente mediado por um membro antigo e sábio da comunidade onde está inserido o conflito, reconhecido nos dias de hoje, como mediação comunitária.

Ocorre que devido a institucionalização do procedimento, este passou a ser usado de forma indiscriminada, desrespeitando, por vezes, os numerosos requisitos a serem seguidos para que, de fato possa se dizer ser mediação, como foi possível visualizar no tópico anterior.

Diante disso, acredita-se que a mediação por ser um procedimento que objetiva a retomada do diálogo entre as partes e a pacificação social, não seja o mecanismo adequado para tratar demandas consumeristas.

O Código de Defesa do Consumidor, estabelece que é considerado consumidor qualquer pessoa física ou jurídica, bem como uma coletividade de pessoas. Já as relações de consumo se estabelecem que qualquer ato de consumo, como, por exemplo, a aquisição de um produto de supermercado, já qualificariam a relação.

O consumidor, é protegido dentro da relação de consumo, tendo em vista a sua hipossuficiência perante o fornecedor/prestador de serviços, sendo que tal ato é considerado um fundamento de ordem econômica na legislação brasileira.

Sabe-se que é mister diferenciar uma relação de consumo estabelecida entre uma grande empresa e o consumidor, da relação estabelecida em regiões interioranas, quando os fornecedores de serviços e os consumidores, em regra são pessoas conhecidas, que mantem relação próxima dentro da comunidade.

⁶ “O que interessa dizer é que independentemente do tipo de interesse ao qual se insurge o consumidor, este encontra-se amparado, contando com o direito à informações claras e objetivas sobre os diferentes produtos e serviços disponíveis, sobre todos os aspectos que envolvem as relações de consumo. Sendo uma das áreas de aplicação da mediação a área comercial (que compreende pessoas físicas e jurídicas, consumidores e fornecedores de produtos e serviços), importante o se faz o estudo acerca do público consumidor, inserido nessa área. Fundamental é destacar como ocorrem as relações de consumo, indicando como se dá o comportamento do consumidor sob influências culturais e de mercado para a tomada de decisões” (MANFIO; MARTINS; COSTA, 2020, p. 158).

⁷ As demandas de Direito do Consumidor, mais especificadamente Responsabilidade de fornecedor e indenização por dano moral, totalizam 8,8% de demandas ingressadas nos Juizados Especiais (CNJ, 2021, p. 276).

Ainda assim, deve ser levado em consideração a vulnerabilidade encarada pelo consumidor em comparação para com o empresário – seja microempreendedor ou empresa de porte diverso – pois, em regra, empresas tem maior poder aquisitivo e são litigantes habituais dentro do sistema jurisdicional.

Pelo exposto, acredita-se que o consumidor deve ser protegido diante da sua vulnerabilidade para com o fornecedor/prestador de produtos ou serviços, o que não poderia ser garantido pelo sistema de mediação, tendo em vista que o objetivo é promover o diálogo. Por tal motivo, defende-se que a mediação é ineficiente para tratar demandas consumeristas, sendo a negociação é a melhor forma tratar tais demandas.

A negociação é uma técnica utilizada pelo conciliador na busca pelo acordo, mas também pode ser reconhecida como uma ferramenta autocompositiva, visto que “é um dos primeiros e mais utilizados meios de lidar com os conflitos” (SPENGLER, 2019, p.76). Segundo Weiss (2018, p.11), “negociar é uma questão de criatividade e não de conciliação”.

Negociações são movidas pelo diálogo, sendo que cada pessoa tenta convencer a outra sobre o que está propondo. Elas fazem parte do cotidiano, seja para comprar um produto, pedir um aumento de salário para o chefe e até mesmo para decidir em qual restaurante um casal irá jantar; em outras palavras, “negociar é isto: uma situação em que duas partes, com motivações e objetivos em geral competitivos, chegam a um acordo que satisfaça ambas” (WEISS, 2018, p.11).

Spengler (2019, p.77) cita duas formas de negociação, a “distributiva e a integrativa”, sendo que, na primeira os integrantes apresentam suas propostas e tentam maximizar seus ganhos, neste método as partes negociam e, mediante pressão, realizam concessões recíprocas. Já a negociação integrativa é baseada em princípios, pois as partes voltam seu foco na busca para uma solução vantajosa para ambos. “Nessa forma de negociação, o objetivo é não negociar sobre posições, e sim focar os interesses dos envolvidos, distinguindo deles os problemas e tratando-os sempre com respeito, confiança e amizade.” (SPENGLER, 2019, p.78).

No livro de revisão de negociações de Harvard, intitulado *Negociações Eficazes*⁸, Jeff Weiss (2018, p.13-15), com o intuito de fazer o leitor repensar sua forma de negociação, apresenta duas modalidades: a de “negociação ou barganha posicional⁹” e a de “abordagem do círculo de valor”. Na primeira, é realizado um jogo de concessão no qual as partes se obrigam a encontrar um meio termo, essa modalidade arraigada em teimosia e imposição é ilusória, pois, por vezes, por mais que haja um desfecho para determinado conflito, prejudica o relacionamento entre as partes (WEISS, 2018).

Quanto à abordagem do círculo de valor, é descrita como um método de cooperação entre as partes, pois juntas estas aprofundam algumas questões para entender os interesses mútuos.

8 Título do original, em inglês: *Harvard Business Review*, traduzido para o português por Roberto Gray.

9 “EXEMPLO DE DIÁLOGO: **Parte 1:** É isto que eu quero. **Parte 2:** É isto que eu quero. **Parte 1:** Está bem. Farei essa pequena concessão para me aproximar do que você quer. Mas só desta vez. **Parte 2:** Está bem. Como você fez isso, também farei uma pequena concessão. Mas só desta vez. **Parte 1:** Olha, isso é o máximo que posso fazer. **Parte 2:** Idem. **Parte 1:** Acho que preciso consultar meu chefe (ou encontrar outra pessoa com quem negociar). **Parte 2:** Também preciso recuar. **Parte 1:** Talvez eu possa fazer alguma coisa. E se eu fiz mais uma concessão? **Parte 2:** Ajudaria. **Parte 1:** Então vou precisar de uma concessão de sua parte. **Parte 2:** Está certo. E se concordássemos em dividir a diferença? **Parte 1:** Negócio fechado” (WEISS, 2018, p.12-13, grifo do autor).

Nessa modalidade, nenhuma parte precisa abrir mão dos próprios interesses, “é uma questão de ter clareza sobre o que quer e usar esta informação para encontrar uma solução de alto valor que levará ambos aonde querem” (WEISS, 2018, p.16). Em uma didática cooperativa, sugerem-se reformulações na fala durante a negociação, como, por exemplo: ao invés de questionar “O que estou disposto a ceder?” perguntar “quais são as diferentes maneiras pelas quais podemos resolver essa questão”, ou então “O que você quer?” por “por que você quer isso?” (WEISS, 2018, p.14-15).

Com a abordagem do círculo de valor, a negociação não precisa ser tudo ou nada. Usamos a imagem do círculo porque, em vez de um pingue-pongue entre você e a outra parte, com o círculo você cria um espaço para explorar criativamente interesses, opções e critérios (WEISS, 2018, p.81).

Olhando de outra forma, a negociação também pode ser classificada enquanto direta por um intermediário e por representação. Nesse sentido, a direta acontece quando as partes administram um conflito de forma “autônoma e informal”. Já a negociação realizada com o auxílio de um intermediário ocorre quando as partes não conseguem mais, sozinhas, entabular um acordo por meio de comunicação, assim o intermediador cumpre a função de levar e trazer propostas. Na modalidade de representação, os negociantes são representados por seus advogados, e acredita-se ser essa uma técnica “lenta e custosa” (SPENGLER, 2019, p.79), pois há uma probabilidade maior do conflito acabar virando litígio e, conseqüentemente, uma demanda processual.

Uma negociação de sucesso deve ter como meta de acordo sete requisitos propostos por Weiss (2018, p.20):

- 1-Satisfaz os principais interesses de todos (os seus e os da outra parte);
- 2-Ser a melhor de diversas opções;
- 3-Obedecer a critérios juntos e legítimos;
- 4-Ser melhor que as alternativas;
- 5-Ser feita de compromissos claros e viáveis;
- 6-Resultar de uma comunicação eficaz;
- 7-Ajudar a criar o tipo de relacionamento que você deseja.

Além disso, o autor reconhece os termos “interesse, opção, critérios, alternativas, compromissos, comunicação e relacionamento” (WEISS, 2018, p.20) como os “sete elementos” da negociação.

Um bom acordo formulado mediante negociação deve ser praticável dentro da realidade de cada envolvido; caso contrário, se torna uma perda de tempo. Além disso, propõe-se que um bom acordo é aquele que pode ser considerado justo por quem está na mesa de negociações e por

quem está fora dela (WEISS, 2018).

Diante o exposto é perceptível a diferença entre os procedimentos de mediação e negociação, sendo que a primeira visa a pacificação social, a retomada do diálogo entre os envolvidos em uma contenda, enquanto a outra visa um bom acordo idealizado pelos próprios conflitantes, para que seja viável o seu cumprimento.

Neste interim, a mediação não é um procedimento eficiente para tratar demandas consumeristas, tendo em vista, que, em regra as partes não têm um vínculo prévio, bem como, não pretendem manter um relacionamento afetivo depois de realizar um acordo.

O procedimento mais adequado para tratar os conflitos consumeristas é o procedimento de negociação, tendo em vista suas peculiaridades, a possibilidade de apresentar propostas e contrapropostas, de falar e ser ouvido explicando os motivos da demanda. É preciso que seja fomentado a utilização de mecanismos adequados de tratar conflitos, como a negociação e a mediação, desde que, sempre se observe os requisitos de aplicação das práticas autocompositivas nos casos práticos.

CONCLUSÃO

O foco da presente pesquisa foi verificar a ineficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas e a defesa da negociação como mecanismo mais adequado. Como problemática de pesquisa, questionou-se: qual mecanismo apresenta-se como melhor meio para tratar demandas consumeristas? O método de abordagem dedutivo demonstrou-se eficiente para aprofundar a pesquisa, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, permitindo fazer uma pesquisa na doutrina e em artigos científicos que estudam o tema.

Para responder o problema proposto no primeiro item, foi feita uma análise acerca do procedimento de mediação, suas características e os objetivos inerentes ao mecanismo. O que permitiu que, no segundo tópico fosse realizado um estudo comparativo com a prática de conciliação, bem como verificar a ineficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas, tendo em vista que o objetivo é fazer com que as partes dialoguem e se possível entrem em consenso, buscando a pacificação social, tendo em vista que o procedimento é aplicado em regra onde há um relacionamento prévio, como, por exemplo, direito de família e de vizinhança.

Frisou-se ainda, que não devem ser iguais as relações de consumo mantidas entre grandes empresas e seus consumidores e pequenos produtores/fornecedores de serviço e seus clientes, mas que em todas as relações consumeristas, deve ser avaliado a hipossuficiência do consumidor diante de empresas prestadoras/fornecedoras de serviços ou produtos.

Em que pese a mediação seja uma prática humanizada de tratamento de conflitos, existem regras que devem ser seguidas para a sua aplicação, não podendo banalizar o procedimento e utilizá-lo de forma indiscriminada para tentar tratar todas as relações conflitivas, devendo ser analisada a contenda e observar se é caso de valer-se da prática.

Defende-se a negociação como melhor instrumento para tratar dos conflitos que tenha surgido em função de uma relação de consumo, tendo em vista que o procedimento garante que as partes apresentem quais seus objetivos e o motivo para a outra aceitar, sendo viável a realização de propostas, contrapropostas, objetivando por fim, o acordo.

Seguindo este fio condutor, conclui-se que a mediação é ineficiente para tratar os conflitos consumeristas, tendo em vista que o procedimento é adequado para tratar conflitos que envolvem sentimentos, relações contínuas e duradouras, apontando o procedimento de negociação como melhor meio de tratar contendas advindas de relação de consumo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; HILL, Flávia Pereira. A mediação extrajudicial na Lei nº 13.140/2015. *In*: PELAJO, Samantha; FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza; NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOUZA E LIMA, Evandro (coord.). **Comentários à lei de mediação: estudos em homenagem aos 10 anos da Comissão de Mediação de Conflitos OAB-RJ**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália Formagini. Os conflitos nas relações de consumo como oportunidades educadoras por meio da mediação. *In*: CARGARO, Cleide; PEREIRA; Agostinho Oli Koppe; NODARI, Paulo César. **O hiperconsumo e a democracia: os reflexos éticos e socioambientais**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016. p. 247-271.

HILL, Flávia Pereira. A mediação de conflitos no novo código de processo civil e na lei federal nº 13.140/2015. *In*: GUERRA, Carlos Eduardo. **Direito processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2019.

MANFIO, Chanauana de Azevedo Canci; MARTINS, Vera Sirlei; COSTA, Valesca Brasil. A mediação como política pública de resolução de conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 149-169, jul. 2020. DOI: 0.5433/2178-8189.2020v24p149

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe. Guerra e paz: as conexões entre jurisdição estatal e os métodos adequados de resolução de conflitos. In: CURY, Augusto. **Soluções pacíficas de conflitos: para um Brasil moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 43-102.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS): a autocomposição em perspectiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 38, p. 257-276, ago. 2018.

SCHMIDT, João Pedro. **Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STANGHERLIN, Camila S; SPENGLER, Fabiana M.; DORNELLES, Maini. Os princípios da fraternidade e da solidariedade: instrumentos na minimização de impactos da sociedade consumocentrista. In: CALGARO, Cleide. **Constitucionalismo e meio ambiente: diretrizes de políticas públicas socioambientais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Tomo 4, p. 59-78.

WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WEISS, Jeff. **Negociações eficazes**. Trad. Roberto Gray. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Como citar: DORNELLES, Maini; SPENGLER, Fabiana Marion. A (in)eficiência da mediação para tratar conflitos consumeristas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 10-23, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/05/2021.

Aprovado em: 27/01/2023.

DA ADMISSIBILIDADE DO AJUSTE VERBAL EM CONTRATOS ESCRITOS DE CONSUMO

THE ADMISSIBILITY OF VERBAL ADJUSTMENT IN WRITTEN CONSUMPTION CONTRACTS

Luiz Carlos Goiabeira Rosa*
Fernanda Pantaleão Dirscherl**
Bruna Gomide Corrêa***

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra, UC/PT).

Doutor em Direito Privado (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMinas/MG). Mestre em Direito Civil (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG/MG).

Graduado em Direito (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG). E-mail: lgoiabeira@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2350-5154>.

**Doutoranda em Derecho protección jurídica y cohesión social (Universidad de León, ULE/Espanha).

Mestra em Direito (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG). Graduada em Biomedicina e Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

E-mail: fernandapantaleaod@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6336-6315>.

***Mestra em Direitos e garantias fundamentais (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG).

Graduada em Direito (Universidade Federal de Uberlândia, UFU/MG). E-mail: brunagocorreia@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0769-0230>.

Como citar: CORRÊA, Bruna Gomide; DIRSCHERL, Fernanda Pantaleão; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. Da admissibilidade do ajuste verbal em contratos escritos de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 24-41, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p24. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo propõe-se a demonstrar a admissibilidade e validade da adoção da forma verbal para ajustes realizados simultaneamente ou posteriormente à celebração de um contrato escrito de consumo, em contraponto a entendimento que propugna pela respectiva inadmissibilidade e admite a validade somente de aditivos contratuais realizados pela forma escrita, se escrito for o contrato. Utilizou-se do método dedutivo, partindo-se do pressuposto de que, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental e a Constituição Federal determinando expressamente que o Código de Defesa do Consumidor seria a lei a determinar as diretrizes da proteção do consumidor – sendo, portanto, uma norma principiológica -, para posteriormente avaliar-se a aplicação das regras consumeristas quanto à interpretação mais favorável ao consumidor no tocante às declarações de vontade posteriores à celebração do contrato, verificando-se por conseguinte a possibilidade de ampliação das formas de alteração contratual e se concluindo pela impropriedade de se restringir à forma escrita o ajuste contemporâneo ou posterior à celebração do contrato escrito de consumo.

Palavras-chave: Contrato. Consumidor. Aditivo. Ajuste verbal.

Abstract: This article proposes to demonstrate the admissibility and validity of the adoption of the verbal form for adjustments made simultaneously or after the conclusion of a written consumer contract, in contrast to the understanding that advocates for the respective inadmissibility and admits the validity only of

contractual amendments made in writing, if written is the contract. The deductive method was used, assuming that, since consumer protection is a fundamental right and the Federal Constitution expressly stipulating that the Consumer Protection Code would be the law to determine consumer protection guidelines - being, therefore, a principiological norm - to subsequently evaluate the application of consumerist rules as to the most favorable interpretation to the consumer with respect to declarations of will after the conclusion of the contract, thus verifying the possibility of expanding the forms of contractual amendment and concluding by the impropriety of restricting the written form to contemporary adjustment or subsequent to the conclusion of the written consumption contract.

Keywords: Contract. Consumer. Additive. Verbal adjustment.

INTRODUÇÃO

Os contratos de consumo são de importância fundamental para o desenvolvimento da sociedade atual, posto serem uma das mais eficazes modalidades de circulação de riquezas e suprimento de necessidades e conveniências. Geralmente de adesão, e por isso na maior parte das vezes celebrados com cláusulas pré-estabelecidas de forma a que os consumidores no momento da celebração contratual não possuam liberdade de negociação a tanto, não é raro acontecer de as partes anuírem em alterações contratuais de forma verbal e contemporaneamente ou supervenientemente à celebração do contrato escrito, seja por facilidade de concretude do contrato ou por alteração da situação fática que exija uma pronta adequação pelas partes, adequação esta que a formalidade de um aditamento escrito não pode atender na rapidez e celeridade que o momento exige.

Isto posto, num cenário de rápidas alterações sociais e econômicas que atingem a população de modo geral, e bem assim, numa contemporaneidade em que a tecnologia proporciona cada vez mais opções de registro de declaração de vontade, tem-se a seguinte problemática: é válido admitir-se a restrição à forma escrita da prova de ajuste verbal simultâneo ou posterior à celebração de um contrato escrito de consumo?

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo responder negativamente ao problema, tendo por objeto a defesa da ampliação da respectiva prova para além da forma escrita e instrumentalizada e se justificando tal tema pela relevância em se combater uma injusta e não prevista normativamente relativização do direito fundamental à proteção do consumidor. Para tanto, a utilizou-se o método de abordagem dedutivo, em que se parte da proteção do consumidor como direito fundamental enquanto premissa maior e geral e o Código de Defesa do Consumidor como respectivo desdobramento, ponderando-se em seguida sobre o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor e ao fim se chegando à premissa menor e específica consubstanciada na conclusão pela impropriedade de se restringir à forma escrita e instrumentalizada a prova de ajustes verbais estabelecidos simultaneamente ou posteriormente à celebração do contrato escrito consumerista.

1 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A positivação da proteção ao consumidor em tais contornos específicos foi consequência do desenvolvimento das relações de consumo massificadas ao longo do século XX, principalmente em razão da industrialização e da consequente e crescente necessidade de os donos dos meios de produção escoarem os produtos em cada vez maior volume produzidos.

A esse respeito, as mudanças provocadas pela pós-modernidade nas técnicas de produção e comercialização aliadas a uma publicidade voltada para a sedução do consumidor pelo fornecedor redundaram num reposicionamento da postura da sociedade consumidora: a expansão dos meios de comunicação proporcionou maior incidência de propagandas que sedutoramente convencessem o consumidor a adquirir cada vez mais produtos e serviços ainda que totalmente supérfluos, mas

que por meio do convencimento propagandístico induzissem o consumidor a crer na necessidade da aquisição para ser aceito no grupo social em que pretende ingressar ou permanecer, e com isso alcançar a felicidade.

Assim, o consumidor deixou de adquirir apenas o necessário à subsistência e passou a consumir o supérfluo porém útil à aquisição de um *status* necessário à aceitação e afirmação em meio a determinado grupo social, num contexto em que a sociedade passou a ser massificada e moral e juridicamente pluralista, globalizada e com fácil acesso à informação (AZEVEDO, 2012, p. 12): consumir deixou de ser sinônimo de adquirir para sobrevivência e se ampliou para a aquisição, com a finalidade de satisfazer desejos e a aceitação por determinado grupo social mediante a aquisição e ostentação do produto adquirido.

O consumo deu lugar ao consumismo, conforme a explicação de Bauman (2008, p. 74):

A vocação consumista se baseia, em última instância, nos desempenhos individuais. Os serviços oferecidos pelo mercado que podem ser necessários para permitir que os desempenhos individuais tenham curso com fluidez também se destinam a ser a preocupação do consumidor individual: uma tarefa que deve ser empreendida individualmente e resolvida com a ajuda de habilidades e padrões de ação de consumo individualmente obtidos. Bombardeados de todos os lados com sugestões de que precisam se equipar com um ou outro produto fornecido pelas lojas se quiserem ter a capacidade de alcançar e manter a posição social que desejam, desempenhar suas obrigações sociais e proteger a auto-estima – assim como serem vistos e reconhecidos por fazerem tudo isso –, consumidores de ambos os sexos, todas as idades e posições sociais irão sentir-se inadequados, deficientes e abaixo do padrão a não ser que respondam com prontidão a esses apelos.

Com o propósito de convencer o consumidor acerca da necessidade de ter determinado produto ou serviço para estar entre a elite da sociedade, a propaganda em massa feita pelo fornecedor ocasionou uma mudança de mentalidade transformando a sociedade consumidora numa sociedade consumista, onde os fornecedores passaram a fabricar produtos que representassem símbolos de pertencimento a um grupo social, privilegiando-se a novidade e se relegando a durabilidade e prestabilidade a segundo plano, gerando-se como efeito colateral uma constante insatisfação logo após o produto deixar de ser inédito, e a recorrente busca pela novidade por meio do consumo/consumismo. Infra-se que essa insatisfação decorreu principalmente da superação dos valores até então vigentes por outros, onde se valoriza uma transitória novidade em detrimento de uma perene durabilidade: na hierarquia herdada dos valores reconhecidos, a síndrome consumista degradou a duração e promoveu a transitoriedade. Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência (BAUMAN, 2008, p. 109).

O consumidor passou a ser visto pelo fornecedor não propriamente como um cidadão, mas como uma fonte de renda por meio do escoadouro de seus produtos cujo convencimento deve ser feito pelo fornecedor por todas as formas. E nisso, sobressaíram-se várias formas de abusos ao consumidor enquanto cidadão e titular de uma vida digna.

Assim, como forma de o consumidor ter preservada a sua dignidade enquanto ser humano a Constituição de 1988 trouxe em seu artigo 5º, XXXII, a proteção do consumidor com *status* de direito fundamental e, em seu artigo 170, V, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. O consumo ganhou novos contornos: deixou de ser visto apenas como uma atividade meramente econômica e passou a ser uma obrigatoriedade e uma função do indivíduo enquanto cidadão, sob pena de desumanização do sujeito (PEREIRA; BOSSARDI, 2011, p. 117).

A Constituição de 1988 foi a primeira Lei Fundamental brasileira a conferir a tal proteção o *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXII), bem como a determinar uma norma com a função de ser o arcabouço principiológico das relações de consumo – o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Conquanto a proteção ao consumidor no Brasil seja relativamente nova, é decorrente de uma nova concepção quanto ao sentido e função da Constituição influenciada pelas diversas transformações sociais ocorridas desde o início do século XX, que ocasionaram uma aproximação entre as relações públicas e privadas resultando na afirmação constitucional expressa da pessoa humana enquanto titular de dignidade e dos direitos daí decorrentes, dentre os quais a sua proteção enquanto sujeito consumidor.

Os direitos fundamentais representam valores fundantes e a base axiológica do ordenamento jurídico, e podem ser conceituados como direitos inerentes ao ser humano enquanto cidadão do Estado com objetivo de assegurar uma vida digna: “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade” (SARLET, 2010, p. 97). Nesse mister, o reconhecimento do direito do consumidor enquanto direito fundamental justifica-se a partir do reconhecimento da situação de desigualdade que esse sujeito enfrenta no mercado de consumo, sendo necessária por isso a efetiva tutela estatal para que se nivelem de forma justa e equitativa os sujeitos da relação consumerista.

Conforme o escólio de Miragem (2014, p. 51): “[...] o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau, ao próprio Estado.”

Obtemperem-se que, enquanto direito fundamental, a proteção do consumidor deve ser interpretada o mais amplamente possível em consonância com o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, bem explicado por Canotilho (2003, p. 1224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Essa máxima efetividade é extraída especialmente a partir do significado objetivo dos

direitos fundamentais. O significado objetivo aponta que os direitos fundamentais não contêm apenas direitos subjetivos exercidos em face do Estado, representam também uma ordem de valores objetiva que vige em todos os âmbitos do direito (DUQUE, 2014, p. 339). A partir dessa compreensão, resulta a eficácia irradiante dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico, onde a eficácia objetiva atua como um reforço à dimensão subjetiva desses direitos na busca de uma maior eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, a partir do reconhecimento de que a proteção dos direitos fundamentais não se restringe à relação entre o particular e o Estado, mas também alcança a relação entre particulares, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais significa também a melhor interpretação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Desse modo, enquanto direito fundamental a proteção do consumidor deve se dar de modo que alcance a maior efetividade possível no caso concreto: a interpretação e aplicação da proteção do consumidor deve ocorrer através de uma tutela de efetividade, atenta à dignidade da pessoa humana e ao dever de proteção do Estado em relação a esse sujeito constitucionalmente protegido.

Essa máxima efetividade constitui elemento essencial do Código de Defesa do Consumidor enquanto prolongamento do direito fundamental à proteção do consumidor, na medida em que ao regular as relações de consumo busca proteger o consumidor o mais abrangentemente possível. Isso se denota claramente por exemplo no artigo 47 do Código Consumerista, o qual prevê a obrigatoriedade de, em caso de ambiguidade, serem as cláusulas contratuais interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor.

Observe-se que a amplitude conferida pelo princípio da máxima efetividade estende-se ao CDC, posto ser este um prolongamento do direito fundamental à proteção do consumidor: conforme já dito, além de prever a proteção do consumidor como direito fundamental a Constituição de 1988 determinou no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o legislador editasse um sistema normativo que garantisse a proteção estabelecida pelo direito fundamental à proteção do consumidor – conforme a expressa previsão do artigo, o Código de Defesa do Consumidor. Daí então observar-se que o CDC tem origem constitucional expressa, dessumindo-se claramente ser a lei de que o no art. 5º, XXXII da Lei Fundamental preconiza ao determinar que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

2 DA PREVALÊNCIA DO CDC, NA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

De acordo com Kelsen (1998, p. 155), a validade de uma norma é determinada pelo fundamento imediato daquela, isto é, há a norma superior que lhe confira legitimidade e validade. No caso em tela o CDC assim é em relação à Constituição Federal, a qual expressamente lhe legitima enquanto norma balizadora das relações de consumo tendo portando um caráter principiológico, na medida em que conforme o aludido expresso preceito constitucional é a lei que disciplinará a proteção do consumidor, prevalecendo sobre as demais normas infraconstitucionais do sistema

jurídico atual.

Com efeito, da análise sistemática dos arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal, e do art. 48 do ADCT, observa-se que o CDC é uma lei principiológica por ser a norma que regulará a proteção do consumidor, trazendo consigo, portanto, todos os princípios a serem aplicados em toda e qualquer relação de consumo. De modo que, todas as demais leis que tratem de alguma forma de relação de consumo deverão se submeter aos preceitos da lei principiológica do CDC, não havendo o que se falar em critérios de resolução quando do conflito aparente de normas pois, independentemente de ser uma lei geral ou específica, por força constitucional o CDC é a lei que regula as relações de consumo devendo ser aplicado em toda e qualquer relação jurídica que se configure como de consumo, ainda que haja uma lei especial que regule o determinado negócio jurídico – tal qual se dá por exemplo com as Leis nº 8.245/1990 (locação); 9.656/98 (convênios médicos); 10.671/2003 (proteção e defesa do torcedor); e o Decreto nº 7.962/2013, que regulamenta o direito à informação.

Cavaliere Filho (2019, p. 34) formula bem essa ideia, enaltecendo inclusive a importância que o Código do Consumidor possui atualmente na sociedade, de modo que não há possibilidade de afastar a aplicação do Código quando se tratar de questões que tenham o mercado de consumo como matéria de direito e que, apesar da existência de leis especiais, não se utiliza como já tratado o princípio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Aduz o autor, ainda, que a avançada técnica legislativa do Código do Consumidor formulada por meio de respaldos principiológicos e de cláusulas gerais possibilita o caráter de supralegalidade, localizando-se entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 35). No mesmo sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior (2011a, p. 515), que afirma a impossibilidade da regulação de relações de consumo pelo Código Civil, caracterizando que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial e principiológica, tornando este hierarquicamente superior àquele.

Assim, resta claro que os critérios tradicionais de antinomia de normas devem ser relegados a segundo plano nesse contexto, pois há um comando constitucional expresso advindo da aludida interpretação sistemática dos arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal, e do art. 48 do ADCT, no sentido de se reconhecer o CDC como extensão do direito fundamental à proteção do consumidor, e por isso ser a lei básica e principal a ser adotada em toda relação jurídica que se configure como de consumo. É dizer: em que pese ser uma lei infraconstitucional, o CDC é um prolongamento direto do direito fundamental à proteção do consumidor, gozando, portanto, da mesma efetividade e força impositiva que este em uma situação de conflito de normas que envolvam relações passíveis de configuração consumerista.

Mais não bastasse, mister se faz frisar que o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema autônomo e nessa qualidade Barbosa (2016, p. 119) trata que o Código possui vida própria, de forma que se sobressai frente aos demais códigos instituídos, com exclusão da própria Constituição.

Aprevalência deste Código, conforme apresenta Sodré (2009, p. 30) sobre as argumentações de Calais-Auloy e Ramsay, ocorre pela necessidade de legislação que visam proteger a fraqueza do

consumidor e o Código Civil clássico não era suficiente para atuar em relações de consumo, uma vez que este, parte da ideia da igualdade dos sujeitos o que neutraliza os valores sociais.

Em relação ao consumidor, deve haver valores éticos e sociais que a sociedade deve tomar de pronto para defender e por estas razões o direito do consumidor supera o direito civil, e ato contínuo restando demonstrada a superioridade normativa do Código de Defesa do Consumidor sobre o Código Civil e outras legislações.

Nery Junior (2011b, p. 11) trata do Código de Defesa do Consumidor como um microsistema que regula as relações de consumo, que aufere autonomia dentro da ciência do Direito, não sendo um ramo do direito civil, econômico ou financeiro, tendo em vista a alta complexidade e exigindo uma interdisciplinaridade de normas materiais e processuais. Nesse sentido e ao comentar o entendimento de Calais-Auloy, Steinmetz e Ramsay, Sodré (2009, p. 50) traz a diferenciação de leis gerais e especiais dentro de uma discussão em que se apresenta, dentro das relações de consumo, as leis gerais como forma de definição das leis sistêmicas para a defesa do consumidor, e em seguida apresenta a ideia de que o direito do consumidor necessita dos princípios gerais regentes a esta matéria para ser devidamente compreendido, devendo serem utilizados para análise e eficácia das leis.

Daí então se afirmar que o CDC é ao mesmo tempo lei especial, específica e exclusiva, tendo a própria Constituição Federal determinado a instituição desta por meio dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias. A existência de leis esparsas que tratam especificamente de determinados tipos de relação de consumo e que porventura venham a ser incompatíveis com o Código do Consumidor não levarão à prevalência daquelas em relação a este, seja pelo critério cronológico ou da especialidade, de modo que coexistirão apenas no que possuírem conformidade com a proteção do consumidor.

3 INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR

Corolário do direito fundamental à proteção do consumidor, o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor é um dos instrumentos previstos no CDC que concretiza a isonomia em seu sentido material, real e efetivo (NERY JÚNIOR, 2011b, p. 286): em todo e qualquer contrato de consumo, não apenas nos de adesão, deve incidir essa regra geral de interpretação das cláusulas contratuais que funciona como instrumento eficiente de proteção contratual do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 183).

Com efeito, na relação de consumo denota-se uma patente desigualdade entre os sujeitos da relação consumerista, sendo o consumidor a parte mais fraca na relação de consumo a ponto de sua vulnerabilidade ser reconhecida enquanto princípio (CDC, art. 4º, I), desigualdade essa desfavorável ao consumidor e que se faz necessária ser contrabalanceada para que se harmonizem os interesses das partes da relação, de forma a que se proteja o consumidor e ao mesmo tempo respeitem-se os direitos do fornecedor “sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre

consumidores e fornecedores”, tal qual preconiza o art. 4º, III, do CDC (BRASIL, 1990).

A esse respeito, a interpretação favorável ao consumidor é prevista no já aludido art. 47 do CDC, segundo o qual, havendo a possibilidade de mais de uma interpretação deve prevalecer aquela mais favorável ao consumidor. Importa observar que tal regra não se restringe às cláusulas ambíguas, que dão margem a mais de uma interpretação: até mesmo cláusulas claras devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, considerando-se as expectativas que aquele tipo contratual desperta nos consumidores bem como o contexto em que o instrumento contratual está inserido (MARQUES; MIRAGEM, 2011, p. 880).

Nery Júnior (2011b, p. 297) aponta como consequência desse princípio alguns subprincípios, entre eles: a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade do contrato; a cláusula da boa-fé encontra-se implícita em toda relação de consumo, ainda que não conste expressamente no contrato. A partir desses subprincípios, constata-se que ao funcionar como regra geral de interpretação o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor deve ser norteador do processo de interpretação dos contratos de consumo, ressaltando-se que, muito mais do que apenas nortear a escolha da interpretação a ser adotada em casos de ambiguidade de cláusulas contratuais deve orientar a interpretação de toda a relação contratual: não só os elementos escritos no instrumento contratual, mas também a intenção e o comportamento das partes.

Justamente por isso, decorre deste princípio a compreensão de que a boa-fé objetiva se reputa ínsita em toda relação de consumo, sendo ela também utilizada no momento da interpretação dessa relação. Em relações de consumo instrumentalizadas por contratos de adesão se torna ainda mais evidente essa regra de interpretação, conforme bem aponta Cavalieri Filho (2019, p. 183):

Em outras palavras, essa é a sábia regra do art. 47 do CDC: quem escreve não tem a seu favor o que escreveu. E não somente as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo. A regra geral, assevera Cláudia Lima Marques, é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento.

Também é nesse sentido, o entendimento de Marques (2011, p. 93):

Da mesma forma, a interpretação a favor do consumidor ocorrerá em qualquer caso de contraposição ou conflito de cláusulas escritas ou orais, não importando no sistema protetivo dos consumidores se a cláusula é ambígua ou clara, se a contradição é aparente ou oculta com os impressos, com a publicidade ou com as cláusulas batidas a máquina.

Ao lado da previsão do artigo 47, o artigo 7º prevê também que os direitos previstos no CDC não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais, da legislação interna ordinária, de regulamentos, bem como os derivados dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (BRASIL, 1990), concretizando-se destarte a diretriz de cumprimento e

efetivação do mandamento constitucional de proteção do consumidor por todo um sistema em diálogo de fontes e não somente através do Código de Defesa do consumidor (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 311): o contrato de consumo deve ser interpretado da forma mais favorável ao consumidor como previsto no art. 47 do CDC e o artigo 7º do CDC possibilita uma abertura desse microsistema também na interpretação, abertura essa que permite a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, seja ela do CDC ou de outro diploma legal, permitindo inclusive a utilização da equidade para preencher lacunas em favor dos consumidores.

4 DA VALIDADE DAS CLÁUSULAS VERBAIS CONCOMITANTEMENTE OU POSTERIORMENTE FIRMADAS NO CONTRATO DE CONSUMO

Durante ou após a celebração do contrato de consumo, é possível que as partes convençionem verbalmente cláusulas que até então não tinham sido pensadas, mas que se revelaram úteis ou necessárias e, no entanto, não constavam do instrumento escrito, tal qual se dá por exemplo quando se repensa a forma de cumprimento da obrigação contratual por uma ou ambas as partes, ou ainda, quando se insere algum dispositivo protetivo até então não previsto no ajuste inicial. Nessa linha, ainda que tal ajuste verbal tenha sido superveniente à combinação original fato é que representa declaração de vontade livre e desimpedida, assumindo assim a parte o compromisso pelo que declarou.

Lembre-se aqui, que a vulnerabilidade do consumidor é fator de acentuação de sua proteção dada a sua limitação em relação ao poderio do fornecedor. Essa disparidade se acentua na modalidade mais utilizada de contrato consumerista – o de adesão, cujo conceito é trazido pelo art. 54, *caput*, do CDC: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (BRASIL, 1990).

Da leitura do aludido dispositivo, observa-se que as cláusulas que integram o contrato de adesão consumerista foram previamente elaboradas e confeccionadas pelo fornecedor, cabendo em princípio ao consumidor tão-somente aceitá-las ou as recusar. Contudo, podem as partes convençionar a modificação ou inserção de cláusulas sem que isso implique em desnaturaçãõ do contrato como de consumo e de adesão: essa é a inteligência do art. 54 § 1º, ao preconizar que “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato” (BRASIL, 1990).

Nery Júnior (2011a, p. 652) bem explica, a respeito:

A doutrina, de há muito, vem preconizando a ideia de que a mera inserção de cláusula no formulário nem por isso deixa de caracterizar o contrato como sendo de adesão. Sensível a essa colocação, o Código diz não descaracterizar o contrato a inserção de cláusula no formulário, pois continua a ser considerado como contrato

de adesão. O principal objetivo da norma é fazer com que não sejam desfigurados os contratos de adesão dos quais constem uma ou algumas cláusulas manuscritas ou datilografadas, acrescentadas ao formulário já impresso. Qualquer que seja a cláusula acrescentada, dizendo respeito aos elementos essenciais ou acidentais do contrato, permanece íntegra a natureza de adesão do contrato, sujeito, portanto, às regras do Código sobre essa técnica de formação contratual.

Fato é que, tanto no contrato de adesão quanto no paritário – aquele em que as partes discutem previamente cláusula a cláusula –, sendo de consumo é válida a inserção de cláusulas contemporaneamente ou supervenientemente à celebração de um contrato escrito. A dúvida fica por conta da possibilidade ou não de tal entendimento também valer para os casos em que tal cláusula só será válida se escrita ou se também a cláusula verbal possuirá validade em tal contexto.

A esse respeito, há entendimento jurisprudencial segundo o qual, uma vez escolhida pelas partes a forma escrita de celebração do contrato somente por esta forma pode se dar a comprovação de alteração ou extinção:

Embargos. Ação monitória. Prestação de serviço escolar. Embargante que se insurge contra o valor cobrado. Alegação de desconto de 50% no valor da parcela. Ausência de comprovação do alegado desconto. Necessidade de prova escrita. O ajuste verbal inadmite comprovação, pois cuidando-se de contrato escrito, a prova de sua alteração ou prorrogação deve obedecer a mesma forma. Recurso improvido (SÃO PAULO, 2015).

Entretanto, discordamos de tal entendimento.

O Direito contratual brasileiro adota o princípio da liberdade de forma, segundo o qual “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, conforme a expressa dicção do art. 107 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Frise-se o termo “expressamente”, restando inequívoco que ou determinada forma é exigida textualmente pela lei como requisito de validade ou, assim não acontecendo, admitir-se-á qualquer forma legalmente prevista. É dizer: se fosse a intenção do legislador a aludida restrição, teria assim expressamente consignado em lei; não o fazendo, tal não se pode presumir.

É princípio geral de direito: quando a lei quer, determina; quando não quer, guarda silêncio (*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Nesse sentido, já se pronunciaram os tribunais (BRASÍLIA, 2019):

Nesse passo, é digno de lembrar a ligação consolidada na doutrina e jurisprudência, no sentido de que o interprete deve considerar também a intenção do legislador, de modo que o resultado do seu trabalho intelectual não resulte justamente em antagonismo com o fim desejado (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – “quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”). (BRASÍLIA, 2019, grifo do autor)

Frise-se ser princípio geral de direito que a lei não contém palavras inúteis, pelo que oportuno é o entendimento de esclarecimento de Kavanaugh (2016, p. 2161, tradução nossa):

Se possível, cada palavra e todos os fundamentos devem ser efetivos (*verba cum effectu sunt accipienda*). Nenhum deve ser ignorado. A nenhum deve ser desnecessariamente dada uma interpretação que faça com que se duplique outro fundamento ou não tenha nenhuma consequência.¹

Destarte, se o Código Civil determina que a forma somente será exigível se expressamente prevista em lei, *contrario sensu* se a lei não exige expressamente então se admite qualquer forma juridicamente reconhecida. Posto de outra forma: se fosse a intenção do legislador restringir a forma escrita como único meio de prova de ajuste posterior ao contrato escrito, teria feito expressamente essa distinção tal qual o fez no art. 472 do Código Civil ao restringir a forma do distrato à mesma com que foi celebrado o contrato. É a aplicação do princípio geral de direito segundo o qual, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Conforme bem explica Maximiliano (2011, p. 201):

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus: “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.” Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do interprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual e, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

Mais não bastasse, o texto legal inserto no art. 107 do Código Civil refere-se à declaração de vontade, mas não a restringe ao momento da formação do contrato. Por consequência, não havendo limitação expressa inexoravelmente se pode ampliar o princípio da liberdade de forma a todas as fases da relação negocial (pré-contratual, contratual e pós-contratual), ou seja, em qualquer fase do contrato, havendo declaração de vontade que implique em concessão de direitos ou assunção de obrigações atinentes à relação, passa tal manifestação a integrar o negócio jurídico ainda que tal declaração tenha sido manifestada pela forma verbal.

Não é demais lembrar-se a regra de hermenêutica segundo a qual as normas limitativas de direitos devem ser interpretadas restritivamente, de modo que não comportem ou alcancem situações consideradas como legítimas ou autorizadas porque do contrário se incorreria em atividade legislativa criativa e de competência exclusiva do legislador (BRASÍLIA, 2019). Assim, se a forma do contrato de consumo foi adotada por liberalidade das partes por não existir forma expressamente prevista em lei, não pode ser adotada como referencial limitador da prova de ajuste verbal contemporâneo ou posterior à celebração. E nesse aspecto, Betti (1969, p. 246) bem obtempera que: “Na realidade, a forma não é mais que a possibilidade objectiva de reconhecer a conduta dentro do ambiente social em que se produziu, na medida em que revela – mesmo sem que o seu autor tenha disso consciência – ter-se tomado determinada posição em relação aos interesses em jogo.”

¹ No original: “If possible, every word and every provision is to be given effect (*verba cum effectu sunt accipienda*). None should be ignored. None should be needlessly be given an interpretation that causes it to duplicate another provision or to have no consequence”.

Ainda, deve-se observar a liberdade de forma sob um contexto probatório, numa atualidade em que cada vez mais meios servem de escoamento da informação e bem assim de prova da manifestação da vontade. Tais meios, coadunados com a priorização social da velocidade de concretização de relações negociais e conseqüente desapego ao formalismo – em concretização ao que, já nos idos de 1994, Cernicchiaro dizia: “a formalidade, muitas vezes, é necessária para acautelar direitos. O formalismo é diferente. Cumpre ser renegado” (BRASIL, 1994) –, fomentam uma ampliação dos meios de declaração de vontade para além da forma escrita, em razão do advento de vários recursos tecnológicos – gravação de áudio e vídeo, por exemplo.

Assim, não só por uma questão jurídica, mas também técnica, não se pode negar a ampliação das formas de declaração de vontade, notadamente aquelas que registram de forma cabal um acordo verbal celebrado entre as partes e com isso preservam a segurança jurídica ora elencada como fundamento para se privilegiar a forma escrita. É dizer: se não há forma expressamente prevista em lei como a única reconhecida juridicamente, e se outra forma perfaz fielmente a declaração de vontade com a mesma segurança jurídica que a usualmente adotada, não há porque se negar àquela a mesma validade desta tão-somente por uma questão de tradição ou de apriorística.

Conforme bem aduz Perlingieri (1987): “Não se trata tanto de superar a “mentalidade formalista” do legislador e dos juristas, mas antes, da necessidade de formalismo para encontrar as razões justificativas com uma mentalidade diferente, sem apriorismos ancestrais”.² (PERLINGIERI, 1987, p. 59, tradução nossa)

Com muito maior propriedade tal raciocínio deve ser empregado às relações de consumo, dado que, por força do art. 7º *caput* do CDC a liberdade de forma de que trata o art. 107 do CC amplia a proteção do consumidor. Conforme já asseverou Sidou (1977, p. 2):

Definem os léxicos como *consumidor* quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular, o direito exige explicação mais precisa. Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir. Em regra imemorial recolhida do art. 1.583 do Código Napoleônico e universalmente aceita, a transação existe por si; é um contrato consensual, concluído e perfeito, desde que as partes acordem sobre coisa e preço.

Até porque, ampliar-se a força vinculativa da cláusula verbal implica em prevenção de abusos ao consumidor na medida em que possibilita uma possibilidade de as próprias partes corrigirem de *per si* cláusulas abusivas originariamente constantes do contrato escrito e que, se não submetidas à respectiva corrigenda, desequilibrarão a relação consumerista. Nery Júnior (2011a, p. 570) explica, a respeito:

A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica

² No original: “Non si tratta tanto di superare la ‘mentalità formalistica’ del legislatore e dei giuristi, quanto piuttosto occorre del formalismo rinvenire la ragioni giustificatrici con mentalità diversa senza atavici apriorismi”.

nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato.

Neste sentido, a diferença das cláusulas escritas e verbais é apenas de que as escritas estarão formalizadas em um contrato físico, um recibo ou qualquer documento em que seja possível tê-las visíveis em um papel, enquanto as verbais serão estabelecidas em conversas ou com atitudes que modificam o contrato seja expressamente, quando as partes evocam a nova cláusula por meio de acordo verbal ou tacitamente por meio de comportamento repetitivo das partes, demonstrando anuência pela alteração realizada tal qual se dá por exemplo nas hipóteses de *supressio* e *surrectio*. Ambas as espécies de cláusula integrarão o contrato, revogando a cláusula anterior contrária à nova cláusula estabelecida, seja ela verbal ou escrita, devendo-se sempre orientar pelos princípios norteadores estabelecidos pelo CDC e pela Constituição.

Frise-se por oportuno, que também no âmbito das relações de consumo o princípio da liberdade de forma se aplica na fase pós-contratual, na medida em que, conforme bem observa Sérgio Cavalieri Filho, a vinculação em um negócio jurídico também traz deveres para a fase pós-contratual, observando os referidos princípios e os deveres secundários, como lealdade, diligência e informação (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 222). Por isso, mesmo após a conclusão do contrato, pode ocorrer que as partes celebrem algum tipo de convenção inerente aos efeitos do contrato findo ainda existentes, tal qual se dá com o parcelamento de dívida do consumidor ou de ressarcimento do fornecedor.

CONCLUSÃO

Enquanto direito fundamental, a proteção do consumidor goza de ampla abrangência em razão do princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Isso implica em dizer que **não só o seu núcleo essencial, mas também seus expressos prolongamentos** constantes da clara dicção literal do comando constitucional devem ter a interpretação mais ampla possível, de forma a que possa abranger o máximo de situações concretas nas quais se identifique direta ou indiretamente o direito fundamental ora aplicável.

Nesse mister, restou comprovado que esse espectro se estende ao Código de Defesa do Consumidor na medida em que, enquanto prolongamento da proteção do consumidor em razão de expresso comando constitucional – haja vista que é expressamente previsto enquanto norma jurídica que norteará no plano infraconstitucional a efetividade do direito fundamental à proteção do consumidor, conforme a ora comentada interpretação sistemática dos arts. 5º, XXXII; 170, inciso V; e 48 do ADCT, todos da Constituição Federal –, é a lei principiológica que rege as relações de consumo razão pela qual, os contratos de consumo devem ser interpretados no sentido de busca da máxima efetividade da proteção do consumidor e da interpretação mais favorável.

Nessa linha, também se observou que a aludida proteção será em função das diretrizes

diretas do Código de Defesa do Consumidor, ou indiretamente por meio de outra legislação esparsa que beneficie o consumidor em acréscimo à proteção do Código Consumerista, dizendo-se “indiretamente” pelo fato de que o art. 7º, parágrafo único, do CDC, autoriza o uso de outras leis além do Código, desde que tão ou mais favoráveis ao consumidor.

Nesse mister, demonstrou-se que o princípio da liberdade de formas trazido pelo art. 107 do Código Civil vem a incrementar a proteção do consumidor na medida em que a este amplia o reconhecimento das formas de declaração de vontade para além da forma escrita, ressaltando-se que a declaração de vontade não se restringe à fase pré-contratual e abrange também as fases contratual e pós-contratual. Destarte, adotando-se o mesmo princípio da segurança jurídica que é elencado para se privilegiar a forma escrita, restou notório ter-se na contemporaneidade tecnológica outras formas tão ou mais eficientes de prova da declaração de vontade, tal qual se dá com as gravações de áudio e vídeo.

Assim, o princípio consumerista da interpretação mais favorável ao consumidor estende-se não apenas para as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas também para a relação contratual como um todo, observando os períodos pré, durante, e pós contratual. Ato contínuo, uma vez comprovado o aludido arcabouço normativo e principiológico em prol do consumidor, comprovou-se que nos contratos de consumo o preciosismo da forma deve ser relegado a segundo plano em privilégio da proteção do consumidor, fazendo-se por isso imperioso entender-se que ainda que a cláusula seja celebrada verbalmente, integra o contrato escrito em razão da declaração livre e desimpedida das partes: o consumidor não pode ser prejudicado pela simples ausência de termo aditivo escrito, uma vez que pode provar por outros meios admitidos em direito a convenção realizada verbalmente e que implicou num ajuste verbal inerente ao contrato antes celebrado.

É dizer: comprovou-se que, se o consumidor pode provar a existência de declaração de vontade tanto sua como do fornecedor proferidas posteriormente ao inicialmente acordado e reduzido a escrito, ainda que tal declaração posterior tenha sido feita verbalmente esta produzirá efeitos tal qual se o tivesse sido por escrito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL IMAGENS DA JUSTIÇA, CURRÍCULO E EDUCAÇÃO JURÍDICA*, 1., 2012, Pelotas, RS. **Anais [...]**. Pelotas: UFPel, 2012. CD-ROM.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Direitos da personalidade do consumidor: perspectivas para a sua proteção. *In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). 25 anos do código de defesa do consumidor: trajetórias e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 117-134.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias.

Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial n. 42.288/SP**. RESP – Civil – Locação – Notificação Premonitória – Ratificação – notificação premonitória dispensa formalidade. [...]. Recorrente: Sidney Gibilini. Recorrido: Osmar Scauri. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 01 de março de 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400003170&dt_publicacao=28-03-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (2ª Câmara Cível). **Conflito Negativo de Competência Nº 07101462920198070000**. Conflito Negativo de Competência. Vara da Fazenda Pública. Juizado Especial da Fazenda Pública. Ação de Obrigação de Fazer. Matrícula em Creche/escola. [...]. Relator: Des. Esdras Neves, 05 de agosto de 2019. Disponível em: 11nq.com/PO3XF. Acesso em: 24 nov. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais: contrato de garantia. In: MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAVANAUGH, Brett M. Fixing statutory interpretation. **Harvard Law Review**, Harvard, v. 129, n. 8, p. 2118-2163, jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DENARI, Zelmo (org.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011a. v. 1, p. 513-662.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; BOSSARDI, Rafaela Beal. Relações de consumo ou o consumo de relações: as relações afetivas na contemporaneidade. *In*: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (org.). **Relações de consumo**: humanismo. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 105-126

PERLINGIERI, Pietro. **Forma dei negozi e formalismo degli interpreti**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1987.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (32ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível Nº 0050252-08.2012.8.26.0577**. Embargos. Ação monitória. Prestação de serviço escolar. Embargante que se insurge contra o valor cobrado. Alegação de desconto de 50% [...]. Apelante: Marcelo Gomes Franco. Apelada: Leonardo Da Vinci Educacional Ltda. Relator: Ruy Coppola, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8838967&cdForum=0>. Acesso em: 23 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIDOU, Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

Como citar: CORRÊA, Bruna Gomide; DIRSCHERL, Fernanda Pantaleão; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira. Da admissibilidade do ajuste verbal em contratos escritos de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 24-41, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p24. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 20/12/2021.

Aprovado em: 23/11/2022.

**COMUNICAÇÃO POSITIVA E TÉCNICAS
DE NEGOCIAÇÃO: UM CAMINHO
TRANSFORMADOR NAS RELAÇÕES AFETIVAS
E FAMILIARES DA CONTEMPORANEIDADE**

POSITIVE COMMUNICATION AND NEGOCIATION
TECHNIQUES: A TRANSFORMING PATH IN THE
AFFECTIVE AND FAMILY RELATIONSHIPS OF
CONTEMPORANEITY

Lea Barsi*
Monica Vasconcelos**

*Mestre em Direito e Gestão de Conflitos (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE).
Pós-Graduada em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE).
Graduada em Direito (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE).
E-mail: leabarsi@yahoo.com.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4267-6602>.

**Doutora em Direitos Fundamentais (Universidad Autónoma de Madrid, UAM/Espanha).
Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE).
Graduada em Direito (Universidade de Fortaleza, UNIFOR/CE).
E-mail: mvasconcelos@unifor.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1910-9228>.

Como citar: BARSÍ, Lea; VASCONCELOS, Monica. Comunicação positiva e técnicas de negociação: um caminho transformador nas relações afetivas e familiares da contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 42-61, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p42. ISSN: 2178-8189.

Resumo: As mudanças sociais do período chamado contemporâneo causaram considerável impacto no modo de viver e relacionar-se dos indivíduos. A comunicação passou a ser valorizada em sua potencialidade máxima, em um tempo marcado pela globalização, pela tecnologia, pela fluidez, pelas rupturas e pelas inovações. A convivência humana e suas relações de afeto sedimentaram arranjos familiares diversos, baseados na igualdade e democraticidade, acarretando conflitos pelos novos papéis dos conviventes e despadronização de modelos anteriores. As teias familiares, consideradas complexas por envolverem variados atores e, assim, multiplicidades de emoções, sentimentos, opiniões e posições, requerem o fomento de habilidades comunicacionais diversas, que capacitem seus membros para a solução de seus próprios conflitos, com o fim de evitar a desestruturação das famílias ante as novas exigências sociais da contemporaneidade. Esmiuçar as mudanças contemporâneas na evolução das famílias e oferecer respostas positivas de pacificação a partir de um novo modelo comunicacional foi o objetivo principal do presente texto. O estudo se centra em pesquisa qualitativa por meio de pesquisa bibliográfica, documental, narrativas, ideias e observações individuais desta pesquisadora.

Palavras-chave: Contemporaneidade. Conflitos familiares.

Habilidades de comunicação.

Abstract: The social changes of the period called contemporary had a considerable impact on the way of living and relating to individuals. Communication started to be valued at its maximum potential, at a time marked by globalization, technology, fluidity, ruptures and innovations. Human coexistence and its relationships of affection sedimented diverse family arrangements, based on equality and democracy, causing conflicts due to the new roles of cohabitants and the destandardization of previous models. Familiar webs, considered complex because of the involvement of various actors and, thus, multiplicities of emotions, feelings, opinions and positions, require the promotion of diverse communication skills, which enable its members to solve their own conflicts, in order to avoid the disruption of families in the face of new social demands of contemporary times. Scrutinizing contemporary changes in the evolution of families and offering positive responses to pacification based on a new communicational model was the main objective of this text. The study focuses on qualitative research through bibliographic, documentary research, narratives, ideas and individual observations by this researcher.

Keywords: Contemporaneity. Family conflicts. Communication skills.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar e fomentar o uso de métodos alternativos de soluções de conflitos, a partir do aprimoramento de habilidades e técnicas de linguagem e comunicação positiva e assertiva nas famílias contemporâneas.

Sabe-se que a contemporaneidade trouxe uma espécie de ruptura acerca de antigos modelos de pensamentos e comportamentos lineares defendidos nas sociedades anteriores. Define-se como uma época envolta em um mundo globalizado, cuja liquidez e volatilidade são características marcantes, materializada pelos avanços tecnológicos e pelos meios de comunicação.

A desconstrução desse padrão social anterior levou os indivíduos a estabelecerem novas formas de vivência de suas relações humanas. Estas passaram a ser mais efêmeras, ou seja, mais fáceis de construir-se e de destruir-se, em movimentos de fluidez comportamental próprios do momento social vivido. Essa dinâmica múltipla e inovadora inspirou diretamente as relações familiares e suas estruturas.

A família sempre sofreu influência recíproca do meio social no qual está inserida. Como uma instituição de precípuo valor para a humanidade, seu desempenho passou por trajetória mutante, característica comum ao direito e à sociedade, porém seu conceito e sua extensão atravessaram um impacto transformador mais substancial, fruto do período da pós- modernidade.

O desenvolvimento econômico e o crescimento industrial da sociedade permitiram à mulher ingressar na vida profissional e no mercado de trabalho, transformando seu papel dentro das famílias, até então padronizado na organização do lar e na educação dos filhos. A amplitude desse espaço conquistado pela mulher, somada à projeção mundial de proteção e efetividade aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, acarretou o surgimento de uma multiplicidade de relações familiares, fruto da afetividade, as quais, pela autonomia da vontade, passaram a se sobrepôr à família tradicional do casamento.

Essas mudanças sociais reconfiguraram os moldes das famílias e o reconhecimento da igualdade existencial de outros arranjos familiares. Deste modo, todas as formas de organização familiar passaram a ser válidas e relevantes para a manifestação do afeto e a concretização da felicidade, nascendo famílias informais, fraternas, monoparentais, anaparentais, biparentais, multiparentais, homoafetivas, reconstituídas, unipessoais, mosaicos, socioafetivas, paralelas, dentre outras, consolidadas através da valorização do ser humano e de sua liberdade de escolha.

Essa dinâmica projetou a convivência habitual de pais, madrastas, padrastos, filhos meio-irmãos, avós, tios e todo um sistema que compõe a cadeia de parentalidade e, com isso permitiu o surgimento de teias familiares complexas com múltiplos atores e suas variadas emoções, sentimentos, interesses e posições, que sistematizam conflitos familiares diuturnos.

Os laços de convivência familiares avolumam dores, desapontamentos, frustrações e desentendimentos, próprios da alteridade e da convivência continuada. Referidos dissabores, se não trabalhados, potencializam segregação e violência nas famílias, projetando conflitos progressivos e destruidores dos laços afetivos.

Nesta seara, o presente estudo pretende disseminar um labor comunicativo mais eficaz para tratar as questões familiares. O diálogo produtor de consenso entre as partes, diante de tantos desafios trazidos pela contemporaneidade, mostra-se imperioso e urgente, a fim de que se restaurem as relações afetivas e se resolvam adequadamente os conflitos de seus atores.

Oportuno, portanto, abrir um espaço na sociedade e nas famílias para uma nova forma de linguagem, a partir de habilidades comunicacionais positivas que ora se apresentam e que levem à prática de diálogos mais produtivos e assertivos, cuja sistematização acaba por provocar um estado de pacificação mais habitual e satisfatório na convivência familiar.

Desse modo, o presente trabalho aborda a comunicação positiva como mecanismo alternativo no tratamento dos conflitos familiares, possibilitando maior responsabilização dos conflitantes e seu empoderamento para a autonomização geradora de decisões consensuadas e satisfatórias.

O texto organizou-se de maneira a abordar primeiramente o momento social da contemporaneidade, cujas características permearam as relações humanas, impactando sensivelmente o modo de viver e relacionar-se dos indivíduos.

Em um segundo momento, estudaram-se as famílias contemporâneas e os seus desafios diante das transformações sociais, econômicas, culturais e tecnológicas, as quais remodelaram seu conceito e sua extensão. A sedimentação de uma multiplicidade de vínculos relacionais afetivos gerou teias familiares complexas em convivência epacificação.

No terceiro momento, trouxe-se, então, técnicas de negociação, através de uma comunicação positiva, cujas habilidades de linguagem empática e colaborativa buscam uma resposta mais adequada e satisfatória aos conflitos familiares da contemporaneidade.

Desse modo, o presente estudo se propõe a responder à seguinte questão central: como impactar famílias no gerenciamento produtivo de seus conflitos relacionais de convivência? Para responder tal indagação, o estudo se centra em pesquisa qualitativa por meio de pesquisa bibliográfica, documental, narrativas, ideias e observações individuais desta autora e pesquisadora junto aos centros judiciários de soluções de conflitos, oficinas de pais e filhos, atendimentos e mentoria de família.

Sem a pretensão de exaurir a complexidade da matéria, e sim de proporcionar uma reflexão à comunidade acadêmica sobre alternativas diversas para práticas resolutivas mais efetivas de vivência e experimentação nas famílias contemporâneas, é esse o texto que agora se apresenta.

1 CONTEMPORANEIDADE E SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES HUMANAS

As mudanças sociais ocorridas no período chamado contemporâneo causaram grande impacto no modo de viver e relacionar-se dos indivíduos. Diante da globalização, do avanço da tecnologia, dentre outros inúmeros fatores, a sociedade se viu marcada pelo individualismo, pela efemeridade e pela instabilidade, que influenciaram diretamente os laços de convivência e as

relações humanas dos indivíduos.

Jean-François Lyotard (2003, p. 11), em “A Condição Pós-Moderna”, abre uma conversa importante sobre esse momento cultural contemporâneo. Para ele, a ciência atingiu um limite autofágico: o ceticismo científico leva ao questionamento da resposta, que é uma linha infinita de questionamentos. As grandes narrativas estariam em crise. As narrativas seriam as explicações sobre o mundo, a história, a vida e o futuro dos indivíduos. Teorias como a marxista, a iluminista, através do sonho da sociedade racional, e o cristianismo e demais religiões estariam entre as explicações e respostas mais influentes, ora desacreditadas. Dada a impossibilidade de se prever o futuro com certeza filosófico-científica, estaríamos, portanto, sujeitos ao tempo presente com maior ênfase e importância, como atores para modificá-lo e vivê-lo. É a ideia sobre a possibilidade de lidar com incertezas, com aquilo que não está posto, garantido.

O filósofo francês Gilles Lipovetsky (2004, p. 25) acredita que os tempos atuais são “modernos”, porém com uma exacerbação do individualismo, do consumismo, da ética hedonista e da fragmentação do tempo e do espaço. Para ele, a sociedade “hipermoderna” não vive um eterno presente, mas sim uma preocupação com o tempo futuro das próximas gerações, para o qual procura desenvolver práticas de sobrevivência e de enfrentamento.

O sociólogo Zygmunt Bauman (2001, p. 12), trazendo a temática do campo da Sociologia para as relações sociais, chamou de “Modernidade Líquida” a definição de uma época envolta em mundo globalizado, cuja liquidez e volatilidade são características marcantes, com traços semelhantes ao capitalismo flexível: o poder extraterritorial, as comunicações eletrônicas, a instantaneidade e a instabilidade.

Independente das nomações, o fato é que esse processo de mudança nos permitiu constatar a existência de uma época anterior estável. A aparente ordem, a verdade, a solidez de instituições, a objetividade, a unicidade dos sistemas de leitura da realidade e a hierarquia foram consideradas como características próprias de uma realidade que conhecíamos, mas não dimensionávamos. Isso porque nos faltava a visibilidade dada pelo contraponto entre a velha e a nova realidade (NICOLACI-DA-COSTA, 2004, p. 83), esta chamada, para muitos, de contemporaneidade.

Nas sociedades tradicionais, havia uma espécie de enquadramento, uma inserção em padrões preestabelecidos. Movido pelo desejo de segurança, pertencimento e estabilidade, referências sólidas desse modelo anterior, o indivíduo se empenhava para adequar-se ao meio social em que estava inserido, em um movimento de racionalidade comportamental em busca de solidez e segurança. A pós-modernidade desconstruiu esse padrão, levando os indivíduos a estabelecerem novas formas de vivência e sobrevivência e também de relacionamento social.

Fluidez e imprevisibilidade passam a marcar as relações, que impactam a vida pessoal, profissional e familiar da sociedade. Indivíduos se deslocam facilmente, comunicam-se de variados lugares do mundo em tempo real, mudam de ideias, planos e metas rapidamente e alteram significados e conceitos abruptamente.

Na vida contemporânea, a comunicação passa a ser valorizada em sua potencialidade máxima. Conhecimentos, opiniões e ideias circulam pela sociedade e são a matéria-prima da

criação. Vive-se um tempo marcado por rupturas e descontinuidades, invenções e inovações. Um tempo instantâneo, em que as pessoas devem se tornar capazes de convergir cérebros articulados e criativos e agir de modo interdisciplinar, flexível e adaptativo aos acontecimentos a sua volta.

Tratando mais especificamente das relações sociais, objetivo do estudo aqui proposto, Bauman (2008, p. 102) fala em uma espécie de conexão para descrever as relações humanas da pós-modernidade. Nesse modelo, a vantagem não está em ter vários vínculos com variadas pessoas, mas, especialmente, em conseguir desconectar-se uns dos outros sem grandes perdas, custos ou dramas.

O sociólogo fundamenta a fragilidade das relações da modernidade na transformação dos humanos em aparentes mercadorias, que podem ser consumidas e descartadas a qualquer momento, em movimentos de exclusão. A conexão é chamada de frágil em razão da universalidade de consumo e variedade de opções e delas não se emergem vínculos duradouros (BAUMAN, 2008, p. 102).

Para ele, essas práticas conectivas parecem sujeitar seus atores a frustrações e insegurança. Isso porque os indivíduos perderam as referências de ação diante da ausência de

normas e padrões a serem seguidos, o que os legitima à plena liberdade na escolha da melhor opção, com melhores vantagens e, de preferência, nenhuma desvantagem em suas relações sociais (BAUMAN, 2008, p. 128, 132-133, 148).

Com efeito, nas sociedades tradicionais, o rompimento das relações humanas acontecia após período de vivências reais de troca e experimentação entre os indivíduos. Partia-se de uma ideia pensada, analisada racionalmente e validada como necessária. Hoje as relações se mantêm vivas por botões de conexão e desconexão, vinculando pessoas distantes ou desconhecidas. E esta é a atratividade do sistema: a facilidade de se conectar, desconectar, curtir e descurtir indivíduos e situações, rompendo modelos de relações bruscamente.

Nesse ínterim, as redes sociais são um avanço tecnológico importante e válido para o desenvolvimento da sociedade, cuja informação se apreende em velocidades surpreendentes. Contudo, seu uso como ferramenta de relacionamento social produz consequências mais profundas e complexas: pode ser demasiadamente útil, mas também perigosa armadilha de fragilidade na convivência social.

Esse dado surge em razão do individualismo e da efemeridade demonstrados nas relações contemporâneas. A busca por felicidade tem sido um caminho individual e solitário, ainda que o indivíduo esteja rodeado de seus pares e com numerosos amigos virtuais. Tais situações entram em choque com a globalização, na qual os meios tecnológicos e as diferentes formas de comunicação parecem supor uma maior aproximação entre as pessoas. Contudo, a fluidez própria do modelo moderno caminha no sentido de que essa aproximação, embora exista, ainda engatinha na manutenção de relações duráveis ou comprometidas a longo prazo.

A vida humana na atualidade se caracteriza de forma contraditória, pois, “ao mesmo tempo em que as cidades se desenvolvem e a oferta de possibilidades de encontro entre as pessoas se amplia, mais os sujeitos sentem-se sós.” (CARVALHO; BARBOSA, 2015, p. 422).

No tocante às relações afetivas, afirma-se que cada vez “menos os indivíduos conhecem relações profundas e intensas. O que se encontra é o sentimento de solidão, a dificuldade de sentir e de sair de si e ir ao encontro do outro” e que “A convivência humana se torna na pós-modernidade, nos relacionamentos públicos ou privados, um espaço de relações de dominação e inferiorização, de sedução fria e intimidação” (CARVALHO; BARBOSA, 2015, p. 422).

Sociólogos e filósofos identificam sentimentos comuns na vida pessoal dos indivíduos contemporâneos, frutos dessa nova realidade das relações sociais, tais como incerteza, insegurança, ansiedade e medo. Há registros, ainda, de conflitos psicológicos advindos dessa nova dinâmica subjetiva, relativos à incompatibilidade entre os projetos de vida a longo prazo e o imediatismo do trabalho no novo capitalismo flexível, “a sociedade hoje busca meios de destruir os males da rotina com a criação de instituições mais flexíveis” (SENNETT, 1999, p. 53).

Referidos sentimentos e pensamentos perpassam os indivíduos e, muitas vezes, sequer são conhecidos por seus conviventes. A aceleração da vida moderna, somada à tecnologia como modelo forte de comunicação, projeta nas famílias ausências de diálogos produtivos, com pouco espaço de escuta e elaboração das questões de cada ator familiar.

Apesar de a contemporaneidade ser considerada para muitos estudiosos como consumista e de uma felicidade ilusória, Lipovetsky (2004, p. 122), em contraponto, enxerga esse tempo com maior valorização das relações humanas. O autor constata que sentimentos como amor e amizade estão presentes e são buscados e apreciados nas relações e ainda de forma autônoma ante as estruturas. A escolha da filiação individual, por exemplo, ou da afetividade, ou ainda de uma cultura para inserir-se ou reinserir-se, somente é possível com a abertura do reconhecimento da alteridade, traço, para ele, característico desta época social.

O hiperreconhecimento, nome atribuído pelo autor, seria o imperativo em reconhecer a diversidade como algo constitutivo e de direito. Para Lipovetsky (2004, p. 3), não há como abandonar essa característica ao construir uma nova sociedade. A formação da identidade dos indivíduos em um determinado tempo histórico é baseada em inúmeras variáveis e referenciais diversos, contudo, embasadas em sua máxima pela noção da diferença. Essas diferenças, portanto, precisam encontrar espaço de validação no meio social a fim de que se permita evoluir para o crescimento da sociedade (LIPOVETSKY, 2004, p. 19). A contemporaneidade, portanto, é uma questão aberta, em construção.

Não se tem certeza da direção final da mudança. Estamos lidando com potenciais que assomam a humanidade neste momento. Forças que se avolumam, ganham contorno, expandem-se e indicam caminhos anteriormente não previstos pelas grandes teorias da modernidade, que associavam razão, progresso, emancipação e felicidade. (FRIDMAN, 1999, p. 373).

Desafios emocionais, familiares, profissionais e sociais acompanham, desse modo, a sociedade atual, cujas ferramentas e habilidades socioemocionais demandam desenvolvimento para soluções criativas e inovadoras. Viver na modernidade tem sido sinônimo de instabilidade,

reversibilidade, precariedade e transitoriedade (GROPPO, 2015, p. 573).

Nesse contexto, a contemporaneidade trouxe mudanças e inovações significativas as quais afetam diretamente as variadas relações estabelecidas em sociedade. O presente artigo pretende discorrer, de maneira mais objetiva, sobre os impactos desse período social nas relações familiares e suas nuances.

2 FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS E OS DESAFIOS DOS VÍNCULOS RELACIONAIS AFETIVOS

A família, historicamente, tem desempenhado papel fundamental na sociedade. Por ser uma instituição de precípuo valor para a humanidade, sua dinâmica vem passando por trajetória mutante, característica comum ao Direito e à sociedade. Seu conceito e sua extensão, contudo, têm atualmente atravessado um impacto transformador mais substancial, fruto do período da contemporaneidade explanado. Nesse contexto, as mudanças têm sido ocasionadas por transformações sociais, econômicas, culturais e tecnológicas.

Na visão tradicional, pai e mãe uniam-se para procriar e educar, em vínculos jurídicos solenes, descendentes de tronco ancestral comum, traçados sob o manto do poder familiar. Essa união era de difícil dissolubilidade, e o Estado intervinha para salvaguardar essa proteção do instituto da família e de todos os seus envolvidos, movido também por normas de religião, moral e costumes.

As entidades familiares eram focadas em uma relação de poder e motivadas pela dominação existente da figura masculina em relação à feminina no seio familiar (PEREIRA; MELO, 2000, p. 89, 109). O patriarcalismo era comum nas sociedades humanas primitivas e fundava-se em uma tripla dimensão: 1) desigualdade de homens frente a mulheres, 2) desigualdade dos pais frente aos filhos e 3) desigualdade de heterossexuais frente a homossexuais (SINGLY, 2000, p. 16-17). O trabalho era realizado por divisão sexual, em que homens e mulheres desempenhavam tarefas distintas, cabendo à mulher a organização da casa e a educação das crianças e sujeitando-se ao poder marital do homem provedor.

Ocorre que “a família é uma estrutura social, uma construção humana que se consolida sob influência recíproca do meio social” (SALES; VASCONCELOS, 2006, p. 23). Dessa forma, o desenvolvimento econômico e o crescimento industrial da sociedade foram fatores importantes na transformação do papel da mulher dentro das famílias, colocando-as no desejo de ocupar relações de trabalho antes conferidas apenas ao sexo masculino e projetando o alcance de direitos até então conferidos apenas aos homens.

Essa perspectiva profissional feminina trouxe profundas modificações no ambiente familiar, eis que propiciou à mulher reconhecimento de sua força produtiva, maior individualidade, provimento de suas famílias, ausência sistemática do lar, construção de carreira e satisfações pessoais. Essa elevação jurídica da mulher se completou com a dupla regulamentação de relações

pessoais e patrimoniais (PEREIRA; MELO, 2000, p. 89, 109), modificando a visão de que a mãe teria maior responsabilidade na educação dos filhos e na organização do lar do que qualquer outro membro.

Tais mudanças acarretaram conflitos sociais gerados pelas novas posições dos cônjuges dentro das famílias, trazendo à tona pressões econômicas, readaptações financeiras, remodelamento das estruturas escolares para atender a uma demanda maior de alunos em idade e em turnos e inquietações emocionais, acarretando aumento considerável do número de divórcios e conflitos familiares (SALES, 2003, p. 55-59).

Nos âmbitos afetivo e emocional, o ingresso da mulher na vida profissional e no mercado de trabalho trouxe também remodelamento na criação e educação dos filhos, levando pais a delegar as funções de guarda e cuidado dos menores em razão de suas prolongadas ausências. “Assim é que pais e mães se distanciam fisicamente dos filhos, levando-os à procura de outros substitutos para a vida afetiva e emocional” (BUCHER-MALUSCHKE, 1999, p. 23), passando os menores a sofrer influência da escola, da religião, da internet e da televisão na construção de sua educação e identidade.

Com a amplitude do espaço conquistado pela mulher, junto à projeção mundial de proteção e efetividade aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, passou-se a estudar o gênero como um dado importante na compreensão das relações entre homens e mulheres. Esse estudo rompeu a noção de modelo único e divisão binária entre homem e mulher, esclarecendo que não há padrões de identidade nem de papéis divididos por sexo. Abriu-se espaço no ordenamento brasileiro para a sedimentação de uma conquista revolucionária no direito privado: a abrangência de novas estruturas familiares, diferentes do modelo patriarcal constituído pelo casamento.

Nasceram, então, famílias informais, fraternas, monoparentais, anaparentais, biparentais, multiparentais, homoafetivas, reconstituídas, unipessoais, mosaicos, socioafetivas, paralelas, dentre outras, consolidadas através da valorização do ser humano e de sua liberdade de escolha. O constituinte consagrou ainda a máxima de que nenhum tipo de família pode alçar superior legitimidade sobre outro. Todas as estruturas familiares abraçadas pelo ordenamento manifestam idêntico potencial de desenvolvimento das funções que lhe são próprias e intrínsecas, tais como respeito de seus entes, cuidado, educação dos menores, solidariedade e mútua assistência de seus pares.

Nessa seara, nosso ordenamento jurídico da contemporaneidade abraçou a igualdade referente aos cônjuges no casamento, trouxe aos filhos uma posição de centralidade no seio da família por meio da garantia de absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes, elegeu a cláusula geral de tutela da pessoa humana como fundamental e garantiu o direito à união homoafetiva entre os indivíduos.

A família, alçada, então, como núcleo natural e fundamental, alcançou laços de afetividade como elementos que prevalecem sobre os aspectos formais, buscando o respeito às diferenças, às necessidades e às possibilidades de seus entes, sem quaisquer restrições étnicas ou religiosas, com direito à proteção da sociedade e do Estado, seja ela de qual modelo for.

O Direito, portanto, sempre sensível a essas mutações sociais trazidas pela contemporaneidade, teve importante função na construção de novas entidades familiares (MORAES, 2013, p. 587-628) e remodelou-se de modelo autoritário para o modelo igualitário da família constitucionalizada do Código Civil de 2002, no qual se destacam o consenso, a solidariedade e o respeito à dignidade das pessoas, fomentando uma convivência livre de preconceitos, com foco no fortalecimento dos vínculos de afetividade, companheirismo e igualdade.

O aspecto emocional e afetivo passou a ser determinante para a continuidade e manutenção dos laços familiares, e não a legitimidade da família. As interações dos membros passaram a se conceber por uma índole mais afetiva e de menor submissão, em que o anseio comum dos atores familiares passou a ser um desejo uníssono e generalizado de interferir e participar dos seus relacionamentos embasados no afeto recíproco.

A igualdade verificou-se na constatação da inexistência de divisão única de papéis dos membros, em que companheiros são livres para escolher e desempenhar as tarefas domésticas que lhes convenham nos ajustes mútuos de cada lar. Dessa forma, as alterações na estrutura familiar configuraram a família contemporânea como inovadora, democrática e igualitária, através da “negociação transaccional de laços pessoais de igual para igual.” (GIDDENS, 1991, p. 2).

Ocorre que toda essa conjuntura contemporânea encontra-se ainda em processo de sedimentação pelas famílias, ora movidas pelo desejo de manutenção das regras e posições da família tradicional de seus antepassados, ora impelidas a aplicar as vivências da estrutura familiar moderna democrática.

Tal fenômeno proporciona instabilidade familiar, acarretando negociações constantes de diferenças entre os membros das famílias, seja na distribuição dos papéis de cada membro, no formato educacional dos filhos, na autonomia ou submissão dos atores familiares, seja ainda no conteúdo emocional que cada membro carrega, dentre tantos outros fatores.

As necessidades individuais dos atores familiares ante a vida moderna parecem não ser conhecidas por seus conviventes. Em muitas situações, são minimizadas e, em poucas vezes, efetivamente atendidas. Opiniões e posições costumam não encontrar espaço de escuta e elaboração, de forma que os conteúdos de mudança social a serem sedimentados na família não conseguem ser trabalhados de forma satisfatória entre os seus membros. O resultado é uma aceleração de diálogos improdutivos, desentendimentos e frustração.

A diversidade parental carrega ainda desafios em vista de sua dinâmica múltipla de conviventes, na qual não mais existem os citados papéis preestabelecidos configurados. Há toda uma cadeia convivente: pais, madrastas, padrastos, dupla parentalidade, filhos meio-irmãos, avós e tios, em que podem convergir sentimentos de não pertencimento, desafeto, inquietação, insegurança, comparação, raiva e frustração sobre as mais variadas formas de interação de uma multiplicidade de indivíduos constituintes dos arranjos familiares contemporâneos.

Surge, conseqüentemente, um emaranhado de diálogos e necessidades convergentes e divergentes dessas relações humanas contemporâneas. Administrar pacificamente esses interesses e posições requer escuta e labor elaborado, requer prática consciente, e isso parece ser um

grande desafio que a família pós-moderna enfrenta diuturnamente, especialmente na busca pela sua democraticidade. Eis que os diálogos, quando ocorrem, parecem não alcançar os objetivos propostos, gerando menos pacificação e mais disputa.

A vida humana na atualidade, mesmo com numerosos conviventes e com a ampliação da oferta de encontros afetivos, supõe solidão. A ausência de espaço para conhecer o outro e para ouvir suas opiniões e interesses acarreta relações de afeto menos profundas e pouco intensas, contraditoriamente.

Diante dos desafios relacionais trazidos pelo momento contemporâneo, um fenômeno inovador converge com a dinâmica de isolamento social, a pandemia do novo coronavírus. Em meio às incertezas e inseguranças enfrentadas no panorama mundial, um cotidiano obrigatório se apresentou às famílias, abruptamente: a convivência ininterrupta dos atores familiares.

Pais, mães e filhos estão revisitando conceitos e estruturas físicas e emocionais para lidar com um confinamento familiar único, em tempo integral e indefinido, implicando o surgimento de modelo diverso de convivência, sujeito às mais variadas oscilações de emoção e sentimentos.

Com a situação de calamidade pública instaurada, prestações de serviço não essenciais desautorizadas em alguns momentos, escolas presenciais suspensas, trabalhos remotos e desemprego, passou a ser comum, então, a negociação quanto ao formato do uso do tempo por cada ente, o questionamento acerca da realização dos afazeres domésticos e o equilíbrio quanto à alteridade dos membros das famílias, potencializada pelo apelo emocional próprio da situação enfrentada, conforme afirmaram Menezes e Amorim (2020, p. 4): “Em golpe de assalto, a pandemia fraturou a ideia de segurança e expôs a precariedade da comunidade humana.”

Proteção da saúde, ocupação de crianças, tarefas escolares, disputas de irmãos, trabalho remoto, contágio da doença, equilíbrio financeiro da família, suporte emocional e afetivo dos atores familiares somaram-se aos desafios próprios já trazidos pelas famílias contemporâneas.

Ocorre que as tensões sociais que já vinham ecoando antes da pandemia, desde a contemporaneidade, especialmente na família e na sociedade, ainda que agora silenciadas, “podem voltar com ainda maior força quando os efeitos da crise se fizerem sentir” (OLIVEIRA, 2020, p. 6).

Com efeito, “na vida de muita gente, os tempos de isolamento social mostram que a igualdade de gênero é uma bandeira que faz pouco sentido” (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 6). O mal-estar nas famílias irrompe na hostilidade, podendo se manifestar em violência doméstica, dificuldade de convivência com filhos e deveres de cuidado.

Os conflitos familiares já advindos da modernidade, somados ao momento de tensão que trouxe a pandemia, passaram a provocar nas famílias conflitos diuturnos dessas relações continuadas, trazendo a visão de partes inimigas, em que o esforço de destruição é eminente, inspirado pelo ponto de vista antagônico a ser combatido.

Embora a conflituosidade seja inerente à pessoa humana e não seja, portanto, um mal em si mesma, a inabilidade em seu trato ou sua inadequada administração acarreta a sistematização de desavenças e disputas cotidianas, trazendo ambiência de segregação e até de violência para os

lares.

É urgente inculcar, no modelo familiar contemporâneo, a visão construtiva do conflito a partir da alteridade de seus atores, em “espaço privilegiado de solidariedade e realização pessoal, o que se deve ao fato de não poderem mais ser ignorados os direitos da personalidade de seus membros” (PEREIRA; MELO, 2000, p. 1), nem tampouco as opiniões e os interesses de cada ator convivente.

Essa democratização no contexto da família implica dar espaço, para além da igualdade, para a manutenção do respeito mútuo, da autonomia, da tomada de decisões através da comunicação, do resguardo da violência e da integração social, mesmo em momentos de crise. O poder de decisão e de condutas deve ser distribuído nas iguais oportunidades de falar e de ouvir por cada ente familiar.

O modo de estabelecimento dos vínculos afetivos nesse momento é que vai configurar trocas danosas ou saudáveis, empobrecidas ou enriquecedoras, construtivas ou destrutivas das relações de seus entes para o futuro. Para isso, é necessário desenvolver a disseminação de uma comunicação mais produtora, capaz de redefinir as inovadoras representações dos papéis parentais e filiais desse período, facilitando o entendimento da dinâmica das mutações sociais e do impacto disso na convivência familiar, valorando o equilíbrio da autonomia e liberdade de seus entes a partir da alteridade e priorizando, sobretudo, a disseminação da afetividade, com mecanismos de respeito e cuidado, através de métodos de empatia capazes de reconstruir os vínculos relacionais familiares de forma mais satisfatória e específica.

Nesse contexto, “Alternativas advindas de uma nova articulação social precisam surgir, para que na *nova normalidade* nos coloquemos em uma posição mais democrática, solidária e participativa diante do outro” (OLIVEIRA, 2020, p. 6). O objetivo desse estudo consiste, portanto, em oferecer ferramentas comunicativas de impacto positivo que possam auxiliar as famílias no trato cotidiano de seus desafios.

3 COMUNICAÇÃO POSITIVA E TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO COMO UM CAMINHO PARA PACIFICAÇÃO FAMILIAR NA CONTEMPORANEIDADE

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2015, p. 22-24) sustenta que toda comunicação é interacional, constituindo-se em troca de mensagens, sendo inerente aos indivíduos e inafastável de seu cotidiano. Aduz ainda que atividade e inatividade seriam também modos de comunicação, assim como palavra e silêncio, mas que, apesar dessa inafastabilidade, nem sempre a comunicação acontece de modo intencional, consciente ou eficaz pelos indivíduos.

O autor argumenta que, em sua comunicação, pessoas são capazes de prejudicarem e violentarem outras por acreditarem ter o direito de puni-las na correção de seus erros, por falta de consciência das consequências advindas do uso da violência e por desconhecimento do atendimento das suas necessidades por métodos diversos do que o da força punitiva.

Marshall Rosenberg (2006, p. 37-47), por sua vez, aponta que tradicionalmente os indivíduos usam uma linguagem de rótulos, comparações, classificações e julgamentos moralizadores de si e do outro, em vez de encorajarem-se a perceber e validar sentimentos acerca de suas necessidades. Alega também que os indivíduos, supõe que aqueles que não agem em consonância com seus próprios valores, estão errados ou são maus. Assim, comparam-se e bloqueiam o exercício da compaixão entre si. Não se veem como responsáveis por seus próprios pensamentos, sentimentos e atos e comunicam seus desejos na forma de exigências, dificultando todo o processo de atendimento de suas necessidades.

Para ajudar na solução do problema, o autor elabora método comunicacional que considera eficiente na pacificação dos indivíduos, chamado de comunicação não violenta. A ferramenta se baseia em “habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas” (ROSENBERG, 2006, p. 21). Para ele, somente quando utilizamos a comunicação empática em nossas interações é que nos colocamos em estado compassivo natural, abrindo espaço para o sentimento de compaixão, que é inerente aos seres humanos.

O método de comunicação compassiva é baseado em 4 componentes sistemáticos e progressivos: 1) a observação de um fato cotidiano sem julgamentos ou classificações; 2) a identificação dos sentimentos próprios que o fato de outrem provoca em si; 3) a compreensão da necessidade surgida a partir da observação do fato e da identificação dos sentimentos; 4) a verbalização de pedido específico para o autor do fato em atendimento à necessidade em si identificada.

O uso reiterado e habitual da comunicação não violenta aponta mudança de padrões comportamentais dos indivíduos, percepção de si e do outro e clareza das intenções e necessidades individuais, diminuindo a resistência, a postura defensiva e as reações sistemáticas de violência.

Para o desenvolvimento de uma linguagem mais empática, contudo, é necessário compreender a lógica gerencial dos conflitos, partindo-se da premissa de que, por mais afinidade e afeto que existam em uma relação interpessoal, necessariamente o dissenso surgirá. Somente quando se aceita a inevitabilidade do conflito nas relações humanas é que se consegue desenvolver e elaborar soluções criativas e construtivas de pacificação. Demonizar o conflito é convertê-lo em confronto e violência (VASCONCELOS, 2015, p. 21).

Com a contemporaneidade e o avanço da plena liberdade de expressão dos atores familiares, tema já abordado anteriormente, percebe-se que o conflito, em si, não tem solução. Diante da multiplicidade de crenças, interesses e posições, o proliferamento dos dissensos é diuturno. O que se convergem são situações conflituosas específicas que, em sua sistematização, acabam por provocar um estado de pacificação mais habitual e satisfatório para a convivência familiar. A elaboração produtiva dos dissensos se coloca como um labor comunicativo cotidiano na vida dos seusatores.

Nessa esteira, a modernidade demanda o desenvolvimento de novas habilidades comunicativas, tendo em vista a diversidade de convívio sem ambientes de grande complexidade,

a fim de que se possa comprometer-se com as diferenças e em meio a elas. Acolher as diferenças se torna um caminho precípua desse estado compassivo.

A atitude de acolhimento consiste, portanto, no fundamento comunicativo da resolução de conflitos. É o seu primeiro passo. Ela concretiza a tolerância e a alteridade, valida o reforço positivo e supõe uma linguagem apreciativa, substituindo vocábulos depreciativos para construções mais positivas de linguagem. O acolhimento abre um caminho norteador para reconhecer o valor comunicativo do outro como ser humano, independente de suas posições ou interesses divergentes. Atitudes de bom humor, respeito e cordialidade são manifestações expressas de um desejo legítimo pela prática de um diálogo produtivo.

Provocações de acolhimento abrem espaço para o uso de uma ferramenta essencial na elaboração e ressignificação dos dissensos: a escuta ativa. Pessoas que se sentem verdadeiramente escutadas capacitam-se automaticamente para a prática de escutar. Escutar ativamente não se traduz em ouvir. A escuta deve ser elaborada para além da comunicação verbal.

Trata-se de observação atenta do outro indivíduo, dos movimentos corporais, da respiração e do olhar, que produzem importante linguagem interpretativa. A escuta ampla estabelece identificação compassiva, ou seja, desprovida de julgamentos, mas “a escuta só será poderosa e eficiente se for autêntica. Autenticidade significa que você está ouvindo porque está curioso e porque se importa, não apenas porque deve fazê-lo” (STONE; PATTON; HEEN, 2011, p. 28).

Conforme Vasconcelos (2015, p. 156), o aprendizado da escuta consiste em um desafio, haja vista a cultura brasileira traduzir a fala como uma expressão de poder e o silêncio como uma expressão de fraqueza. Contudo, na medida em que se ultrapassa a superficialidade do método, percebe-se o poder transformador da escuta. O treino da mente mediativa e negociativa do observador em busca de uma atitude desprovida de preconceitos leva-o a perceber as propostas implícitas e as súplicas verdadeiras do orador que estão por trás dos ruídos aparentes da sua fala. Assim, Aceitar e respeitar a diferença é uma dessas virtudes sem o que a escuta não se pode dar (FREIRE, 2005, p. 120).

Referidas propostas e súplicas impulsionam a realização das negociações, que podem ser satisfatórias ou não. Partindo da premissa de que negociar é desenvolver alguma comunicação interpessoal em mão dupla, no azo de obter um acordo, uma concessão para o atendimento de uma necessidade específica, pode-se supor que, nos momentos de confronto, quando o objetivo de logo não é alcançado, surgem reações tempestuosas e uma mentalidade hostil de que, em uma disputa, apenas uma das partes pode sair vitoriosa. Nunca ambas. É a cultura de que ou se ganha, ou se perde em um litígio. Sob esse viés:

Não importa que sejam gigantes dos negócios lutando pelo controle de um império comercial, crianças engalfinhando-se por um brinquedo ou grupos étnicos brigando por um território, todos parecem partir da premissa de que um lado só vence se o outro perder. Mesmo quando queremos cooperar, receamos que o outro lado tire proveito da situação, explorando-nos. O que sustenta essa mentalidade é o senso de escassez, o medo de que os recursos não sejam suficientes e por isso temos que garantir a nossa parte, mesmo que em prejuízo dos outros. Com

frequência, o resultado dessa forma de agir é os dois lados ficarem com menos (URY, 2015, p. 8).

Ury (2015, p. 84) ainda comunica que, diante de um litígio ou negociação, quatro escolhas se apresentam a depender do grau de interesse que se atribui aos lados conflitantes: 1) Adotar postura adversarial de ganhar ou perder para a proteção dos interesses próprios; 2) Abnegar interesses próprios e atender aos de outrem por deliberação própria; 3) Escolher abordagem de fuga em que as questões e os interesses reais sejam menosprezados; 4) Adotar postura de ganhos mútuos na qual se tornam importantes os interesses próprios e os de outrem, em abordagem colaborativa.

Para o autor, a mudança de abordagem se dá na perspectiva de criar um valor para o dissenso. A criação desse valor para o suposto adversário pode auxiliar no atendimento de sua própria necessidade. É uma abordagem cooperativa e colaborativa do conflito em pensamento criativo. Isso não significa sacrificar interesses próprios, nem ceder às exigências de outrem, mas trabalhar a generosidade nos confrontos na busca de ganhos mútuos, em que ambas as partes tornam-se vencedoras, garantindo, assim, ajustes mais satisfatórios e mais sustentáveis. A comunicação mediativa chama essa sistemática de “ganha-ganha”.

A ideia é a de que, apesar de os recursos tangíveis serem, por vezes, escassos, o pensamento criativo de dar ao invés de tomar, elaborado de forma conjunta e colaborativa, pode encontrar solução diversa melhor e mais eficaz, estabelecendo uma conexão que leva ao crescimento pessoal e ao empoderamento das partes para as mais diversas soluções conflituosas que vão além do conflito específico tratado.

Nessa perspectiva, é importante dedicar um olhar aos interesses dos indivíduos, e não às posições que adotam para a preservação desses interesses. Os interesses definem os problemas, mas, por trás de posições opostas, há interesses comuns, compatíveis e resolutivos. Somente com a prática da escuta, da fala autêntica, do acolhimento, das técnicas de negociação e do compartilhamento de ideias para ganhos mútuos, as partes podem chegar à percepção e à resolução de suas questões.

Stone, Patton e Heen (2011, p. 28), em sua obra intitulada “Conversas Difíceis”, cujo trabalho começou com a colaboração dos membros do Family Institute of Cambridge, no qual os participantes eram treinados em diálogos difíceis, sendo importante oficina de Negociação da Escola de Direito de Harvard por várias décadas, sustentam que todo diálogo tem em si uma estrutura subjacente. Compreendê-la representa um passo importante para uma negociação eficiente.

Segundo os autores, todo diálogo difícil tem uma estrutura firme que necessariamente implica sobre três pontos pelos quais seus autores cometem erros previsíveis que distorcem seus pensamentos e sentimentos e culminam em polarizar a discussão.

O primeiro ponto diz respeito ao diálogo do acontecimento. Os indivíduos dissentem em torno das divergências sobre o fato acontecido ou que deveria acontecer. Têm opiniões conflitantes acerca dos autores do fato, de suas omissões ou ações, da eleição dos supostos responsáveis e da

divergência quanto às atribuições de culpa.

O segundo ponto se refere ao diálogo dos sentimentos, a validade ou negação dos sentimentos das pessoas envolvidas; a exposição ou não desses sentimentos; a aceitação ou negação das emoções de si e do outro. Para os autores, nem sempre os sentimentos são expostos de forma clara no diálogo, mas sempre estão camuflados nas entrelinhas.

O terceiro ponto da estrutura dialogal trata-se do diálogo da identidade. Este seria a representatividade da situação litigiosa para cada indivíduo. Os conflitos internos sobre a competência de cada membro. O merecimento. A bondade. Os impactos do conflito sobre a própria imagem, o futuro, o bem-estar. “Toda conversa difícil envolve uma luta entre esses três diálogos. Assim, um envolvimento bem-sucedido requer o aprendizado da administração eficiente de cada um deles”(STONE; PATTON; HEEN, 2011, p. 28).

O estudo sugere que somente a partir de autoconhecimento e análise de si próprio diante dessa estrutura tripé do diálogo é que se alcança a satisfatoriedade necessária para enfrentar conversas difíceis. Escalona ainda que absorver culpas inibe a habilidade de aprendizagem acerca do fato e de empreender esforços para a correção do problema real. “A culpa é irrelevante e injusta. A necessidade de culpar se baseia, quase literalmente, na má compreensão a respeito do que originou as questões entre você e a outra pessoa e no medo de ser o culpado” (STONE; PATTON; HEEN, 2011, p. 28), justificando ainda um suposto pretexto para se alavancar sentimentos feridos.

Em outro prisma, mas ainda dentro do raciocínio de compreensão da estrutura dialogal para a elaboração pacífica dos diálogos conflituosos, considera-se a culpa como atribuição de julgamento e contribuição como atribuição de compreensão.

A compreensão diz respeito a um olhar produtivo para o conflito, ao entendimento de que, na maioria das vezes, o conflito não é uniaxial e tampouco fruto apenas da ação de um único indivíduo, ainda que possa parecer. Todos os envolvidos, em maior ou menor grau, têm parcela de contribuição para o aparecimento do problema a ser resolvido.

Em uma cadeia familiar, com múltiplos atores, diversidade de opiniões e interesses, todos contribuem em menor ou maior grau para a existência e disseminação de conflitos. Uma palavra acusadora ou mal direcionada, uma opinião com conteúdo julgador, uma regra imposta e não aceita, a falta de espaço para escuta, a não validação de sentimentos entre os conviventes e inúmeros outros fatores sistemáticos de convivência corroboram o que se chama de espiral do conflito, potencializando o confronto demasiadamente.

O acúmulo das insatisfações pessoais, traições, desatenções reiteradas, emoções reprimidas, desinteresses, boicotes de projetos de vida estabelecidos, na sistematização da relação familiar, acarretam diálogos difíceis e prejudiciais, muitas vezes interpretados erroneamente ou silenciados punitivamente.

A teia familiar passa a ser considerada complexa, por envolver uma diversidade de sentimentos e emoções de seus atores, muitas vezes ocultos, a exemplo de mágoas, dores e vinganças. Nesse contexto, “Os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento” (GANANCIA, 2001, p. 7).

O problema não solucionado vai avançando em suas nuances e em seu tamanho, de forma silenciosa e progressiva, causando desconforto e afastamento de seus entes e projetando sentimentos nefastos de destruição, até que se alcancem as reais causas que originaram o litígio e se trabalhe em suas melhorias e em suas soluções. Quando não solucionados por seus atores, os conflitos familiares transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, deixando sérias marcas nas famílias, nas relações e conseqüentemente na sociedade..

Importa dizer que, nesse processo, somente o olhar de contribuição de cada membro e o entendimento de que todos favorecem de algum modo na instauração da situação conflituosa é que leva ao empoderamento de todos para uma melhor construção das suas soluções. À medida que se desenvolve um sistema interativo comum, consegue-se observar mais claramente o que cada indivíduo deve fazer para evitar a reincidência dessas situações conflituosas e alterar com mais acertos e ajustes esse sistema para o futuro, visto que “quase todas as situações que geram diálogos são resultado de um sistema de contribuição mútua. O enfoque de apenas um ou outro contribuinte obscurece o sistema em vez de iluminá-lo”(STONE; PATTON; HEEN, 2011, p. 28).

Ferramenta que se impõe necessária para essa prática consiste na separação entre as pessoas e o problema em questão. Todo aquele que se sente impelido a pacificar seus conflitos deve atentar para a existência de dois interesses em um litígio: a relação interpessoal envolvida e o problema concreto que a envolve. Um indivíduo é composto de um todo complexo e seus erros ou acertos que supostamente deram causa à situação conflituosa são frutos de atitudes e comportamentos, e não de sua identidade. Lidar com o problema objetivamente e manter boa relação com a pessoa não precisam ser metas indissociáveis.

Carlos Eduardo Vasconcelos (2015, p. 173) aponta sugestões que auxiliam na ampliação dessa percepção separativa: 1) exercitar a inversão de papéis dos conflitantes; 2) não deduzir intenções de outrem a partir de condicionamentos próprios; 3) trocar ideias sobre as percepções do problema na visão de cada um dos envolvidos; 4) demonstrar interesse nos resultados; 5) evitar percepções levianas trabalhando com a verdade; 6) legitimar as emoções de ambas as partes; 7) não reagir a atitudes eminentemente emocionais; 8) adotar gestos simbólicos geradores de impactos emocionais construtivos; 8) lidar com as pessoas com humanidade, gentileza e com os problemas por seus próprios méritos.

Com efeito, torna-se urgente e necessário o aprimoramento de comunicação nas famílias, que permita o desenvolvimento das habilidades mencionadas, capazes de gerar confiança, empatia e colaboração no trato dos inevitáveis conflitos da convivência humana, validando sentimentos que são reflexo da afetividade, da essencialidade e da legitimidade do outro na ambiência familiar, eis que construtor dos padrões relacionais vitais daquela entidade de afeto.

Oportuno, portanto, abrir espaço na sociedade e nas famílias para uma nova forma de linguagem, a partir de ferramentas de escuta ampla, de ganhos mútuos, de identificação de interesses comuns e de acolhimento.

A prática de uma comunicação produtiva e assertiva nas famílias conduz ao entendimento de que ela é plenamente capaz de autorregular-se em direção a caminhos mais pacíficos e

satisfatórios na elucidação de suas questões, validando a força de proteção e cuidado, que deve ser a máxima de sua manutenção, e não a violência e a desagregação de seus atores. Isso porque a função precípua da família continua a de prover recursos afetivos, pessoais e intelectuais de seus membros.

CONCLUSÃO

Os conflitos familiares, como se viu, são diuturnos e inerentes à convivência humana. Surgem nas relações interpessoais a partir das diferenças de opiniões, valores, comportamentos e posições acerca de situações concretas, mediante uma liberdade de expressão potente alcançada nesse período social contemporâneo despadrãozido e inovador.

Nas famílias, referidos contextos se projetam com maior vigor e intensidade, devido à complexidade de sentimentos e emoções, expostos e omissos, vivenciados pelos atores dessas relações continuadas.

Uma vez estabelecida a situação conflituosa, os conviventes podem estabelecer as reações mais distintas. Contudo, percebe-se que os conflitos negligenciados em seu tratamento e ignorados em suas soluções se avolumam de forma progressiva e gradual no seio familiar.

De outra sorte, o reconhecimento dos pontos de incômodo e o exercício do labor comunicacional aprimorado possibilitam a construção de soluções melhor adequadas para esses conflitos e mostram-se como estratégias importantes para caminhos mais pacificadores nas famílias.

Isso acontece porque o diálogo participativo, colaborativo e efetivo contagia produtivamente as partes, permitindo considerável empoderamento dos seus atores na participação da construção de soluções, tornando-as muito mais consistentes e satisfatórias para todos os membros que compõem um dado sistema familiar.

O desenvolvimento, portanto, de uma comunicação mais assertiva nas famílias, com a prática de habilidades concretas de linguagem mais produtiva, parece ser ferramenta democrática capaz de auxiliar as famílias a dirimir seus conflitos.

A implementação e a utilização ampla desses mecanismos e dessas ferramentas de comunicação positiva e de negociação trazidas neste estudo devem ser práticas estimuladas e consolidadas diuturnamente nas teias familiares, especialmente se se objetiva a manutenção e sobrevivência das instituições familiares para além da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro. O casal sob novas formas de interação. *In*:

- FERES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **O casal e a família em transformação**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- CARVALHO, M. C. N.; BARBOSA, C. M. Subjetividade, relações sociais e sistema de justiça. **Psicologia do Argumento**, São Paulo, v. 33, n. 82, p. 13, jul./set. 2015.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.
- FRIDMAN, Luis Carlos. Pós-modernidade: sociedade da imagem e sociedade do conhecimento. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 353-375, out. 1999.
- GANANCIA, Dalièle. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 62, p. 7, mar. 2001.
- GIDDENS, Anthony. **Modernity and self-modernity: self and society in the late modern age**. Stanford: Stanford University Press, 1991.
- GROPPO, Luis Antonio. Teorias pós-críticas da juventude: juvenilização, tribalismo e socialização ativa. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, v. 13, n. 2, p. 573, 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de M. Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. São Paulo: José Olympio, 2003.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. **Civilistica**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-38, maio 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago. 2013.
- NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. A passagem interna da modernidade para a pós-modernidade. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 24, n. 1, p. 82-93, mar. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2020.
- OLIVEIRA, Marcia L. C. Um espectro ronda o mundo – Boaventura de Souza Santos e as primeiras lições da pandemia. **Pensares em Revista**, São Gonçalo, n. 18, p. 212-220, 2020.
- PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 89-109, jul./set. 2000.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Editora Ágora, 2006.
- SALES, Lia Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação familiar: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. A família e os conflitos familiares – a mediação como alternativa. **Pensar**, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59, fev. 2003.

SENNETT, R. **A Corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SINGLY, François de. La réinvention de la famille. **Label France**, Paris, n. 39, p. 16-17, abr. 2000.

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. **Conversas difíceis**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2011.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro. Sextante, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2015.

Como citar: BARSÍ, Lea; VASCONCELOS, Monica. Comunicação positiva e técnicas de negociação: um caminho transformador nas relações afetivas e familiares da contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 42-61, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p42. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 04/12/2021.

Aprovado em: 14/02/2023.

**DIREITOS AUTORAIS EM
NARRATIVAS TRANSMIDIÁTICAS: A
INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO DO
AUTOR NOS CONTRATOS**

COPYRIGHT IN TRANSMEDIA NARRATIVES:
THE INSTRUMENTALIZATION OF COPYRIGHT IN
CONTRACTS

Jordana Siteneski do Amaral*
Salete Oro Boff**

*Mestre em Direito com bolsa Taxa CAPES/PROSUP (Faculdade Meridional, IMED/RS).
Graduada em Direito (Faculdade Meridional, IMED/RS).
Graduada em Jornalismo (Universidade de Passo Fundo, UPF/RS).
E-mail: jo.siteneski@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7413-013X>

**Doutora em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS).
Mestre em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/RS).
Graduada em Direito (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI/RS).
E-mail: salete.oro.boff@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>.

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Direitos autorais em narrativas transmidiáticas: a instrumentalização do direito do autor nos contratos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 62-77, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p62. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo tem como tema analisar como os Direitos Autorais podem ser assegurados e instrumentalizados em narrativas transmidiáticas. Logo, o problema de pesquisa que este trabalho busca responder é verificar se os contratos são meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmidiáticas. Uma narrativa transmídia caracteriza-se essencialmente por contar uma narrativa através da utilização de várias mídias, com conteúdos diversificados e adaptados para cada tipo de suporte. Esses conteúdos formam um amálgama e se complementam mutuamente dando origem a uma nova forma de construir narrativas. Pelo estudo realizado, confirmou-se a hipótese inicial, visto que o autor é livre para dispor e negociar os direitos que lhes são exclusivos de exploração econômica da obra. O autor, por ele mesmo ou por alguma entidade que o represente, pode negociar a abrangência da cessão ou a autorização do uso dos direitos patrimoniais que lhe cabem, tais como a finalidade da cessão, seus prazos e onerosidade. Em uma narrativa transmídia é preciso que o instrumento contratual seja minucioso e traga de forma expressa todas as formas de utilização da obra. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e o de procedimento monográfico.

Palavras-chave: Direitos autorais. Narrativa transmídia. Convergência midiática. Contratos.

Abstract: The theme of this article is to analyze how copyright can be secured and instrumentalized in transmedia narratives. Therefore, the research problem that this work seeks to answer is to verify if contracts are valid means for the instrumentalization of Copyright in works constructed through transmedia narratives. A transmedia narrative is essentially characterized by telling a narrative through the use of various media, with diversified content adapted to each type of support. These contents form an amalgam and complement each other, giving rise to a new way of building narratives. Through the study carried out, the initial hypothesis was confirmed, since the author is free to dispose of and negotiate the exclusive rights of economic exploitation of the work. The author, by himself or by some entity that represents him, can negotiate the scope of the assignment or the authorization of the use of the patrimonial rights that belong to him, such as the purpose of the assignment, its terms and cost. In a transmedia narrative, the contractual instrument must be detailed and expressly bring all forms of use of the work. The approach method used was the hypothetical-deductive and the monographic procedure.

Keywords: Copyright. Transmedia storytelling. Contracts. Media convergence.

INTRODUÇÃO

Grande parte do público conhece a série *Matrix* pela trilogia de filmes. Porém, o universo dessa narrativa, que é um ícone da ficção científica e do gênero *cyberpunk*¹, é maior e mais complexo do que mostram as obras cinematográficas. Além dos filmes, existe uma série de animação, uma história em quadrinhos e dois *games*. Cada um desses produtos, mais do que simplesmente reproduzir o universo, interage e complementa a história principal. Tem-se aqui, um *case* de sucesso da narrativa transmídia.

Uma narrativa transmídia, em breve síntese, é uma forma de construir o *storytelling*, isto é, a própria narrativa utilizando vários suportes de mídia de maneira integrada. Aproveitando as especificidades de cada um desses suportes, uma história pode ser contada de forma entrelaçada em diferentes produtos: filme, livros, e jogos, por exemplo.

Uma vez que todos esses produtos midiáticos estão envolvidos em processos de criação diferentes, eles envolvem autores e criadores diferentes nesses processos de produção. Não obstante, haverá sempre um autor que criou o conceito original da obra, isto é, que escreveu um livro ou um roteiro que deu origem ao enredo da obra que será expandida.

Logo, este trabalho tem como escopo discutir como os Direitos Autorais podem ser assegurados e instrumentalizados em narrativas transmídia. Partindo do pressuposto de que tais relações jurídicas e negociais são regidas por meio de contratos, o problema de pesquisa consiste em verificar se, os contratos são meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmidiáticas. A hipótese inicialmente formulada foi a de que os contratos que possuem os Direitos Autorais, e mais precisamente, os direitos patrimoniais, como objeto são meios válidos e podem ser utilizados em casos que envolvem narrativas transmidiáticas para que o autor possa exercer seu direito exclusivo de usar, fruir e dispor de sua obra.

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e de procedimento monográfico. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica em artigos, livros e em fontes secundárias.

Este trabalho está estruturado em três tópicos, além de introdução e conclusão, onde os objetivos que norteiam a pesquisa são desenvolvidos em cada tópico. Tais objetivos consistem, em um primeiro momento, conceituar e contextualizar as narrativas transmídia; elucidar a divisibilidade dos direitos autorais patrimoniais e a necessidade de autorização expressa do autor da obra para sua divulgação, utilização e exploração econômica em qualquer suporte; demonstrar que as diferentes modalidades de uso da obra necessitam ser expressas e autorizadas pelo autor; e por fim, apresentar os instrumentos contratuais como opções para instrumentalização dos direitos

1 A estética *cyberpunk* é considerada um subgênero da ficção científica e pode ser encontrada em movimentos literários, mas não só: filmes, animações, séries de televisão e jogos podem incorporá-la. Na literatura, ela surge na década de 1980 em obras que, atualmente, são consideradas clássicas do gênero, como, por exemplo, *Andróides sonham com ovelhas elétricas* e *Neuromancer*. No cinema, o filme *Blade Runner* é um considerado um clássico do gênero. Basicamente, essa subcultura retrata uma sociedade muito avançada em tecnologia, porém sempre decadente no aspecto social e ambiental, com altos níveis de degradação ambiental, pobreza, desigualdade, violência, criminalidade e repressão.

autorais nas narrativas transmídia.

1 O UNIVERSO EXPANDIDO EM VÁRIOS MEIOS: A NARRATIVA TRANSMÍDIA

O uso pela primeira vez do termo narrativa transmídia (*transmediastorytelling*) é atribuído à Marsha Kinder e Mary Celeste Kearney para se referir aos processos de adaptação de uma narrativa para múltiplas plataformas e *marketing*, bem como a relação entre filmes, games e televisão. Seriam “super sistemas” capazes de criar uma rede intertextual ao redor de personagens da cultura pop (EVANS, 2011).

As narrativas transmídia surgem principalmente em função de uma estratégia de *marketing* e de mercado, mas também são reflexo da “cultura da convergência”. Um dos reflexos desta cultura é que os consumidores de produtos de mídia reivindicam para si uma postura mais participativa e interativa.

É o que se pode observar em Jenkins (2009, p. 138), que foi um dos primeiros teóricos a conceituar o termo transmídia: “Uma história transmídia desenrola-se através de múltiplas plataformas de mídia, como cada novo texto contribuindo de maneira distinta e valiosa para o todo.”

Nesse sentido, exploram-se as características específicas de cada meio, pois “cada meio faz o que faz de melhor”, a fim de que uma história possa ser trazida para um filme, ou para os games. Na transmídia, cada acesso à franquia precisa ser autônomo, para que não seja necessário ver um determinado produto para gostar de outro (JENKINS, 2009, p. 138).

Trata-se de uma forma de contar histórias usando recursos de várias plataformas de maneira interligada e simultânea, que surge como um dos reflexos do fenômeno que ele nomeia como “Cultura da Convergência”.

De uma forma sucinta, a “cultura da convergência” refere-se a uma mudança de paradigma na comunicação, no consumo de mídia e nas relações estabelecidas entre os consumidores com o conteúdo de mídia e entre os próprios consumidores. Ela é possível por causa da evolução tecnológica, com o advento das mídias digitais e interativas e de aparelhos como celulares e computadores que agregam múltiplas funções. Contudo, o aspecto tecnológico é apenas uma das facetas da convergência, pois se trata de uma mudança na própria cultura e nos hábitos das pessoas (JENKINS, 2009).

Enquanto as mídias analógicas eram passivas e possuíam uma comunicação verticalizada, as mídias digitais são essencialmente interativas. Os consumidores de mídia querem, mais do que receber, ser participantes ativos. Isso ocorre na medida em que eles recebem o conteúdo pelas mídias e depois vão produzir conteúdo na internet, seja na forma de comentários ou produzindo algum tipo de *fandom*² (JENKINS, 2009).

² *Fandom* refere-se à subcultura composta, produzida e consumida pelos fãs e por uma comunidade. Para mais informações sobre como ele se insere e se manifesta na cultura da convergência ver: (AMARAL; BOFF, 2018b).

A convergência envolve a relação entre três conceitos: convergência dos meios de comunicação, cultura participativa e inteligência coletiva:

Por convergência, refiro-me ao fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e ao comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação, que vão a quase qualquer parte em busca das experiências de entretenimento que desejam (JENKINS, 2009, p. 29).

Esses processos de convergência são dinâmicos e ocorrem no momento em que os consumidores de mídia recebem o conteúdo e passam a fazer uma ressignificação e uma recriação (MARTINO, 2015). Importante ressaltar que as manifestações dessa cultura participativa geradas nesses meios, nem sempre são bem recepcionadas pelos grandes produtores de mídia (isto é, as gravadoras, editoras, emissoras de televisão e estúdios cinematográficos). Um exemplo foram as notificações expedidas pelos estúdios de cinema para que os fãs de determinados filmes parassem de produzir conteúdo amador na internet (AMARAL; BOFF, 2018a).

Outro exemplo disso, é que se tornou comum que criadores de conteúdo para plataformas digitais recebam notificações de supostas violações de Direitos Autorais quando utilizam pequenos trechos de obras protegidas. As consequências dessas notificações são diversas, tais como sofrer sanções na plataforma onde hospedam esse conteúdo, ter o conteúdo produzido removido, ou perder a monetização. Isso como acontece em plataformas como o *YouTube*³, criticado pela sua política de Direito Autoral em diversas oportunidades (AMARAL; BOFF, 2018b).

Isso é particularmente preocupante, pois além de prejudicar os criadores de conteúdo, que cada vez mais estão se profissionalizando nessa atividade, ainda pode abrir margem para a restrição da liberdade de expressão se essas políticas de direitos autorais tiverem sua finalidade legítima desviada para atingir outros objetivos (AMARAL; BOFF, 2018b).

Feita esta observação e voltando ao caso em análise, a franquia *Matrix* é um exemplo de narrativa transmídia bem-sucedida. Com um universo e uma história tão amplos que não caberiam em apenas uma mídia, o enredo principal é complementado por dois games (*Enterthe Matrix* e um jogo *multi-player* online), pelos quadrinhos e pela animação *Animatrix* que ofereciam novos pontos de acesso para o universo, tal como os diversos pontos possíveis que eram usados pelos personagens para entrar na *Matrix* na história. Outros exemplos de narrativas transmídias podem ser observados em *O Senhor dos Anéis*, *Star Wars* e *Harry Potter* (JENKINS, 2009).

Para os fãs, a trilogia *Matrix* é apenas “a ponta do *iceberg*” das diversas narrativas que compõem o universo em outros formatos. Cada um desses itens oferece detalhes sobre o que aconteceu no universo da franquia antes dos filmes ou entre alguns episódios (MARTINO, 2015, p. 38). Nas palavras de Martino (2015, p. 38), “Uma narrativa transmídia é uma história que se desdobra em múltiplas plataformas e formatos, cada uma delas trabalhando em sua própria

³ Algumas plataformas têm implementado ferramentas para identificar e remover de forma automática essas violações, como por exemplo, o controverso *Content ID do YouTube*. Também, a nova Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia prevê em um dos seus artigos o uso obrigatório desse tipo de filtros nas plataformas, decisão essa que enfrentou fortes críticas (AMARAL; BOFF, 2018b).

linguagem e acrescentando elementos novos ao conjunto da história.”.

Pratten (2011) acrescenta que além do uso de múltiplas plataformas, é importante incluir a participação das pessoas, de forma que cada plataforma aumente o aproveitamento e experiência do público. A narrativa transmídia diferencia-se das “narrativas multiplataforma” na medida em que a primeira consegue construir uma “sinergia” entre o conteúdo e a emoção causada pela participação do público.

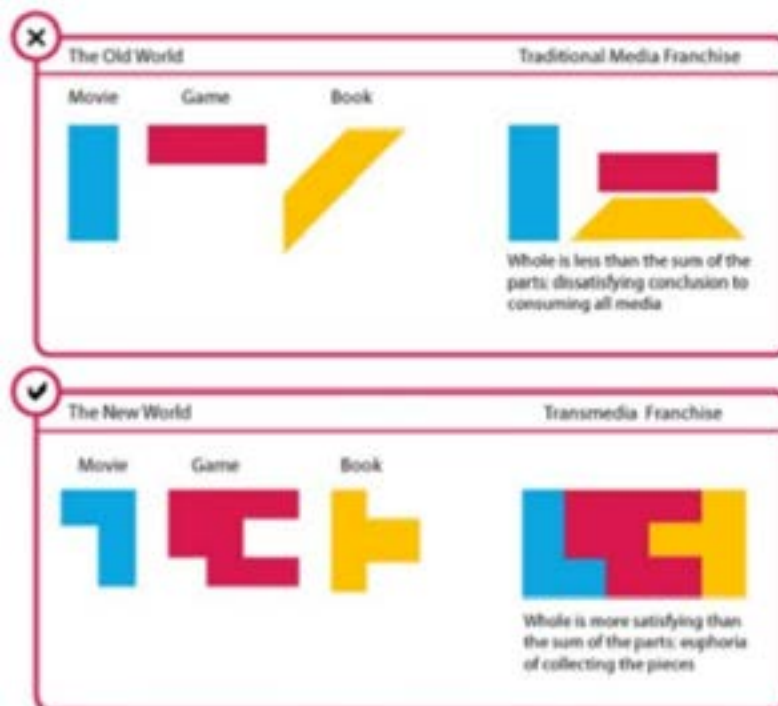
Desta maneira, o simples ato de criar um *website* para um programa de televisão não faz dele uma narrativa transmídia, porque ele seria apenas uma “versão adaptada” do mesmo conteúdo das outras mídias, não fazendo diferença para experiência final do consumidor se ele o acessa ou deixa de acessá-lo (PRATTEN, 2011). A narrativa transmídia, por outro lado, precisa da diversificação do conteúdo em cada plataforma.

É importante também que se diferencie termos como “crossmídia” e “multimídia”, para que não haja confusão com a transmidialidade. Quando se diz que algo é multimídia, apenas se está dizendo que existe mais de um meio de comunicação envolvida na apresentação de uma mesma história, mas que os conteúdos se repetem, sendo quase uma cópia um do outro. Já na crossmídia, também se utiliza diferentes plataformas para desenvolver a narrativa ou uma campanha, porém ela não proporciona conexão entre as diferentes partes da história, que são desenvolvidas em cada um dos canais de distribuição (ARNAUT *et al.*, 2011).

Essas formas de desenvolver o *storytelling* acabam resultando em narrativas fragmentadas, que muitas vezes enveredam por caminhos diferentes, dando sempre a impressão que cada uma delas é só uma “versão” diferente da outra. Ou ainda, caem na redundância e acabam com o interesse da audiência em buscar mais conteúdos.

A figura abaixo, criada por Pratten (2011) demonstra que nas franquias tradicionais a experiência de consumir todas as mídias se torna insatisfatória, pois elas são fragmentadas e desconexas. Já na transmídia, a experiência de consumir todas as mídias se torna satisfatória, pois elas se complementam e se interligam, proporcionando uma experiência melhor.

Figura 1 - “what is transmedia?”



Fonte: Pratten (2011, p. 3).

Não se pode ignorar também que a narrativa transmídia surgiu de esforços do *marketing* e é fortemente ancorada em propósitos comerciais. Contudo, também não se pode negar que o seu sucesso está atrelado ao engajamento e participação do público, com as informações que eles trocam, com o conteúdo que geram e os produtos que consomem. Parte da audiência cada vez mais busca mídias interativas, de maneira que essas narrativas conseguem prender a atenção do espectador.

Voltado ao caso *Matrix*, viu-se que a franquia possui uma série de produtos diferentes, que derivam do universo da obra cinematográfica. Esses produtos (*games*, quadrinhos, animação) e seus respectivos enredos foram desenvolvidos por autores diferentes (considerando as irmãs Wachowski, que dirigiram os filmes como autoras). Porém, as irmãs sempre estiveram presentes no desenvolvimento dos demais produtos, desde a busca pelos profissionais que executariam o trabalho até no desenvolvimento do conteúdo.

Elas não apenas licenciaram ou subcontrataram profissionais para criar os produtos derivados, mas dirigiram e escreveram conteúdos para o *game* e para as histórias em quadrinhos, bem como participaram da elaboração dos cenários para a animação. Tal envolvimento foi essencial para que a obra fosse apreciada pelos fãs, garantindo uma integridade e coesão na narrativa (JENKINS, 2009).

Se por um lado esta “autoria cooperativa” produz bons frutos, por outro, o atual sistema de licenciamento não colabora para que as franquias tenham sucesso. A crítica do autor vai no sentido de que o atual sistema de licenciamento induz que os demais produtos sejam “periféricos” perante a obra principal. Vendem-se os direitos a um terceiro, que limita o que pode ser feito com

os personagens ou conceitos. Ao fazer isso, os demais produtos saem redundantes (não permitem novos antecedentes ou personagens), com histórias diluídas (duplicam experiências já realizadas) ou com contradições grosseiras (sem a consistência que se espera de uma franquia) (JENKINS, 2009).

Construir um uma narrativa transmídia não é simples, e caso esse seja o objetivo, é preciso que o projeto contemple vários elementos. Para que o projeto seja bem sucedido, é preciso que desde o início o enredo, universo, personagens e formas de interação com o público sejam pensados. Além é claro, das questões de propriedade intelectual.

Nesse ponto, percebe-se que, semelhante ao que ocorre em outras situações que envolvem direitos intelectuais e novas tecnologias, é preciso discutir como solucionar essas novas demandas. Percebe-se que cada um desses produtos envolve direitos e autores diferentes em seu desenvolvimento. Como então, conferir proteção a todos esses direitos e proteger o autor de usos considerados excessivos ou não autorizados diante desses processos?

É importante ressaltar que os direitos patrimoniais podem ser cedidos, de forma total ou parcial. Isto é, o autor ou titular não é obrigado a dispor de forma integral de todos os direitos, pois eles podem ser negociados de forma individual. Nesse sentido, o próximo item busca elucidar a divisibilidade dos direitos patrimoniais.

2 A DIVISIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

Existem duas grandes “ramificações” do sistema de proteção de obras intelectuais por meio dos direitos autorais. Ambas possuem o objetivo de assegurar proteção à obra e ao seu autor, bem como de cuidar da utilização econômica dessas obras. Divergem, porém, em vários aspectos.

O sistema *Copyright*, adotado em países como Estados Unidos e Inglaterra surgiu primeiro, remontando ao ano de 1710 com o *Copyright Act*. Com este estatuto, os autores começaram a ter seus direitos reconhecidos, destacando-se o direito de cópia do autor (ASCENSÃO, 1997, p. 4). É um sistema que possui um caráter objetivo, na medida em que é concedido ao titular, porém exigem-se algumas formalidades para o exercício do direito de exclusividade. (BITTAR, 2015, p. 29).

Por outro lado, o sistema brasileiro derivou de uma outra tradição de Direito Autoral, surgida na França, que teve dois decretos como marcos legislativos importantes nos anos de 1791 e 1793 (ZANINI, 2015).

Um dos aspectos que diferenciam este sistema do *copyright* é o reconhecimento do duplo aspecto do Direito Autoral: o aspecto patrimonial e o aspecto moral. Esse sistema possui um caráter mais subjetivo, e baseia-se na exclusividade que o titular dos direitos referentes à exploração econômica possui, garantindo também, a participação em diversos meios de utilização. Neste regime, se reconhece a limitação das convenções celebradas pelo autor para exploração da obra. A proteção conferida pelo direito neste sistema é garantida independentemente de registro da

obra ou de outras formalidades.

O aspecto moral guarda relação com direito de o criador ser reconhecido como autor da obra e que receba os créditos pela mesma, bem como pela sua divulgação e integridade, não sendo essas alteradas, salvo seu consentimento (GANDELMAN, 2001, p. 37). São direitos que acompanham o autor, e ainda que esgotada a exclusividade patrimonial com a entrada em domínio público da obra, eles persistem (BITTAR, 2015, p. 69).

Os direitos morais reúnem características que compreendem a “irrenunciabilidade, extra patrimonialidade, intransmissibilidade intervivos e causa mortis, a perpetuidade, o caráter absoluto, inalienabilidade, impenhorabilidade e a inexpropriabilidade” (ZANINI, 2015, p. 261). Na Lei de Direitos Autorais de 1998 (Lei 9.610/98) eles estão elencados nos artigos 24, 25, 26 e 27 e seus respectivos incisos, quanto ao sujeito do autor. Ainda, a proteção aos direitos morais dos intérpretes e executantes foi assegurada, por força do artigo 92 da mesma lei (BRASIL, 1998).

Já os direitos patrimoniais decorrem das relações de caráter real no uso e gozo das obras criadas e materializadas. O “fato gerador” dos direitos patrimoniais do autor ocorre com a publicação da obra, que por sua vez é o resultado da fixação do bem incorpóreo (criação) que foi fixado em algum bem corpóreo(suporte) (ABRÃO, 2017).

Trata-se da utilização econômica da obra, isto é, os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários. Provêm da decisão do autor em comunicar a obra ao público e sob a forma que melhor atenda ao seu interesse em fazê-la circular (BITTAR, 2015, p. 67).

Estes direitos decorrem da exclusividade outorgada ao autor para exploração econômica da obra. É necessária prévia consulta ao autor para qualquer uso econômico da obra, que só será legítimo com a anuência do autor. Isso ocorre porque são direitos independentes entre si (princípio da divisibilidade dos direitos patrimoniais⁴). Logo, suas modalidades de uso estão atreladas à vontade do autor, que pode inclusive, negociá-las com pessoas diferentes:

Isso significa, pois, que, pelos vínculos que o mantêm unido à obra, mesmo depois de comunicada ao público de qualquer forma, tem o direito de interferir em qualquer outra modalidade não contratada ou surgida depois com a evolução tecnológica (gravação de show, ou novela, em fita cassete, para posterior venda ou locação ao público, em que a permissão para realização da novela não possibilita, por si, o novo uso, que ao revés, necessita estar autorizado por expresse no ajuste próprio) (BITTAR, 2015, p. 71).

Ao contrário dos direitos morais, os patrimoniais são penhoráveis, passíveis de cessão, seus efeitos possuem limitação objetiva no tempo, são prescritíveis, independentes entre si, isto é, esses direitos podem ser usados e negociados pelo autor de forma independente e cedidos a pessoas diferentes (BITTAR, 2015, p. 72). Estes direitos, de forma mais numerosa estão dispostos a partir do artigo 28 e seguem até o artigo 46 da LDA.

Essa diferenciação entre o aspecto moral e patrimonial é importante, uma vez que este é o

4 “De acordo com o Art. 31 da LDA: “As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.”

sistema adotado no Brasil e porque essa diferenciação irá refletir nas próprias relações contratuais e obrigacionais decorrentes dos negócios jurídicos que tenham os direitos autorais como objeto.

No artigo 29 da LDA encontra-se uma lista exemplificativa dos direitos patrimoniais que pertencem aos autores e que cabe a eles autorizar ou não seu uso. São direitos como a reprodução, a edição, a adaptação a distribuição e tantos outros. As adaptações, de obras artísticas e literárias, por exemplo, são muito comuns na área audiovisual e encontram-se no rol desses direitos.

Por se tratar de bens disponíveis, os direitos patrimoniais são aqueles que podem ser transferidos. Essa transferência pode dar-se por meio de contratos ou por sucessão (natural ou testamentária), caso em que os direitos serão transferidos aos herdeiros. Quando alguém adquire direitos autorais por meio de uma das formas de transmissão dos direitos, seja por meio contratual ou por sucessão, os novos titulares passam a ser “titulares derivados” dos direitos autorais. Eles apenas adquiriram o exercício de direitos patrimoniais, sem ter participação no processo criativo (ABRÃO, 2017, p. 189).

Já no artigo 49⁵ da LDA, que se refere à transferência dos direitos do autor, estão elencadas algumas regras que precisam ser observadas na celebração do instrumento em relação: a) prazos de validade da transmissão; b) conteúdo; c) local; e d) interpretação dos contratos. Observa-se ainda que no caput do mesmo artigo a LDA previu três diferentes tipos de contratos: licenciamento, concessão e cessão. Apesar desta previsão, a lei não traz consigo um conceito legal para cada tipo de contrato. Cabe ressaltar que não é este um rol taxativo, uma vez que o artigo ainda dispõe que podem ser celebrados outros contratos em direito admitidos.

Quanto ao conteúdo, destaca-se que a transmissão, mesmo que seja total, não compreende os direitos de natureza moral e nem os expressamente excluídos por lei. O prazo da transmissão, caso o instrumento não mencione o prazo, será de cinco anos. Quando se tratar de transferência definitiva, esta somente ocorrerá se assim estiver expresso no instrumento.

Relativamente ao local, será válido no país em que foi celebrado, salvo disposição em contrário; quanto à modalidade, será apenas para as já existentes à época da celebração; e em relação à interpretação, estabelece que se não houver especificações, a modalidade se restringe somente para aquela necessária para a execução do contrato.

A partir do exposto, observa-se que o autor possui a faculdade de dispor de seus direitos patrimoniais e que isso não afetará os direitos morais e de ser reconhecido como autor da obra. Não obstante, a própria Lei apresenta a possibilidade de transferência dos direitos patrimoniais via cessão ou por sucessão. No próximo tópico, será analisado como os contratos podem contribuir

5 Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

para garantir e proteger os direitos de ambas as partes do negócio jurídico de cessão de direitos autorais, sobretudo nas narrativas transmídia.

3 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS POR MEIO DOS CONTRATOS

Os Direitos Autorais (em suas respectivas esferas, patrimonial e moral) além de positivados em determinado regime jurídico, devem ser instrumentalizados. Para o caso o qual este artigo analisa, a questão é como instrumentalizar juridicamente a utilização das obras intelectuais em diferentes plataformas e em diferentes usos. Há uma diversidade grande de espécies de contratos que podem ser celebrados, atendendo a uma infinidade de interesses das partes dentro do relacionamento básico entre autor, empresário, usuário e Estado (BITTAR, 2015, p. 107).

O Direito Autoral constitui um ramo *sui generis*, uma vez que possui princípios e regras próprias, de maneira que ele alcança particularidades em um *status* obrigacional próprio em relação ao direito comum. Em função da diversidade de plataformas de distribuição e exploração de bens intelectuais, a proteção legal buscada pelos autores tem se assentando em legislações que buscam assegurar a sua participação em cada processo de utilização da obra e a especificação no próprio instrumento do acordo sobre quais direitos estão inclusos, de forma expressa. Aquilo que não foi explicitado, não sai do patrimônio do autor (BITTAR, 2015, p. 107).

A transmissão dos direitos patrimoniais tem eficácia enquanto durar o período de proteção da obra, isto é, até que ela caia em domínio público. Os contratos de transferência de direitos autorais, apesar de possuírem regramentos específicos, também estão sujeitos às regras dos contratos e negócios jurídicos do Direito Civil, naquilo que não lhes forem contrárias as disposições. Por exemplo, tais contratos exigem partes capazes, objeto lícito (possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida em lei (art. 104 do Código Civil). A abusividade no contrato também pode levar à nulidade do negócio (ABRÃO, 2017).

A própria Lei de Direitos Autorais é categórica ao postular que a interpretação dos negócios jurídicos envolvendo os direitos autorais se dá de forma restritiva, e não extensiva. Logo, os contratos, sejam eles comuns ou específicos, são interpretados restritivamente de maneira que permanecem com criador os direitos não expressamente transferidos, ou os novos usos não previstos ou que ainda não existiam no tempo da contratação (BITTAR, 2015, p. 72).

Ficam reservados ao autor todos os direitos que não forem expressamente negociados, e, em caso de dúvida, a interpretação deve ser norteada nesse mesmo sentido. De qualquer sorte, não importa qual o nome do instrumento, mas sim o seu conteúdo e as intenções das partes contratantes (BITTAR, 2015, p. 114).

A título de comparação, a lei francesa estabelece que ainda que um contrato implique na cessão total de direitos, ele compreende apenas os modos de exploração previstos no instrumento. A autorização de forma específica e por escrito do autor é necessária para cada direito cedido, bem

como a extensão, ao destino, o aproveitamento econômico, o lugar e a duração. Deste modo são “nulas as cessões globais de obras futuras”, permitida apenas a concessão de direito de preferência (BITTAR, 2015, p. 110). Como se observa, a lei francesa distingue diferentes direitos patrimoniais, considerando-os independentes e submetendo a cada qual à autorização autoral. Limita a cessão aos expressos termos ajustados, exigindo a clara individualização dos direitos no respectivo instrumento e os termos avençados ditam os limites de atuação da entidade (BITTAR, 2015, p. 110).

Situações parecidas são as estabelecidas na legislação italiana, uma vez que os contratos de edição podem conter todos ou direitos ou não, bem como não se incluem direitos futuros nem os que dependam de modificação, e por fim, a cessão de um direito não implica a cessão de outros (BITTAR, 2015, p. 110).

Por outro lado, no sistema *Copyright* há duas formas de contratos principais: de edição (*license*) e de cessão (*assignment*), sendo que no primeiro tipo há apenas a licença para publicação e o segundo engloba outros direitos. Predomina o entendimento que a cessão de direitos se consuma em sua integralidade, conforme a teoria da integralidade (BITTAR, 2015, p. 110).

De qualquer forma, as obrigações decorrentes do Direito Autoral assumidas pelo autor são balizadas pelo direito moral inafastável, de maneira que o cessionário, ainda que detentor dos direitos patrimoniais, não pode modificar, ou fazer alterações no contexto da obra sem o consentimento do autor (BITTAR, 2015, p. 112).

Tal fato reforça a necessidade de que os direitos autorais sejam expressamente pactuados no instrumento contratual de cessão de direitos, especialmente em se tratando de narrativas transmídias, uma vez que pode haver acréscimos substanciais no conteúdo da obra, dependendo da plataforma e suporte utilizado.

Bittar (2015, p. 113) explica que as obrigações surgidas no Direito Autoral são permeadas pelas características do direito moral do autor, de modo que se enfatiza a instrumentação dos negócios jurídicos por escrito, com a delimitação apartada e precisa de cada direito envolvido; a autorização específica; a necessidade de autorização para qualquer forma de utilização econômica da obra e a impossibilidade de aproveitamento da obra por outra pessoa, fora dos limites decorrentes da natureza da obra e dos respectivos termos.

É preciso ressaltar que existem várias figuras contratuais que podem servir para a utilização econômica de bens intelectuais, em função dos próprios negócios jurídicos (por exemplo, a venda, a exposição e a permuta). Algumas modalidades de contrato decorrem do Código Civil (empreitada, a doação) e outros diretamente da lei autoral (edição, representação, cessão, produção...) Não obstante, um mesmo instrumento pode contemplar diferentes negócios complexos, em função da própria dinâmica das mídias e tecnologias atuais. Os contratos autorais mais comuns são os contratos de cessão de direitos, de obra futura, de produção, de encomenda, de representação e de execução (BITTAR, 2015, p. 113).

Dentre estes ainda, o contrato de cessão de direitos é o mais comumente utilizado no Brasil e no exterior para transferência de direitos. Por meio desta via, o cedente (autor) transfere

ao cessionário (titular derivado) os direitos patrimoniais que detém na qualidade de criador da obra, para que o cessionário possa em seu lugar, divulgar, comercializar e utilizar a obra, desde que dentro dos limites firmados no contrato. Também tem o dever de fiscalizar e zelar pela utilização, sem a necessidade de autorização prévia do autor (ABRÃO, 2017).

De acordo com Bittar (2015, p. 116): “É por meio da cessão que o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre a sua criação intelectual.”. Logo, se o contrato menciona apenas a cessão para adaptação para o cinema, não pode o produtor divulgar a obra na televisão, por exemplo, pois cada forma de utilização ou cada processo de utilização deve ser mencionado no instrumento, sendo a interpretação restrita sempre em favor do autor.

O que diferencia a cessão é o aspecto de “definitividade e exclusividade” que ela pode assumir, segundo (Fragoso, 2009, p. 250). De acordo com o autor, os direitos patrimoniais são cedidos com os atributos da propriedade, isto é, de fruir, utilizar e dispor, atendidas as limitações da própria LDA (art. 46) ou no contrato. Os direitos podem ser cedidos a título singular ou universal, de forma total ou parcial e se presume onerosa.

A licença, por outro lado, é caracterizada pela sua temporariedade e raramente é exclusiva. Ela pode compreender a totalidade de direitos ou apenas uma parte, a título universal ou singular, ser onerosa ou não, prever limitação de território ou não. Caso o instrumento não traga previsão de prazo, este será de cinco anos. (FRAGOSO, 2009, p. 362).

Existem casos também em que a proteção extrapola o campo do Direito Autoral e atinge a Propriedade Industrial⁶, a outra grande “ramificação” da Propriedade Intelectual. Tais situações são comuns em grandes franquias de fama mundial, como as cinematográficas ou de games.

Em síntese, nesse tópico observa-se que em razão da característica da divisibilidade, a cessão de um desses direitos não implica necessariamente na cessão de outros direitos. Denota-se que a Lei de Direitos Autorais adota uma posição mais protecionista em relação ao autor no momento em que garante que apenas aquilo que foi expressamente negociado e consta no instrumento contratual será objeto de cessão. Ademais, tal posição é confirmada no momento em que a LDA adotou a interpretação restritiva dos contratos de cessão e licenciamento em favor do autor.

CONCLUSÃO

As boas narrativas tradicionais conseguem envolver o público e imergi-los em outro universo. As narrativas transmídia, mais do que imergir, criam uma experiência dialógica e interativa com o público. Elas chamam o público para a interação em múltiplas plataformas, em que as pessoas não estão mais na condição de apenas meras expectadoras, mas sim na figura de “participantes”. Querem ver o filme, jogar o *game* e ler os quadrinhos e os livros para “caçar” todas

⁶ Sem maiores aprofundamentos, uma vez que não é o escopo do trabalho, cabe explicar que as duas buscam conferir proteção jurídica às criações fruto do intelecto humano. O Direito Autoral protege as obras intelectuais artísticas, estéticas, literárias e científicas, ao passo que a Propriedade Industrial tutela as criações como patentes, modelo de utilidade, desenho industrial, indicações geográficas e marcas (BOFF; 2017, p.20).

as informações sobre a história, formando um grande “quebra-cabeça” construído em uma rede intertextual. Esses produtos precisam estabelecer uma dinâmica e não ser uma mera replicação do que eles já viram.

Uma das diferenças entre a narrativa transmídia e uma franquia que é simplesmente expandida a partir de uma obra primígena, é que as primeiras já “nascem” em seu conceito de criação para serem narrativas transmídia. Faz parte de sua essência ser contada por meios diferentes, com abordagens e conteúdos que se complementam e interagem entre si. Haverá também, vários profissionais envolvidos na elaboração de cada conteúdo (com seus respectivos autores. Ou seja, a preocupação e o cuidado com os Direitos Autorais da obra em seus vários meios de distribuição já deve estar presente desde o início da produção.

Neste sentido, este estudo partiu do problema de pesquisa que questionava-se os instrumentos contratuais poderiam ser meios válidos para a instrumentalização dos Direitos Autorais em obras construídas por meio de narrativas transmidiáticas.

Dadas as características dos direitos patrimoniais, em especial a alienabilidade e a sua natureza divisível, tem-se que as mais variadas formas de exploração econômica podem ser negociadas por meio dos instrumentos contratuais, desde que respeitados os limites estabelecidos pela própria Lei de Direitos Autorais, a função social dos contratos e pelos demais princípios contratuais. Estes contratos, como se viu, podem ser típicos, advindos do Direito Autoral ou atípicos, isto é, provenientes de outras especialidades do direito, como do Direito Civil, diante da variedade de instrumentos que podem ser celebrados.

As negociações por meio de contratos estão sujeitas a observância das regras previstas na Lei de Direitos Autorais, subsidiadas pelas disposições do Código Civil, dada a característica *sui-generis* dos Direitos Autorais, tais como as disposições sobre prazos de validade e formalidades que o instrumento contratual deve observar. A divisibilidade dos direitos patrimoniais e a interpretação restritiva dos contratos que envolvam esses direitos são especialmente importantes no caso do objeto de análise deste estudo, que são as narrativas transmidiáticas.

A cessão ou transferência de algum direito não é presumida, ela precisa constar expressamente no instrumento contratual. O que não está expresso no instrumento, não sai da esfera do autor ou do titular. Além disso, pela divisibilidade, tem-se que a cessão ou autorização para um determinado uso, não conferem cessão ou autorização para uma “universalidade” de direitos.

Portanto, ao final deste estudo, tem-se que a hipótese inicial foi confirmada, visto que o autor é livre para dispor e negociar os direitos que lhes são exclusivos de exploração econômica da obra. O autor, por ele mesmo ou por alguma entidade que o represente, pode negociar a abrangência da cessão ou autorização do uso dos direitos patrimoniais que lhe cabem. Em uma narrativa transmídia, é preciso que o instrumento contratual seja minucioso e traga de forma expressa todas as formas de utilização da obra.

Ainda dentro deste estudo, foi apontado que a participação dos autores da obra no desenvolvimento do conteúdo para as múltiplas plataformas é um fator que pode refletir

positivamente no resultado, uma vez que a integralidade e coesão da obra e do universo que a compõe, assim como o ineditismo de cada conteúdo tendem a ser mais respeitados. Por último, mas não menos importante, cabe ressaltar que as narrativas transmídias são um fenômeno recente, de modo que produtores, consumidores e autores estão ainda se familiarizando com as infinitas possibilidades que elas oferecem. Isso implica em reconhecer também, que adaptações e atualizações no campo do Direito Autoral também precisam ser pensadas para atender essa nova forma de criação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos**: lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. A falibilidade do algoritmo Content ID na identificação de violações de direito autoral nos vlogs do YouTube: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 43–62, jul./dez. 2018a. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4679/pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as “fan-fictionals” na cultura da convergência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018b. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964>. Acesso em: 14 set. 2021.

ARNAUT; Rodrigo Dias; NOGUEIRA Fernanda; UHIEDA, Solanege E.; ZATTA, Daniel; DION, Dimas; HIPÓLITO, Leandro; RODRIGUES, Bruno; BUENO, Márcia Regina João; OLLA, Angelo Marz; SIENA, Nelson. Era transmídia. **Revista GEMInIS**, Florianópolis, ano 2, n. 2, p. 259-275, 2011. Disponível em: <https://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/93/pdf>. Acesso em: 17 dez. 2022.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOFF, Salete Oro. Acordos e tratados internacionais sobre propriedade intelectual. *In*: BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; MENEGAZZO, André Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta (org.). **Propriedade intelectual**: marcos regulatórios. Erechim: Deviant, 2017. v. 1, p. 11-30.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm . Acesso em: 28 set. 2021.

EVANS, Elizabeth. **Transmedia television**: audiences, new media, and daily life. New York: Routledge, 2011.

FRAGOSO, João Henrique da Rosa. **Direito autoral**: da antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

JENKINS, Henry. **Cultura da convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

MARTINO, Luís Mauto Sá. **Teoria das mídias digitais**: linguagens ambientes e redes. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

PRATTEN, Robert. **Getting started with transmedia storytelling**: a practical guide for beginners. 2nd ed. [S. l.: s. n.], 2011.

ZANINI, Leandro Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Como citar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Direitos autorais em narrativas transmidiáticas: a instrumentalização do direito do autor nos contratos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 62-77, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p62. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 12/10/2021.

Aprovado em: 14/02/2023.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRIVADOS SOB A ÓTICA DO BIOPODER

STATE INTERVENTION IN PRIVATE LEGAL BUSINESSES FROM THE VIEWPOINT OF BIOPOWER

*Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento (Universidad Pablo de Olavide, UPO/Sevilha-ES).

Mestre em Teoria do Direito e do Estado (Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM/SP).

Graduado em Direito (Instituição Toledo de Ensino, ITE/SP).

E-mail: jeffersondias@unimar.br.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3101-1621>.

**Mestrando em Direito, com Bolsa PROSUP/CAPEs (Universidade de Marília, UNIMAR/SP).

Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: jhtsadv@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0484-7922>.

***Doutor em Direito das Relações Sociais (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).

Doutor em Cidadania, Direitos Humanos - Ética, Filosofia e Política (Universidade de Barcelona, UB/Espanha).

Mestre em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Graduado em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: artur.souza@trf4.jus.br.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2968-0663>.

Jefferson Aparecido Dias*

João Henrique Tatibana de Souza**

Artur César de Souza***

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; SOUZA, Artur César de; SOUZA, João Henrique Tatibana de. Intervenção do estado nos negócios jurídicos privados sob a ótica do biopoder. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 78-93, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p78. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo, que se utiliza do método analítico-crítico e de uma pesquisa e revisão bibliográfica e documental, de cunho exploratório, visa demonstrar que o biopoder, na perspectiva de Michael Foucault, se prolifera entre indivíduos e é aplicado nos negócios jurídicos privados decorrentes da autonomia privada, sendo necessária a intervenção do Estado em algumas situações, notadamente para resguardar a função social dos negócios jurídicos, a boa-fé e a defesa das garantias individuais da outra parte contratante. Os princípios da autonomia privada e da livre concorrência serão ponderados com os preceitos constitucionais da boa-fé e da função social.

Palavras-chave: Biopoder. Negócios jurídicos. Autonomia privada. Boa-fé. Função social. Intervenção do Estado.

Abstract: This article, which uses the analytical-critical method and a bibliographic and documentary research and review, of an exploratory nature, aims to demonstrate that biopower, from the perspective of Michael Foucault, proliferates among individuals and is applied in private legal transactions arising from the private autonomy, being necessary the intervention of the State in some situations, notably to protect the social function of the legal business, the good faith and the defense of the individual guarantees of the other contracting party. The principles of private autonomy and free competition will be balanced with the constitutional precepts of good faith and social function.

Keywords: Biopower. Legal business. Private autonomy. Good faith. Social role. State intervention.

INTRODUÇÃO

O artigo, por meio do método analítico-crítico e de uma pesquisa e revisão bibliográfica e documental, de cunho exploratório propõe uma análise do biopoder exercido entre indivíduos por meio de negócios jurídicos privados e a necessidade de intervenção do Estado em algumas situações. Como o exercício do poder transita por todos os indivíduos e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder.

Portanto, é possível que o biopoder seja exercido entre os próprios particulares, cabendo também ao Estado intervir sobre a autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam sob risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais da boa-fé, função social, etc., pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada pelos princípios constitucionais.

A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado. Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em consonância com a função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos. Os princípios da autonomia privada e da livre concorrência serão ponderados com os preceitos constitucionais da boa-fé e da função social.

Assim, o problema que se pretende responder no presente artigo é em que condições é necessária e legítima a intervenção do Estado nos negócios jurídicos privados, sob a ótica do biopoder, na busca de garantir o equilíbrio entre os princípios consagrados pela Constituição brasileira como regentes da ordem econômica.

1 BIOPODER E BIOPOLÍTICA

Utilizando-se como parâmetro o começo do século XXI, se constata uma perspectiva de assunção da vida pelo poder, ou seja, uma apropriação do ser humano como ser vivo, o que, nas palavras de Michael Foucault, significa uma espécie de nacionalização do biológico. Essa transformação (nacionalização dos biológicos), contudo, não é recente e se origina no século XVII e principalmente no século XVIII, quando se contrai no nível do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se unem para constituir um soberano, no intuito de delegar um poder absoluto sobre eles a um soberano. Fazem isso porque são pressionados pelo perigo ou pela necessidade (FOUCAULT, 2005, p. 285).

Em meados do século XVIII, na visão de Michael Foucault, aparece algo novo, outra tecnologia de poder, não disciplinar. Uma tecnologia de poder que, por óbvio, não exclui a primeira, que não refuta de sua análise a técnica disciplinar, mas a incorpora, integra e modifica parcialmente. A partir desse momento, o Ocidente passa a ter uma profunda transformação nos mecanismos de poder. O poder de soberania, o direito de causar a morte ou de deixar viver tão característico desse poder é agora substituído por “um poder que gera a vida e a faz se ordenar em função de seus reclamos.” (MEDICI, 2011, p. 65).

Esta nova tecnologia de poder tem por alvo o corpo, a vida do ser humano, o bom e o mau, o incluído e o excluído, o europeu, o americano, o asiático e o africano. Essa nova tecnologia, ao contrário da disciplina, que trata do corpo, da vida humana, está voltada para o ser humano vivo, a espécie humana, o ser humano cultural. Essa nova tecnologia que surge no Ocidente aborda a multiplicidade dos seres humanos, não na medida em que se resumem em corpos, mas na medida em que formam, ao contrário, uma massa global, afetada por um processo comum característico da vida. Processos como nascimento, morte, produção, doença (FOUCAULT, 2005, p. 286).

Esse controle social e vigilância da cidadania moldam o que Michel Foucault chama de “biopolítica” ou “biopoder”¹. Não se trata de modo algum de considerar o cidadão ao nível do detalhe, mas, pelo contrário, através de mecanismos globais, de agir de forma a obter estados globais de equilíbrio, de regularidade. Em suma, controlar a vida, ter em conta os processos biológicos da espécie humana e assegurar-lhes não uma disciplina, mas um regulamento (FOUCAULT, 2005, p. 287).

A biopolítica, portanto, possui duas faces. De um lado, a promoção da expansão da vida e da saúde da população, uma face amiga que atingirá a sua máxima expansão com a concretização da “governamentalidade social” através do Estado de bem-estar e que terá impacto na diminuição da mortalidade e no aumento da expectativa de vida. Por outro lado, quando as explicações das nascentes ciências sociais descobriram que a vida da população era ressentida, gerando resistência social e a extensão do imaginário socialista sobre um fundo de expansão da pobreza, degradação da saúde, superlotação urbana, etc, descobriram os limites da face negativa do *laissez faire* (MEDICI, 2011, p. 66).

Se a eficácia e a continuidade do poder fossem mantidas, era necessário ampliar os domínios da regulação biopolítica. A governamentalidade social nasceu com um conjunto muito variado de técnicas: da seguridade social bismarkiana, passando pelo *new deal* e o estado de bem-estar, à eugenia. A subjetividade se modifica à medida que a noção de “cidadania social” avança, o indivíduo não era mais uma realidade natural como o *homo oeconomicus*, mas um sujeito de necessidades a serem atendidas mediante a provisão dos bens correspondentes (saúde, educação, velhice segura, habitação). Enquanto no liberalismo o autocuidado correspondia ao indivíduo, cabia ao próprio *homo oeconomicus*, na governamentalidade os mecanismos previdenciários contavam com laços de solidariedade ou de mútua dependência com grande visibilidade do Estado

1 Em suas obras, Michel Foucault não diferencia biopoder e biopolítica, razão pela qual o presente artigo adotará as duas palavras como sinônimas.

na gestão. O indivíduo foi governado por meio de seu vínculo ou dependência com o conjunto da sociedade (MEDICI, 2011, p. 67).

Como o exercício do poder transita por todos os setores sociais e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder (SILVA; FERRER; DIAS, 2022).

Portanto é possível que o biopoder seja aplicado não somente por instituições, mas também pelos próprios indivíduos particulares, podendo também ao Estado intervir na autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam em risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais, pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada pelos princípios constitucionais (SILVA; FERRER; DIAS, 2022).

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os negócios jurídicos possuem diversas definições, todavia, a grande maioria delas se refere à *gênese do negócio jurídico*, ou seja, a vontade. Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes (AZEVEDO, 2002, p. 4).

Na concepção de Manuel A. Domingues de Andrade, pode-se definir negócio jurídico como um fato voluntário lícito cujo núcleo negocial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a **produção** de certos efeitos práticos ou empíricos, predominantemente de natureza patrimonial (econômica), com ânimo de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito, isto é, obtenham a sanção de ordem jurídica e a lei atribui efeitos jurídicos correspondentes, determinados em conformidade com a intenção do declarante ou declarantes (ANDRADE, 1992, p. 25).

Parte da doutrina, criticando tal posição prefere definir o ato jurídico através de sua função, qual seja, a de criar efeitos jurídicos, de forma que o considera: “um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos do que um ato de vontade” (BUSSATTA, 2005, p. 170).

No caso concreto, o negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica sobre o qual ele incide (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Ao contrário do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade, segundo parte da doutrina, é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha,

visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados livremente a cada um. Assim, é que, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem. (MELLO, 1988, p. 167).

Segundo afirma Gerson Luiz Carlos Branco, a expressão autodeterminação e autonomia de vontade são utilizadas pela civilística como sinônimos ou como conceitos cuja distinção é ignorada ou relegada para um segundo plano. Essa constatação deriva da circunstância de que os ‘direitos de liberdade’ são tratados pela tradição como atos de “autonomia privada ou como exercício de direitos subjetivos” (BRANCO, 2013, p.239).

Diante disso alguns eventos ocorridos no Direito brasileiro nos últimos anos fazem com que se volte a debater o negócio jurídico como categoria geral e unitária dos atos de autorregulamentação. Exemplos: a) regulamentação extensa de direitos civis no plano constitucional, com a elevação dos direitos da personalidade à categoria de direitos fundamentais, o que é incrementado por uma construção dogmática; (SARLET, 2007, p. 111-147); b) regulamentação no Código Civil, editado em 2003, de atos relativos aos Direitos de Personalidade, matéria tratada nos artigos 11 a 21 em capítulos sistematicamente anteriores à regulamentação do Negócio Jurídico como principiologia construída em um momento histórico no qual o centro valorativo é a pessoa e sua dignidade; c) uma tendência doutrinária e jurisprudencial de recurso direto a mecanismos constitucionais para resolução de problemas típicos de Direito Privado, pondo em discussão o debate a respeito da substituição de direito civil pelo direito constitucional (PINTO, 2006, p. 370-371); d) a necessidade de que a distinção seja enfrentada para que se compreendam os efeitos de uma série de novas modalidades de atos, em especial nas hipóteses de consentimento informado, testamento genético, contratos para a realização de pesquisas médicas ou para o uso de medicamentos experimentais (BRANCO, 2013).

Portanto, nesse cenário, ganha importância a eventual necessidade de intervenção do Estado, a fim de manter o equilíbrio dos princípios que devem ser observados nos negócios jurídicos privados.

3 AUTONOMIA DA VONTADE NEGOCIAL

A autodeterminação ou os espaços de liberdade não se constitui em matéria nova no Direito Privado, pois se trata de debate que emergiu da tríade liberdade, segurança e propriedade. Neste sentido:

[...] tanto a liberdade quanto a propriedade visavam a proteger fundamentalmente a liberdade “mercantil e negocial” [...] para tais fins, tanto o direito subjetivo como “poder de vontade” e o negócio jurídico como “ato de vontade dirigido à

produção de efeitos jurídicos”, ou mesmo as concepções objetivas destes modelos jurídicos, forjadas no século XX, são suficientes para instrumentalizar o exercício da autodeterminação no âmbito das relações econômicas, em um espaço que se tem denominado de “autonomia privada” (BRANCO, 2013, p. 241).

A partir da Segunda Guerra Mundial, constata-se profundas transformações nas concepções de vida e nos padrões sociais, especialmente em razão do desenvolvimento tecnológico e da explosão demográfica. Na perspectiva de Marcos Bernardes Mello (1988, p. 189):

Dentro do mundo massificado em que hoje se vive, as relações negociais perderam, em muito, o caráter individual, que antes tinham, passando a se estabelecerem de um modo impessoal, muitas vezes, até por intermédio de máquinas. Essas transformações sociais impuseram a necessidade da intromissão do Estado na regulação do relacionamento individual, reduzindo e abrandando a liberdade contratual tal como concebida pelo individualismo do estado liberal. A intervenção estatal na economia e na direção de certos aspectos da vida social, como as relações de trabalho, de produção e de utilização de bens, especialmente a moradia e o fundo rural, mudaram a fisionomia das próprias relações jurídicas, desde quando estas não são mais do que aquelas regidas pelo Direito.

Em decorrência de tal circunstância, constata-se que os padrões jurídicos estão sendo modificados pelas necessidades do tráfico comercial, alterando as condições até então vigentes. Por exemplo, *actio redhibitoria* – com a qual o comprador do objeto com defeito oculto que o torne impróprio para seu fim, obtém a rescisão do contrato de compra-e-venda – e a *actio quanti minoris* – para na mesma situação, haver o abatimento do preço – perderam sentido com a adoção da *garantia* de bom funcionamento, que o fabricante assegura ao consumidor de seus produtos. Na realidade:

A massificação da produção e do consumo tornou completamente inviável a solução de questões sobre defeito dos objetos vendidos, através de procedimentos concebidos ainda pelos romanos. Tal fato levaria a uma situação de calamidade se os consumidores de aparelhos eletrodomésticos, por exemplo, tivessem que recorrer ao Judiciário para dirimir as suas questões com os fabricantes, ou mesmo os comerciantes, por vício redibitório, em face da impossibilidade de se dar pronto atendimento às demandas, em razão de seu excessivo número (MELLO, 1988, p. 189).

Certas situações, bastante comuns, fazem ressaltar problemas que, na verdade, não têm explicação convincente dentro da conceituação clássica de negócio jurídico como ato de autonomia do indivíduo em poder regular os seus próprios interesses. Senão, vejamos: a) no contrato de adesão, no contrato administrativo, como no contrato-tipo e em outros dessa espécie, um dos contratantes estabelece as cláusulas, o conteúdo do negócio e, de modo padronizado, o oferece aos outros, que não têm outra alternativa senão aceitar ou não aceitar aquele contrato, tal qual está expresso, sem possibilidade de qualquer alteração de conteúdo; diz-se que nesses negócios não existiria poder de autorregramento (autonomia) da vontade, nem mesmo vontade de negócio

da parte daquele que adere ou aceita o contrato; b) no chamado contrato necessário alguém, por força de determinação de autoridade pública, é obrigado a praticar certos atos ou realizar certos negócios; como exemplo costuma-se citar o seguro obrigatório para licenciamento de veículos automotores e a obrigatoriedade de algumas indústrias venderem seus produtos, exclusivamente, a um determinado órgão (MELLO, 1988, p. 189-190).

Entende Marcos Bernardes Mello que essas situações geradas pela massificação nas relações negociais, de um modo ou de outro, são fatores determinantes da intervenção estatal cada vez mais intensa na vida econômica e na vida das pessoas. Se, no entanto, apreciamos as espécies considerando o verdadeiro conceito de negócio jurídico, escoimado dos excessos voluntaristas, tal como propomos, veremos que o elemento fundamental caracterizador do negócio jurídico consiste, precisamente, na circunstância de que a liberdade das pessoas (autonomia da vontade) na escolha da categoria jurídica respectiva, varia em amplitude, conforme as normas do sistema jurídico, desde o ponto no qual inexistente escolha – quando há *numerus clausus* e apenas um tipo a escolher – até o infinito, quando se permite, até, a criação de espécies novas (*numerus opertus*). A vontade negocial, assim, somente tem poderes de escolha dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, livre e muito menos absoluta. A partir de uma tal concepção, não vemos a dificuldade para explicar, como negócio jurídico, o contrato de adesão, o contrato tipo, o contrato administrativo e até os contratos ditos necessários (MELLO, 1988, p. 190-191).

4 BOA-FÉ NOS CONTRATOS

Segundo Francesco Carnelutti, a boa-fé, juridicamente concebida, é a vontade conforme o direito, em termos mais sintético, a vontade do direito e não apenas, portanto, *opinio iuris*. Por isso se entende que não constitui boa-fé a convicção de direito devida a uma vontade deficiente, em razão da qual procede a conhecida equiparação de má-fé com culpa grave. Indicada pelo direito, a boa-fé é também por ele premiada, no sentido de que dentro de certos limites pode suprir as deficiências de forma do ato. Aquele que desejar conformar-se com os seus preceitos pode ser tratado, dentro de certos limites, como se de fato com eles se houvesse conformado, mesmo que fisicamente assim não tenha acontecido. A boa vontade sobre esse aspecto faz milagres no campo do direito, segundo Carnelutti; e assim se compreende seja esta uma das zonas em que o direito mais se aproxima da moral; se a *poena merae cogitationis* está excluída do direito, o mesmo não acontece com o *praemium*. (CARNELUTTI, 1942, p. 409).

Afirma Vicente Rao (1961), que vem de longe o debate relativo ao conceito de boa-fé nos atos jurídicos. É a boa-fé um estado ético, ou um estado psicológico que roça ou se confunde com o erro? Deve ser concebida positivamente, como ausência de má-fé? A solução que normalmente se apresenta a define como sendo um estado ético: a boa-fé é um momento proporcionado pela ética social e não alterado pelo direito, que o adota. Segundo Vicente Rao (1961) é a boa-fé normal, humana, medida pela prática cotidiana da vida e remetida, caso a caso, à apreciação do juiz,

partícipe e intérprete desse sentimento. Cabe, porém, perguntar: existe, realmente, um contraste entre o conceito ético e o conceito psicológico de boa-fé? Os próprios autores que, como Bonfante, adotam a solução acenada, nenhum contraste enxergam entre um conceito e outro. Alberto Montel (*in novíssimo Digesto Italiano*, 1957, 'vb' *buona fede*) assim também opina e, aludindo à conhecida divergência entre, de um lado Bruns e de outro lado Wachter e Pernice, entende que apesar da diversidade de suas expressões, esses autores concebem a boa-fé do mesmo modo e apenas suscitam uma questão de graus. Sem dúvida, diz o mesmo autor, pode o legislador escolher um conceito mais ou menos rigoroso de boa-fé e, em consequência, reclamar, de quem a invoque, ora uma crença positiva e fundada em erro escusável, ora um simples estado de ignorância, sem se preocupar se este estado é ou não devido a um erro mais ou menos grosseiro e culposo; mas, acrescenta, não se trata num caso de um ponto de vista ético e noutra caso de um ponto de vista psicológico, trata-se, sim, de dois casos da mesma natureza, dos quais um é mais e outro é menos (RAO, 1961, p. 225).

Sabe-se que a boa-fé, desde seu reconhecimento, tem sido objeto de análise doutrinária, especialmente no que concerne à averiguação de seu conteúdo e de seus meios de concretização. Postulado ético, ela sofreu, sofre e sofrerá inúmeras alterações na esteira dos anos, vez que a ética se altera juntamente com a mutação das épocas e espaços sociais, razão pela qual, ainda que amplamente estudado e difundido o conceito de boa-fé, seu conteúdo, suas funções e irradiações e a sua aplicação na práxis social, tem lugar a sua apreciação no ambiente negocial hoje esculpido (LEDO, 2017).

A primeira função da boa-fé objetiva, seguindo a linha topológica traçada pelo legislador civilista brasileiro, é a função interpretativa, disposta no art. 113 do Código Civil pela qual a interpretação das relações negociais levadas à apreciação pelo magistrado deverá se ater aos ditames da boa-fé. No direito comparado, igualmente se assenta a função de interpretação conforme a boa-fé (LEDO, 2017).

É importante ressaltar que a função de interpretação em relação à boa-fé e à confiança dos interessados na relação jurídica negocial diz respeito em especial às intenções declaradas nas cláusulas contratuais e não nas intenções internas dos autos (ESPÍNOLA, 1929, p. 186).

A segunda função importante da boa-fé objetiva é a função limitadora do exercício dos direitos subjetivos, conforme preconiza o art. 187 do Código Civil brasileiro. Trata-se de uma verdadeira limitação da vontade das partes na relação jurídica negocial, com fundamento no dever de agir dentro das delimitações impostas pela boa-fé. O abuso de direito é entendido como a prática do direito subjetivo que manifestamente excede os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes (LEDO, 2017).

5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 29).

Derivada indiscutivelmente do princípio da boa-fé, a figura reconhece deveres de comportamento ou de conduta, deveres de confiança ou deveres de proteção a terceiros que possuam uma relação de proximidade com o vínculo contratual, sendo que “a sua função traduz em auxiliar a realização do fim contratual, justamente a matriz da sua determinação, e em impedir resultados secundários indesejáveis” (PINTO, 2003, p. 264).

Conforme afirma Judith Costa-Martins, na realidade, se a liberdade de contratar referida no art. 421 do Código Civil é uma liberdade situada, forçoso é buscar situá-la, averiguando qual é o seu entorno, o meio ambiente no qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota. O ambiente da liberdade de contratar é, na realidade, a própria comunidade. A comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados. Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes (COSTA-MARTINS, 2005, p. 45).

Em razão disso, para se chegar a um significado sobre a racionalidade do princípio da função social do contrato, é necessário examiná-lo no quadro dos valores nos quais está o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio ambiente ou “quadro normativo” (COSTA-MARTINS, 2005, p. 45). Numa perspectiva constitucional:

[...] a liberdade de contratar vem, por vezes, confundida ou correlacionada exclusivamente com o princípio constitucional da livre iniciativa. Esse é, concomitantemente, princípio fundamental da República (CF, art. 1.º, IV) e princípio geral da atividade econômica (art. 170), em relação a qual o papel do Estado é de agente normativo e fiscalizador (art. 174). Por isso é a todos assegurado “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Estabelecido esse cunho instrumental da liberdade de contratar, perceberemos que o seu perfil será traçado num quadro amplo e flexível, mas cuidadosamente delineado por certos pontos que dão fisionomia e identidade à ordem econômica numa ordem jurídico-social que valoriza, antes de mais nada a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade (COSTA-MARTINS, 2005, p. 46).

Interessante é a seguinte lição de Pietro Perlingieri, quando ao tratar da ‘situação jurídica’, aduz que a teoria das obrigações, juntamente com a teoria da propriedade e dos direitos de fruição dos bens, não é neutra em relação aos valores que caracterizam, de vez em vez, o sistema jurídico, mas ressentido do enfoque e das escolhas de fundo do ordenamento. Este último só reconhece a fruição de um bem (crédito, coisa etc) se essa fruição de um bem realizar escopos sociais e for

útil, ainda que indiretamente, à coletividade. Trata-se do enfoque funcional da situação jurídica (PERLINGIERI, 2008, p. 671).

Em suma, a norma jurídica não se limita a obrigar, como também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades, ou seja, a interferência do Estado na autonomia contratual não é apenas restritiva, pois deve ser estabelecida como necessária para a promoção da dignidade e da solidariedade (HAZAN, 2013, p. 51).

6 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

A livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, pois todos possuem o direito de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. No mercado, todavia, se verifica que em muitos segmentos ocorre a concentração do poder econômico, ocasionando na cooptação do mercado nas mãos de poucos, ofendendo assim a livre iniciativa e ocasionando dessa maneira a necessidade de tutela e intervenção do Estado.

A intervenção do Estado no domínio econômico, antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, busca, em verdade, preservá-la (PETTER, 2005, p. 162). A Constituição brasileira de 1988 possui um conjunto normativo positivado que interfere na atividade econômica e a isso se dá o nome de constituição econômica, pois exclusivamente ou não, regula fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade. Trata-se de uma regulação jurídica da Economia em sentido amplo (PETTER, 2005, p. 149).

O art. 170 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) garante a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Como nenhum princípio é absoluto, utilizando-se dos métodos de adequação, necessidade e proporcionalidade dos princípios Constitucionais, o abuso do poder econômico nos contratos entre particulares deve ser combatido não somente em face dos direitos do indivíduo atingido de maneira direta, mas num contexto social. O § 4º do Art. 173 da Constituição de 1988 dispõe que: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Percebe-se que a Constituição é taxativa ao impedir que o abuso econômico seja tolerado. Desta leitura se pressupõe que a Constituição elege como ideal o mercado que vise a promoção da competitividade que leve ao aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços, a redução de preços ao consumidor, a livre concorrência, dentre outros.

O art. 174 da Constituição (BRASIL, 1988) preceitua que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado, portanto, promove a normação e a regulação da atividade econômica, que reclamam fiscalização. Esta atividade é desenvolvida em torno de um objeto, pois fiscalizar significa

verificar se algo ocorre, sob motivação de efetivamente se fazer com que ocorra ou não. Portanto, fiscalizar, no contexto do art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, isso é evidente, devem necessariamente permitir a concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Portanto, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configuram intervenção sobre a autonomia contratual (GRAU, 2017, p. 299).

A fiscalização como incentivo e planejamento, conforme o art. 174 da Constituição, será exercida na forma da lei, ou seja, sob a forma de princípio da legalidade em termos relativos. Tal artigo ainda menciona as funções de incentivo e planejamento, sendo o incentivo uma intervenção por indução. O planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o privado, cuidando-se de função, poder-dever, onde o Estado deve exercer não apenas atividade fiscalização e incentivo, como também de planejamento. O §1º do art. 174 dispõe que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, que incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Tal planejamento é o do desenvolvimento nacional, não o planejamento da economia ou planejamento da atividade econômica (GRAU, 2017, p. 300).

Pela análise das disposições estabelecidas no título da ordem econômica, percebe-se a opção do constituinte pelo modelo capitalista de produção, sendo que os agentes econômicos exercem uma disputa livre numa economia de mercado. Porém, ultrapassada a concepção estritamente liberal de Estado, atualmente, o capitalismo possui variados graus de intervencionismo estatal. Os limites para tais intervenções são parte essencial do estudo direcionado ao regramento jurídico da economia. O legislador foi cuidadoso ao estabelecer no mesmo artigo constitucional (art. 170), princípios que são espontâneos da realidade, por exemplo, livre iniciativa e propriedade privada, com outros menos espontâneos tais quais a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais, etc, que somente são passíveis de concretização por meio de uma necessária interferência estatal. O sistema jurídico é estruturado por meio dos princípios que são alicerce básico para a determinação de sentido e alcance das expressões jurídicas, pois são responsáveis pela conjunção de diferentes partes do ordenamento jurídico, se estabelecendo como vetores reguladores da exegese das normas estritas, se difundindo por todo o sistema normativo (PETTER, 2005, p. 188).

Sendo explícitos ou implícitos, os princípios possuem eficácia suficiente para sua aplicação direta, reconhecendo-se uma eficácia plena, pois são normas que permeiam todo o ordenamento jurídico. Na leitura do art. 170 da Constituição Federal, os princípios podem parecer contraditórios, portanto, devem ser lidos de uma maneira sistemática e não individualizada para que possuam sentido. É da natureza dos princípios que exista um aparente conflito entre si, mas se trata tão somente de uma polaridade estrutural, tendo em vista que a existência simultânea desses opostos é inerente ao mundo da vida e estão essencialmente ligados entre si. A coexistência de valores e princípios em uma Constituição de vertente pluralista como a brasileira acarreta a necessidade de não existir princípio absoluto, pois devem coexistir em harmonia. A escolha de um

deles é própria de um Estado Democrático de Direito, a unidade, num caso concreto, é obtida a partir da ponderação devida, implicando na incidência do princípio da hierarquia axiológica, guia e orientador da busca da devida resposta jurídica tópico – sistemática (PETTER, 2005, p. 189).

A própria força dos princípios só é conhecida por meio da sua capacidade de ler outros princípios, liberando pelo contraste, a energia axiológica de seus opostos. Portanto, nenhum princípio ou norma é um princípio ou uma norma sem a recíproca influência dos demais princípios e normas. É pelo vigor da mistura que se descobre a real identidade, a real interpretação ocasiona em vivificar a superior identidade que se encontra latente no todo sistemático, ultrapassando o inferior patamar das diferenças. As ligações mais profundas nos liames principiológicos são mesmo ligações éticas e por representarem valores teleológicos é na manifestação desta ética que uma Constituição pode ser adjetivada como democrática. Não é pelo motivo de conter um ou outro princípio, mas porque são expostos num conjunto, estabelecidos ao sujeito, constituindo uma ética de responsabilidade solidária da humanidade, que ocasionará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será passível de conduzir à materialização de ideias sociais e democráticas (PETTER, 2005, p. 189).

Assim, da mesma forma que inexitem princípios absolutos, também inexitem poderes absolutos num ambiente no qual prevalece a biopolítica, pois, como já vimos, todos acabam atuando, concomitantemente, como sujeitos ativos e passivos do poder, ora como destinatários, ora como detentores do poder. Além disso, tal qual os princípios que, apesar de poderem trazer conceitos opostos, precisam ser aplicados de forma consonante, também os poderes precisam ser harmonizados a fim de garantir o equilíbrio entre eles.

Nesse cenário, existindo desequilíbrio nos negócios jurídicos privados, seja em razão da concentração de força nas mãos de uma das partes em detrimento da outra, seja em razão do prestígio indevido de um princípio com violação do outro, cabe ao Estado promover a sua intervenção, utilizando-se não apenas da lei, mas de todos os mecanismos de controle admitidos pela biopolítica.

CONCLUSÃO

A Constituição brasileira de 1988 possui um conjunto normativo positivado que interfere na atividade econômica e a isso se dá o nome de constituição econômica pois, exclusivamente ou não, regula fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade.

Em seu art. 170, a Constituição não protege somente a propriedade privada, mas também impõe a necessidade de cumprimento da sua função social. Estabelece também que a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, pois todos possuem o direito de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Nas relações negociais entre particulares, verifica-se que muitas vezes ocorrem abusos por parte dos próprios particulares, ocasionando dessa maneira a necessidade de tutela e intervenção do Estado.

A intervenção do Estado no domínio econômico, antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, busca em verdade, preservá-la, ao entender que os negócios jurídicos devem possuir uma função social. Ressalte-se que o grau de intervenção estatal não é estático, mas sim variável mediante uma análise de riscos implicados na autorregulação dos processos de análise. As ciências sociais e humanas se entrelaçam com o liberalismo nesse intuito de analisar tais riscos.

A Constituição de 1988, em seu art. 170, estabelece a observação de alguns princípios sociais, tais quais a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, etc, que somente são passíveis de implementação por meio de uma necessária interferência estatal. Percebe-se, portanto a utilização da biopolítica inserida no âmbito da nossa Constituição.

A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado. Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos.

Como o exercício do poder transita por todos os indivíduos e situações, sendo multicêntrico, conforme ensinamentos de Foucault, o poder não se encontra unicamente nas mãos de uma instituição ou pessoa, mas sim em constante circulação, perpassando por todos os indivíduos e as relações entre eles constituídas, fazendo com que todos sejam, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, destinatários e detentores de poder.

Portanto é possível que o biopoder seja aplicado não somente por instituições, mas também pelos próprios indivíduos particulares, cabendo também ao Estado intervir na autonomia contratual privada, sempre que direitos e garantias fundamentais dos contratantes estejam em risco. Para isso devem ser invocados os princípios constitucionais, pois a autonomia privada deve ser ao mesmo tempo garantida e limitada.

Os princípios da propriedade privada e da livre concorrência devem ser ponderados com os princípios da função social da propriedade, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, todos relacionados no art. 170 da CF, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, princípios e poderes não são absolutos e precisam ser concretizados de forma harmônica, com equilíbrio, em especial sob a ótica da biopolítica, que admite que todos podem ser fonte e objeto de poderes, de forma multicêntrica, cabendo ao Estado atuar justamente para garantir essa harmonia e equilíbrio.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Editora Almedina, 1992. v. 2.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, v. 49, 1990, jan./jun. 2013. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20(13).pdf). Acesso em: 17 nov. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=CON&numero=&ano=1988&ato=b79QTWE1EeFpWTb1a>. Acesso em: 13 dez. 2022.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Teoria da ineficácia do negócio jurídico. *In*: CATALAN, Marcos Jorge. **Negócio jurídico: aspectos controvertidos à luz do novo código civil**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942.
- COSTA-MARTINS, Judith. Reflexões sobre os princípios da função social do contrato. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2005.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Dos fatos jurídicos: das nulidades. *In*: LACEDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1929.
- FOUCAULT, Michael. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HAZAN, Bruno Ferraz; POLI, Luciana Costa. A função social dos contratos como instrumento para o desenvolvimento econômico sustentável. **Revista Argumentum**, Marília, n. 14, p. 43-60, 2013. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/976/596>. Acesso em: 17 nov. 2022.
- LEDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000214445>. Acesso em: 17 nov. 2022
- MEDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Almedina, 2003.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. *In*: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

SARLET, Ingo. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. *In*: PINTO MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra, Almedina, 2007.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. **Revista Argumentum**. Marília, v. 17, p. 413-433, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 16 nov. 2022.

SILVA, Rafael Bueno da; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; DIAS, Jefferson Aparecido. A transferência do biopoder do estado às empresas por meio da reforma trabalhista e seus reflexos no meio ambiente do trabalho. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 21, n. 46, p. 141-165, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/56436/35251>. Acesso em: 17 nov. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A função social do contrato**. São Paulo: Editora Forense, 2014.

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido; SOUZA, Artur César de; SOUZA, João Henrique Tatibana de. Intervenção do estado nos negócios jurídicos privados sob a ótica do biopoder. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 78-93, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p78. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 16/04/2022.

Aprovado em: 23/11/2022.

**PESSOAS JURÍDICAS E A PRÁTICA DE
CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL: GARANTIA
AO *NE BIS IN IDEM***

**LEGAL ENTITIES AND THE PRACTICE OF
TRANSNATIONAL CORRUPTION: GUARANTEE
OF *NE BIS IN IDEM***

Jamile Bergamaschine Mata Diz*
Camila Braga da Cunha **

*Doutora em Derecho Público (Universidad De Alcalá De Henares, UAH/Madrid-Espanha) Mestre em Máster en Instituciones y Políticas de la UE (Universidad Camilo José Cela, UCJC/Madrid-Espanha) Mestre em Derecho Público (Universidad De Alcalá De Henares, UAH/Madrid-Espanha) E-mail: jbm diz@hotmail.com ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8709-0616>

**Mestranda em Direito e Relações Econômicas (Faculdade de Direito Milton Campos, MCampos/MG). Especialista em Direito do Trabalho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMinas/MG). Especialista em Direito Empresarial (Faculdade de Direito Milton Campos, MCampos/MG). Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUCMinas/MG). E-mail: camilabrunha.adv@gmail.com ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6168-8684>

Como citar: CUNHA, Camila Braga da; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Pessoas jurídicas e a prática de corrupção transnacional: garantia ao *ne bis in idem*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 94-111, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p94. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A corrupção transnacional, quando praticada por pessoas jurídicas, causa efeitos nocivos à livre concorrência e ao desenvolvimento sustentável, tornando necessário que sua prevenção e combate sejam realizados de forma cooperativa entre os países. Questiona-se, na presente pesquisa, se a jurisprudência brasileira permitiria que as pessoas jurídicas sejam sancionadas internamente, quando os fatos já foram julgados em âmbito internacional. No primeiro tópico, apresentam-se apontamentos da legislação brasileira sobre a corrupção, com ênfase na Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. Após, analisam-se os instrumentos jurídicos internacionais sobre o tema, ratificados pelo Brasil, com enfoque nas definições de limitação de jurisdição de cada país. Por fim, no terceiro tópico, analisa-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 171.118, que trata exatamente sobre a extensão do princípio do *ne bis in idem* na ocorrência de julgamento internacional, e as possíveis consequências. Conclui-se que o princípio do *ne bis in idem* se traduz em uma garantia universal, não podendo a pessoa jurídica ser sancionada por idênticos fatos, contudo, se mantém seu dever de reparação integral dos prejuízos causados a todos os países alcançados por sua ação delituosa.

Palavras-chave: Corrupção. *Ne bis in idem*. Direito internacional.

Abstract: Transnational corruption, when practiced by legal entities, causes harmful effects to free competition and sustainable development, making it necessary to prevent and combat it in a cooperative manner between countries. It is

questioned, in this research, whether Brazilian jurisprudence would allow legal entities to be sanctioned internally, when the facts have already been judged internationally. In the first topic, notes of the Brazilian legislation on corruption are presented, with emphasis on Law n. 12.846/2013 – Anti-Corruption Law. Afterwards, the international legal instruments on the subject, ratified by Brazil, are analyzed, focusing on the definitions of limitation of jurisdiction of each country. Finally, in the third topic, the position of the Federal Supreme Court is analyzed in the judgment of Habeas Corpus n. 171.118, which deals exactly with the extension of the principle of *ne bis in idem* in the occurrence of international judgment, and the possible consequences. It is concluded that the principle of *ne bis in idem* translates into a universal guarantee, and the legal entity cannot be sanctioned for identical facts, however, its duty to fully repair the damage caused to all countries affected by its criminal action remains.

Keywords: Corruption. *Ne bis in idem*. International law.

INTRODUÇÃO

A prática de delitos de corrupção, hoje tão condenada por parte de organismos internacionais, blocos econômicos e por duras legislações internas, já foi utilizada e recomendada para atuação para que pessoas jurídicas obtivessem êxitos em seus negócios em países menos desenvolvidos. Entretanto, foram percebidos efeitos maléficos destas práticas, dentre os quais a dificuldade de implementar o desenvolvimento sustentável destes países e o prejuízo direto à livre concorrência.

A partir de 1975, diversos diplomas internacionais passaram a regular a prevenção, combate e responsabilização das práticas de corrupção transnacional, incluindo expressamente a recomendação de que os países instituíssem a responsabilização das pessoas jurídicas por tais atos. No Brasil, a Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013), denominada Lei Anticorrupção, estabeleceu diversas penalidades às pessoas jurídicas que não observassem seus mandamentos, inclusive quando tais práticas ocorressem no exterior. Por consequência, a prática de atos de corrupção por pessoas jurídicas brasileiras no exterior, quando regulados pela Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013), poderiam gerar penalidades na jurisdição brasileira, bem como na jurisdição do país local.

Neste cenário, o presente estudo possui como objetivo geral responder a seguinte indagação: é possível, a partir da jurisprudência firmada no julgamento do Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), a dupla penalização da pessoa jurídica no Brasil e no exterior, por idênticos atos de corrupção?

Os objetivos específicos do presente estudo são analisar: 1) avaliar a legislação brasileira sobre combate a corrupção por pessoas jurídicas, com especial enfoque na Lei Anticorrupção — Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013); 2) analisar nos tratados internacionais sobre corrupção, ratificados pelo Brasil, a punibilidade das pessoas jurídicas e a definição da jurisdição competente para processar e julgar os atos de corrupção transnacional; 3) analisar a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao respeito ao princípio *ne bis in idem*, que veda a dupla punição;

Com intuito de responder à pergunta objeto desta pesquisa, e por consequência os objetivos específicos apontados, foi escolhido o método hipotético-dedutivo.

O referencial teórico será o relatório e votos do julgamento do Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), pelo Supremo Tribunal Federal, em 12 de novembro de 2019, avaliando a aplicabilidade do entendimento de garantia universal do princípio do *ne bis in idem* aos processos sancionadores de pessoas jurídicas por corrupção transnacional.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

A corrupção desembarcou nas terras que seriam futuramente chamadas de Brasil com seus descobridores. Na famosa carta de Pero Vaz de Caminha, datada de 1.º de maio de 1500, ao anunciar ao El-Rei de Portugal a descoberta, o subscritor aproveitou a oportunidade para solicitar

um favor pessoal a Dom Manuel, que seu genro exilado na Ilha de São Tome fosse autorizado a retornar a Portugal. Segundo Ribeiro (2010), no período colonial, a prática da corrupção era até certo ponto tolerada pela Coroa Portuguesa, visto que não se encontravam muitas pessoas dispostas a colonizar a nova terra.

Atualmente o sentimento social é que a corrupção não é apenas um problema e sim uma condição preponderante na sociedade brasileira. Neste sentido são os dados obtidos pela pesquisa “Percepções sociais sobre a corrupção política no Brasil: práticas corruptas versus atuação dos órgãos de controle”, (TEIXEIRA; REHBEIN-SATLHER; RODRIGUES, 2021), que analisaram as respostas dadas em 2017, por 1522 participantes. Os resultados obtidos demonstraram que para 85,68% dos participantes a corrupção política é uma prática comum no Brasil (TEIXEIRA; REHBEIN-SATLHER; RODRIGUES, 2021, p. 69), bem como afeta a vida das pessoas no país, conforme declarado por mais de 90% dos respondentes (TEIXEIRA; REHBEIN-SATLHER; RODRIGUES, 2021, p. 71). Por fim, para 42,25% dos participantes nos três anos anteriores (2014-2016), se aumentou muito o nível de corrupção no país (TEIXEIRA; REHBEIN-SATLHER; RODRIGUES, 2021, p. 73).

O índice de percepção da corrupção – IPC, apurado pela Transparência Internacional mantém o país por dois anos consecutivos (2020/2021) com a pontuação de 38 pontos, patamar considerado de grande percepção da corrupção. A justificativa para o ano de 2020, em que o país ocupou a 94.^a posição no referido ranking, era que embora a corrupção tenha sido uma bandeira política, de fato não foram tomadas medidas concretas para seu combate no país. (ÍNDICE..., 2021). Já no ano de 2021, em que pese obter a mesma pontuação do ano anterior, o país desceu duas posições no índice, ocupando a 96.^a colocação, sendo que a demonstração de estagnação do país, vêm acompanhada do prognóstico de notas ainda menores nos anos seguintes em razão do “desmonte institucional e a inação do governo no combate à corrupção”. (ÍNDICE..., 2022).

Corroborando os resultados dos dados já apresentados, a pesquisa “Ética e Corrupção no Serviço Público Federal: a perspectiva dos servidores”, (ÉTICA..., [2022]) desenvolvida pelo Banco Mundial em 2021, também evidenciou a alta percepção de corrupção no serviço público. A pesquisa, que contou com a participação de 22.130 servidores públicos federais, demonstrou que 58,7% dos participantes informaram ter observado alguma prática antiética durante seu tempo de serviço no setor público e que 51,7% se sentem inseguros para denunciar os atos de corrupção (ÉTICA..., [2022], p. 3).

Com a redemocratização, o Brasil normatizou o combate à corrupção em sua Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao resguardar o princípio da moralidade administrativa: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Como bem pontua Thiago Marrara (2016, p. 107), o princípio da moralidade é uma garantia de legitimação da vontade estatal, servindo “para impedir que os dirigentes estatais desviem-se das finalidades do Estado de Direito”.

A Constituição Federal de 1988 inclusive estabeleceu a possibilidade de ajuizamento de ação popular para resguardar esta moralidade, conforme previsão do artigo 5º, LXXIII:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988).

A Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1991), ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores da União, incluiu em seu texto a possibilidade de demissão dos servidores nos casos de corrupção, conforme prescreve seu artigo 132, XI. Já a nova Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 14.133/2021 (BRASIL, 2021), adicionou a responsabilização administrativa, daqueles que desejam contratar com a Administração Pública, que pode ser pessoa física, pessoa jurídica ou consórcio de pessoas jurídicas, pelo comportamento inidôneo, cometimento de fraude de qualquer natureza, bem como praticar os atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção – Lei n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013).

A citada Lei Anticorrupção estabeleceu a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, conforme teor de seu artigo 1º, bem como prevê expressamente em seu artigo 5º a punibilidade dos atos praticados “[...] contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil [...]” (BRASIL, 2013).

A Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) apresenta a previsão de multa variando entre 0,1% a 0,20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo (art. 6º, II), a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica (art. 14) e sua dissolução (art. 19, III). Destaca-se também o incentivo a adoção de programas efetivos de integridade, com a existência de mecanismos de denúncia, realização de auditorias e aplicação efetiva de códigos de ética, como condição de aplicação das sanções (art. 7, VIII).

A legislação inovou também com a possibilidade do acordo de leniência (art.16), para as pessoas jurídicas que desejarem colaborar com as investigações e com o processo administrativo, em troca de isenção de sanções e redução da multa.

Entretanto, em que pese os instrumentos jurídicos internos para o combate à corrupção, ordinariamente sua prática ultrapassa os limites territoriais do país, ocasião em que é conceituada por Ware e Noone (2005, p. 31), como:

A corrupção transnacional é definida como o tipo de corrupção que atravessa fronteiras, envolve atores corporativos e estatais, e emprega esquemas sofisticados e grandiosos para sugar a riqueza de um país em desenvolvimento de seus legítimos proprietários: o povo. Muito simplesmente, é o grande roubo de fundos públicos para ganho privado.

A Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) brasileira, tratou no artigo 5º, de equiparar os atos considerados lesivos tanto para a administração nacional, quanto para a administração estrangeira. Entretanto, não há nenhuma menção na Lei para definir os critérios para estabelecimento da jurisdição em caso de conflito de competências. Observa-se que nos últimos anos foram divulgados diversos escândalos envolvendo pessoas jurídicas nacionais praticando atos de corrupção no exterior, que geraram pagamentos de multas a países como Estados Unidos e Suíça. Neste cenário, se insere o tema do presente artigo, avaliando a possibilidade da aplicação do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), em face também das pessoas jurídicas, no âmbito das penalidades administrativas previstas na Lei Anticorrupção.

Para tanto no tópico seguinte será analisada a evolução dos instrumentos internacionais de cooperação, combate e persecução da prática de corrupção transnacional.

2 A CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS

Atualmente a necessidade de combate a corrupção é algo defendido massivamente, seja por países, blocos econômicos ou por organismos internacionais. Este pensamento único produziu além de leis internas, convenções e acordos internacionais visando a cooperação na investigação e punição dos atos de corrupção que ultrapassam as fronteiras entre os países.

Entretanto, nem sempre tal preocupação existiu, pelo contrário, por muito tempo a prática de corrupção transnacional era abertamente consentida pelos países sedes das empresas multinacionais.

Isto porque a corrupção, em especial o suborno, era vista como necessária a dar celeridade a tramitação de processos para a realização de negócios, principalmente em países menos desenvolvidos (FURTADO, 2006). Um exemplo desta permissividade era a possibilidade de os valores pagos à título de suborno a agentes estrangeiros serem deduzidos da tributação da empresa em seu país sede, como permitido até o ano de 1999, na Alemanha (NASCIMENTO, 2018).

Tal cenário começa a se modificar no final da década de 1980 e início da década de 1990, quando se percebeu a existência de mais efeitos maléficis na realização da corrupção transnacional do que os benefícios aparentes. Em que pese todo o valor ético se condenar a corrupção, o que foi de fato determinante para trazer o tema para agenda internacional foi o fator econômico.

Segundo Larissa Ramina (2009, p. 2), a corrupção em transações comerciais internacionais constou em documento da Organização das Nações Unidas, pela primeira vez, em 1975, por meio da Resolução n. 3.514 (ONU, 1976). A citada resolução, condenava as práticas de corrupção, reafirmando que os países poderiam adotar ações legais contra corporações transnacionais envolvidas neste delito. O documento também convocava tantos os países locais quanto os países sede das empresas, que por meio de suas respectivas jurisdições internas, incluíssem medidas

legislativas para prevenir as práticas de corrupção e punir os violadores. A resolução também buscava promover a troca de informações bilaterais entre os países, bem como cooperar para prevenir práticas de corrupção como suborno e processar em sua jurisdição interna, aqueles que estiverem envolvidos (ONU, 1976).

Após a edição da citada resolução, outra normativa importante foi o *Foreign Corrupt Practices Act*, implantado pelos Estados Unidos em 1977. Segundo Tiago do Carmo Martins (2021, p. 90), a edição do documento foi uma resposta do Congresso estadunidense ao escândalo de Watergate, que demonstrou a existência de “[...] um esquema de fundos escusos, alimentado por corporações transnacionais baseadas nos Estados Unidos, cujo propósito era influenciar eleições [...]”. Assim, o documento proibiu o pagamento, a oferta ou a promessa de doação a dirigentes estrangeiros com o objetivo de influenciar ato, ou decisão, a realizar violações legais, garantir vantagem indevida ou utilização de sua influência. Após a vigência do FCPA, houve uma perda de poder de concorrência pelas empresas norte-americanas, que tiveram limitadas as suas práticas de suborno em países estrangeiros.

Com a globalização e a ampliação do comércio internacional, se verificou ser necessário regular e reprimir a corrupção transnacional para resguardar a livre concorrência. Neste cenário, também foi fator contributivo as crises financeiras da década de 1990, como a asiática, que trouxe efeitos negativos as diversas economias, reforçando assim a necessidade de maior transparência nos negócios (FURTADO, 2006).

Outro efeito maléfico da corrupção transnacional é o efeito político, que segundo Furtado (2006), pode ser verificado sob dois aspectos, o primeiro pelo financiamento de campanhas e o segundo refere-se à atuação dos políticos eleitos em seus mandatos.

Quanto ao primeiro aspecto, nos países em que é possível o financiamento de campanhas eleitorais, a corrupção transnacional atua para financiar os partidos políticos em troca de “facilidades” ou “preferências” na contratação com o ente público, que possui contratos expressivos. Nesta situação, como bem aponta Furtado (2006), o interesse do representante eleito deixa de ser o da população que o elegeu e passa a ser do seu financiador:

O resultado desse processo é o absoluto descrédito da população com a democracia. Se o sistema democrático não é capaz de fornecer instrumentos para coibir esse ciclo vicioso, o sistema político chega a tal nível de saturação e de falta de legitimidade que o resultado são os golpes de Estado e o fim da democracia. Surgem as ditaduras com suas propostas para combater a corrupção – não obstante a história tenha sempre demonstrado a incapacidade. [...] dos regimes totalitários de reduzir a corrupção, sendo capazes tão-somente de impedir que os casos de corrupção sejam divulgados e punidos. Esta, aliás, tem sido a história da grande maioria dos países da América Latina. (FURTADO, 2006, p. 51).

Quanto à corrupção transnacional atuante no financiamento de campanhas eleitorais, é importante observar que em 2015, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 4650 (BRASIL, 2015), entendeu ser inconstitucional o

financiamento de campanhas por meio de doações de pessoas jurídicas. Neste contexto, a partir das eleições municipais de 2016, o financiamento das campanhas foi proveniente do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (Fundo Eleitoral), de doações realizadas por pessoas físicas, pelo próprio candidato, por partidos políticos, comercialização de bens, serviços ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido, bem como de receitas decorrentes da aplicação financeira dos recursos de campanha.

Neste cenário, vários diplomas de direito internacional surgiram para fomentar a cooperação entre os países para investigar e punir a prática de corrupção transnacional. Dentre os diplomas internacionais a versar sobre o tema pode-se destacar os seguintes: 1996 – Convenção Interamericana contra a corrupção; 1997 – Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais (Convenção OCDE); 2003 – Convenção das Nações Unidas contra a corrupção – Convenção de Mérida.

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção, foi assinada em 29 de março de 1996, embora entrou somente em vigor no Brasil em 24 de agosto de 2002, após aprovação do Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002 (BRASIL, 2002a).

A convenção já apresenta em seu preambulo a justificativa para o combate à corrupção, apontando que ela prejudica o desenvolvimento regional, bem como propicia distorções na economia, demonstrando assim o impulso que o fator econômico trouxe ao tema. No referido documento, restou claro que além da promoção ao combate à corrupção pelos países, também era objetivo a cooperação entre os Estados-membros para o combate à corrupção de funcionários públicos, portanto, o combate à corrupção transnacional.

Em que pese a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (BRASIL, 2002b), não tenha de fato elaborado obrigações aos Estados-membros, ela apresentou recomendações que buscavam trazer transparência e padrão de conduta no exercício das funções públicas, apresentando especial enfoque ao suborno transnacional, bem como apresentou mecanismos de combate à corrupção.

Um ponto relevante da convenção dos estados americanos é a recomendação para vedação de tratamento tributário favorável à pessoa física ou jurídica com as despesas utilizadas em corrupção em um dos Estados parte, prevista no artigo III, item 7. Também aos Estados-membros deixa de ser possível a alegação de sigilo bancário, para a negativa de solicitação de informações realizada por outro Estados-membros.

Importante esclarecer que o Brasil não aderiu à recomendação de tipificar, a conduta estabelecida no artigo XI, parágrafo 1º, inciso “c”.

c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado; [...] (BRASIL, 2002b).

A prática da corrupção transnacional tem inerente a possibilidade de jurisdição de mais de

um país, sobre as mesmas práticas delituosas. Nesta situação, Larissa Ramina (2009, p. 7), observa que ocorrendo o conflito de jurisdição, a Convenção Interamericana não apresenta soluções, deixando a cargo da cooperação internacional a busca de solução.

A Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, denominada Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, foi firmada em 17 de dezembro de 1997, e ratificada pelo Brasil no ano 2000 (BRASIL, 2000).

A Convenção da OCDE, tal qual a Convenção Interamericana, expôs em seu preâmbulo não só a necessidade do combate à corrupção transnacional nos aspectos moral e político, mas também como necessário a manter a boa governança e o desenvolvimento econômico, visando manter equilíbrio na competitividade por mercados. Deste instrumento, pode-se destacar a recomendação prevista no artigo 2: “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos” (BRASIL, 2000).

No artigo 3, item 2, a Convenção da OCDE (BRASIL, 2000) estabelece que quando não se aplicar a responsabilidade criminal sobre as pessoas jurídicas, deverá ser assegurada a aplicação de sanções não-criminais efetivas, inclusive sanções financeiras.

Quanto à jurisdição, sua regulação é prevista no artigo 4 da referida convenção (BRASIL, 2000), e estabelece, em resumo, que quando a jurisdição couber a mais de uma parte, os envolvidos deverão deliberar sobre a jurisdição mais apropriada. Por fim, a Convenção da OCDE ainda traz em seu corpo, artigos versando sobre prescrição, extradição, assistência jurídica recíproca e aspectos de monitoramento e acompanhamento da implementação da convenção.

A Organização das Nações Unidas (ONU), firmou em 2003 a Convenção de Mérida (BRASIL, 2003), ratificada pelo Brasil em 2005, sendo a mais completa dos três instrumentos internacionais verificados. Como pontos relevantes do documento, se verifica a preocupação com a proteção à soberania. O texto reafirma a proteção aos princípios da igualdade soberana, integralidade territorial e não intervenção em assuntos internos de outro Estado parte, visando esclarecer que não existe, no documento, qualquer autorização à quebra de soberania pelos países.

Quanto às pessoas jurídicas, existe no documento regulamentação específica, prevista no artigo 26 (BRASIL, 2003), que estabelece primeiramente a necessidade de os Estados Parte adotarem medidas de responsabilização destes entes, seja de natureza penal, civil ou administrativa, bem como a sanção monetária. No mesmo tópico, a Convenção de Mérida ressalva que a responsabilidade das pessoas jurídicas não poderá prejudicar a responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham praticado os delitos de corrupção transnacional previstos na convenção.

A Convenção de Mérida é mais minuciosa quanto a jurisdição, comparada aos documentos anteriormente analisados da OEA e OCDE. O artigo 42 (BRASIL, 2003) trata especificadamente do tema, delimitando a jurisdição primeiramente pelos delitos cometidos no território do Estado Parte, bem como a bordo de embarcação ou aeronave sob sua identificação. Já o parágrafo 2, do art. 42 (BRASIL, 2003), estabelece a possibilidade de o Estado Parte também ter jurisdição

quando o delito se cometa contra um de seus cidadãos, quando a cometido por um de seus cidadãos ou por um estrangeiro que tenha residência em seu território ou quando cometido contra o Estado Parte. Também seria possível estabelecer a jurisdição na hipótese de cometimento do delito de lavagem de dinheiro, quando o auxílio ou a facilitação ocorra fora do território do Estado Parte, com vistas a promover dentro de seu território a transferência, ocultação, aquisição ou utilização de bens frutos de lavagem de capitais, dentre outras práticas, conforme disposto na parte “c)” do parágrafo 2, do artigo 42 (BRASIL, 2003). O Estado Parte também adotará a jurisdição quando o presumido criminoso se encontre em seu território e o Estado Parte não o extradite pelo fato de ser seu cidadão ou por outras razões, conforme parágrafo 4, do artigo 42 (BRASIL, 2003).

Na hipótese de mais de um Estado Parte estiver realizando investigação, processo ou ação judicial relativo aos mesmos fatos, o parágrafo 5, do artigo 42 (BRASIL, 2003), prescreve que ao conhecimento ou a notificação, os Estados Parte se consultarão com a finalidade de coordenar suas medidas, entretanto, sem excluir o exercício das competências penais de cada Estado, conforme suas legislações internas.

Importante observar que a Convenção de Mérida estabeleceu diversas diretrizes de cooperação e assistência jurídica recíproca entre os Estados Parte, dentre as quais se pode destacar recuperar ativos, apresentar documentos judiciais, entregar documentação bancária, financeira, social ou comercial das sociedades mercantis, conforme estabelecido no parágrafo 3, do artigo 46 (BRASIL, 2003), ou a cooperação internacional para fins de confisco de bens, prevista no artigo 55 do documento (BRASIL, 2003).

Conforme observação de Ana Murata (2021), o Brasil incluiu em sua Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro, em 2006, também o objetivo de combate à corrupção para atender as convenções acima mencionadas, transformando em Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. Também neste sentido aponta Pagliarini e Martins (2019, p. 3), ao observarem que: “os tratados internacionais ratificados pelo Brasil servem de base para a edição da Lei Anticorrupção, além de inovarem na legislação pátria no que se refere à criação de tipos penais diferenciados, visando justamente combater este fenômeno em âmbito mundial.”

Neste cenário em que vários Estados buscam de forma cooperativa o combate à corrupção transnacional, se observa a multiplicidade de jurisdições em que o mesmo fato pode ser submetido, conseqüentemente, podendo gerar múltiplas responsabilizações e o fenômeno do *bis in idem*. Assim, a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), constitui um marco a ser estudado, sob o viés da responsabilização das pessoas jurídicas, o que será realizado no próximo tópico.

3 DA GARANTIA AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 171.118 PELO STF

Na data de 12 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), que buscava trancar ação penal brasileira sobre tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais. Os réus já haviam sido julgados na Suíça, mas continuavam sendo processados no Brasil pelos mesmos fatos. A relatoria do habeas corpus ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes, que em seu voto exarou qual a situação a ser analisada naquele julgamento:

Basicamente, o problema a que se pretende responder é: o direito de não ser processado duplamente por fatos já julgados se aplica também em âmbito internacional? Em um cenário de globalização e crescente confluência entre ordenamentos jurídicos e até mesmo integrações comunitárias, a temática aqui em debate mostra-se extremamente relevante (BRASIL, 2019).

O Ministro Gilmar Mendes conduziu seu voto ressaltando a identidade fática entre os processos brasileiro e suíço, bem como a cooperação e assistência jurídica mantida pelos dois estados na apuração dos delitos ora apreciados. Analisou também as teses sobre a aplicação da lei penal pelas instâncias inferiores, e por fim, ressaltou o controle de convencionalidade. O controle de convencionalidade, nas palavras do próprio relator, seria o *status* normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, nos termos da jurisprudência desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo que “[...] o Código Penal deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” (BRASIL, 2019, p. 7).

O princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição, se apresenta na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992. Tal documento apresenta em seu artigo 8, subitem 4, que: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (BRASIL, 1992b). Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabelece em seu art. 14.7 que: “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país” (BRASIL, 1992a).

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que era vedada a dupla persecução penal por idênticos fatos, e que somente na comprovação de violação dos deveres de investigação e persecução efetiva é que “o julgamento em um país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo”.

Luciano Aguiar (2020, p. 808) observa que no julgamento do Habeas Corpus n. 171.118 o Supremo Tribunal Federal, reconheceu pela primeira vez, uma dimensão transnacional da vedação à dupla persecução penal, ampliando o *ne bis in idem* em garantia universal, criando uma nova tese jurídica:

Apesar dos Julgadores não o terem feito expressamente, pode-se extrair da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus

n. 171.118 uma tese jurídica segundo a qual: “É vedado ao Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna” (AGUIAR, 2020, p. 801).

Trazendo a nova tese jurídica, aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), para o viés da corrupção transnacional, praticada por pessoa jurídica, a mesma proibição de dupla persecução e, conseqüente penalização, deverá ser aplicada.

Como analisado no tópico anterior, é possível a aplicação extraterritorial de normativas internas de mais de um país. Como ocorreu no âmbito da Operação Lava Jato, em que empresas brasileiras praticaram atos de corrupção nos Estados Unidos, elas atraíram para si a aplicação tanto da Lei Anticorrupção Brasileira quanto do FCPA. Ambas as legislações têm em seu escopo a possibilidade de aplicação de multas, que possuem, por sua natureza, a função sancionatória.

Conforme analisado por Aline Silva (2018, p. 14), o FCPA estabelece multa as empresas no valor de U\$ 2 milhões pelo seu descumprimento, e ocorrendo violação contábil multa adicional de até U\$ 25 milhões, enquanto no Bribery Act, do Reino Unido, não há limitação de valores a serem impostos como penalidade a pessoas jurídicas. A Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que a penalidade para as pessoas jurídicas que descumprirem seus termos, será estabelecida entre 0,2% a 20% do faturamento bruto.

No cenário cada vez mais comum de corrupção transnacional, a pessoa jurídica pode ser sancionada em multiplicidade, em razão das legislações internas de cada país afetado pelo delito. A questão é que esta multiplicidade de penalidades, ainda que administrativa, ofenderia ao princípio do *ne bis in idem* ou da vedação à dupla punição. A defesa da aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*, no exercício da função sancionadora do Estado, é a posição de Cristiana Fortini e Ariane Shermam (2018, p. 16):

Analisado sob a ótica da Constituição de 1988, o princípio há de ser considerado como reflexo do Estado Democrático de Direito e da centralidade da pessoa humana. A ausência de contornos para a atividade sancionatória do Estado situaria o cidadão como refém do poder estatal, geraria profunda instabilidade que antagonizaria com a ideia de segurança jurídica, baluarte de um Estado de Direito.

É importante ressaltar que o princípio do *ne bis in idem* foi prestigiado em alguns acordos de leniência que envolviam corrupção transnacional, buscando resguardar as pessoas jurídicas de dupla penalização ao celebrarem novos acordos no futuro: “Tais cláusulas reconhecem o princípio do *ne bis in idem* e atribuem, de forma geral, uma responsabilidade às autoridades signatárias de prover esforços para evitar o duplo pagamento de multas” (PORTELLA; CATTLEY; KATZ,

2020).

Conforme já verificado, em nenhum dos instrumentos internacionais analisados no tópico anterior existe uma fixação da jurisdição, cabendo aos Estados envolvidos deliberarem sobre o local mais adequado para a instauração do processo. Nesta opção, se poderia estabelecer a cooperação e assistência jurídica entre os países, podendo inclusive os danos causados pela prática da corrupção no país que cedeu a competência serem objeto de reparação pela justiça do país julgador. Poder-se-ia, também, ressaltar o direito do país cedente de requerer, em sua própria jurisdição, a indenização por prejuízos, aproveitando do teor da decisão e das provas obtidas no exterior, sem, contudo, que haja a aplicação de múltiplas sanções.

Observa-se que a decisão da competência para processar e julgar por deliberação entre os países é confortável, pois não há nenhuma ofensa a soberania das Partes, o que é sempre um tema sensível quando se trata de aplicabilidade extraterritorial de leis. Aplicando-se a deliberação pela jurisdição competente também se resguardaria o princípio do *ne bis in idem*, garantindo a parte à ausência da dupla punição.

Por outro lado, na hipótese de todos os países envolvidos optarem por processar a pessoa jurídica pela prática de corrupção transnacional, ao menos no estado brasileiro, e baseando-se no entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), demonstrada a identidade fática e o legítimo julgamento ocorrido no exterior, defende-se a inaplicabilidade da multa prevista na legislação brasileira. Observa-se que permaneceria válido e legítimo o direito de o Estado brasileiro requerer a reparação integral de seus prejuízos, contudo, a penalização por meio de aplicação de multa restaria prejudicada.

Em conclusão, é importante ressaltar que se comprovado que o processo no exterior não se concretizou de maneira legítima e justa, poderia o Estado brasileiro realizar, por sua jurisdição interna, o novo julgamento dos fatos, e deste modo aplicar suas próprias penalidades, conforme ponderou o Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

A corrupção transnacional, antes tolerada pelos países sede de empresas multinacionais, como mecanismo para fomentar seus negócios, passou a ser vista como prática nociva, prejudicial ao desenvolvimento sustentável e a livre concorrência. Instrumentos jurídicos internacionais foram pactuados, com a finalidade de promover a prevenção, combate e responsabilização pelas práticas de corrupção transnacional, dentre os quais se pode destacar: a) Resolução n. 3.514 de 1975, da ONU (ONU, 1975); b) Convenção Interamericana contra a corrupção, de 1996 (BRASIL, 2002b); c) Convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais (Convenção OCDE), de 1997 (BRASIL, 2000); d) Convenção das Nações Unidas contra a corrupção – Convenção de Mérida, de 2003 (BRASIL, 2003).

Analisando a resolução e convenções acima citadas, elas possuem dois pontos em comum, a

recomendação da penalização das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção transnacional, incluindo penas pecuniárias, e, a ausência da fixação da competência jurisdicional em um único país, podendo um mesmo ato de corrupção transnacional ser objeto de investigação e processo de todos os países afetados. Lado outro, a lei brasileira anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) (BRASIL, 2013) estabelece a extraterritorialidade de sua competência, assim como a FCPA e o Bribery Act, bem como em todas as citadas legislações, as pessoas jurídicas podem sofrer a penalidade pecuniária pela prática de atos de corrupção.

Diante da multiplicidade de jurisdições e legislações aplicáveis, resulta-se na possibilidade de a pessoa jurídica ser multada por todos os países afetados por seus atos de corrupção, obviamente caso exista legislação interna de cada Estado versando sobre tal punibilidade. A deliberação entre os países, para a fixação da jurisdição do processamento e julgamento do ato de corrupção em comum, seria o melhor critério a ser adotado, pois, respeitaria a soberania das partes, garantiria a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, não prejudicaria eventuais acordos de leniência, bem como não impediria eventuais reparações por perdas e danos.

Entretanto, não é comum tal acordo, optando cada país por aplicar sua legislação interna. Neste cenário é importante a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 171.118 (BRASIL, 2019), que estabeleceu novo paradigma na competência brasileira para processar e julgar práticas ilícitas transnacionais. Conforme o entendimento exarado no respectivo julgado, em respeito ao *ne bis in idem*, caso exista identidade fática entre os atos já julgados no exterior, estes não poderão ser reexaminados na jurisdição brasileira, exceto se comprovado que o primeiro julgamento se deu de forma ilegítima ou injusta.

Neste sentido, ainda que a penalidade de multa, aplicada pela Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) brasileira, seja de natureza administrativa, ela decorre da função sancionadora do Estado, que também deve observar e respeitar o *ne bis in idem*. Assim, na hipótese de pessoa jurídica já ter sido penalizada com aplicação de multa no exterior, pela prática de corrupção transnacional, ela não poderá ser novamente, por idêntico fato, multada pelo Estado brasileiro. Contudo, será legítimo o direito de o Estado brasileiro requerer a reparação integral dos prejuízos sofridos, segundo as leis internas do país.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. Interpretação do Código Penal conforme a CADH: ampliação do âmbito de aplicação da garantia do *ne bis in idem* pelo STF. In: NORONHA, João Otávio de; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (org.). **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 773-810. v. 1.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 150, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2013/ago/lei12846.htm.

gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo nº 152**, de 25 de junho de 2002. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 jun. 2002a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-152-25-junho-2002-459890-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 8716, 06 jul. 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Lei nº 14.133**, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, p. 1, 01 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 3.678**, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 231-E, p. 3, 1 dez 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 4.410**, de 07 de outubro de 2002. Promulga a convenção interamericana contra a corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 out. 2002b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 fev. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica),

de 27 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 15562, 09 nov. 1992b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 171.118, de 12 de novembro de 2019**. Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 Distrito Federal, de 17 de setembro de 2015**. Direito Constitucional e Eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das eleições, arts. 23, §1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º. Lei orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e §5º. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luiz Fux, 17 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 14 dez. 2022.

ÉTICA e corrupção no serviço público federal: a perspectiva dos servidores. [s. l.]: The World Bank Group, [2022]. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/129401636585714972/pdf/%C3%89tica-e-Corrup%C3%A7%C3%A3o-no-Servi%C3%A7o-P%C3%BAblico-Federal-A-Perspectiva-dos-Servidores.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do “bis in idem”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 14 dez. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. A comunidade internacional e a corrupção transnacional: razões para combater a corrupção. **Revista da CGU**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 43-60, 2006. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/229/92. Acesso em: 14 dez. 2022.

ÍNDICE de Percepção da Corrupção 2020. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2021. Disponível em: https://tibr-downloads.s3-sa-east-1.amazonaws.com/I%CC%8Indice+de+Percep%C3%A7%C3%A3o+da+Corrup%C3%A7%C3%A3o+2020_pt-BR.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

ÍNDICE de percepção da corrupção 2021. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2022. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 14 dez. 2022.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/108986/107560>. Acesso em: 14 dez. 2022.

MARTINS, Tiago do Carmo. O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e uma reflexão sobre o microssistema anticorrupção brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão

Preto, v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/185311/174582>. Acesso em: 14 dez. 2022.

MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. A ENCCLA como política pública: prevenção e repressão à corrupção e à lavagem de dinheiro. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, [s. l.], v. 13, n. 29, p. 305-324, 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1472/1043>. Acesso em: 14 dez. 2022.

NASCIMENTO, Isabella Chaves. **Descolonizando o discurso da corrupção**: uma análise do envolvimento do HSBC em corrupção transnacional. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22860>. Acesso em: 14 dez. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved**. [s. l.]: ONU, 1976. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/189574#record-files-collapse-header>. Acesso em: 14 dez. 2022.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; MARTINS, Camila Saldanha. O combate à corrupção diante dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil e sua influência na tipicidade penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 147, p. 13-38, 2019. Disponível em: http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1104/Ajuris_147_DT1. Acesso em: 14 dez. 2022.

PORTELLA, Renato; CATTLEY, Luiza; KATZ, Mirella. **A compensação de valores em acordos de leniência multijurisdicionais**. São Paulo: LEC, 2020. Disponível em: <https://lec.com.br/a-compensacao-de-valores-em-acordos-de-leniencia-multijurisdicionais/#>. Acesso em: 14 dez. 2022.

RAMINA, Larissa. A Convenção interamericana contra a corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, p. 1-11, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/21/20>. Acesso em: 14 dez. 2022.

RIBEIRO, Isolda Lins. Patrimonialismo e Personalismo: a gênese das práticas de corrupção no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 8411-8427. Disponível em: https://williamfreire.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Patrimonialismo_e_personalismo_a_genese.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

SILVA, Aline Cavalcante dos Reis. **O suborno transnacional e lei anticorrupção**: perspectivas e principais desafios. Brasília: Base de Conhecimento da CGU, 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/42555/1/Artigo_Suborno_Transnacional.pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

TEIXEIRA, Antonio Barros; REHBEIN-SATLHER, André Guimarães; RODRIGUES, Malena Rehbein. Percepções sociais sobre a corrupção política no Brasil: práticas corruptas versus atuação dos órgãos de controle. **Colombia Internacional**, Bogotá, n. 105, p. 57-88, 2021. Disponível em: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/colombiaint105.2021.03>. Acesso em: 14 dez. 2022.

WARE, Glenn T.; NOONE, Gregory P. The anatomy of transnational corruption. **International Affairs Review**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 31-52, 2005. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/feb06course/GlenWareDocument.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

Como citar: CUNHA, Camila Braga da; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Pessoas jurídicas e a prática de corrupção transnacional: garantia ao *ne bis in idem*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 94-111, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p94. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/03/2022

Aprovado em: 23/11/2022

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS EM NOSOCÔMIOS E CLÍNICAS PERANTE A LGPD**PRIVACY AND DATA PROTECTION IN NOSOCOMIOS AND CLINICS BEFORE THE LGPD**

Marcelo Assis Rivarolli*
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini**

Como citar: RIVAROLLI, Marcelo Assis; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Privacidade e proteção de dados em nosocômios e clínicas perante a LGPD. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 112-128, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p112. ISSN: 2178-8189.

*Mestrando em Direito da Sociedade da Informação (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, FMU/SP). Graduado em Direito (Universidade Cidade de São Paulo, UNICID/SP). E-mail: marcelorivarolli@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6472-3975>

Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Doutora em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP/SP)

Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC/SC).

E-mail: samyranaspolini@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1838-9005>

**Doutora em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP/SP)

Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC/SC).

E-mail: samyranaspolini@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1838-9005>

Resumo: Este artigo tem o intuito de identificar as formas mais apropriadas de proteção de dados, garantindo a privacidade dos detentores de tais dados, bem com a previsão legal que permeia essa situação de garantia de privacidade e proteção dos dados, baseando-se na Constituição Federal, e na aplicação de leis infraconstitucionais, especialmente voltado para a documentação própria de nosocômios, clínicas e pacientes. Em termos de metodologia utilizada, foram feitas pesquisas bibliográficas e fontes seguras de conteúdo válido, com informações contundentes. O estudo concluiu que a privacidade e proteção de dados ainda não está totalmente garantida sequer na legislação, quanto mais em nosocômios e clínicas, apesar da existência de legislação prevendo, para que haja garantia mínima, ao menos, da privacidade dos cidadãos e de seus dados pessoais, os quais, nas mãos de terceiros mal-intencionados, poderão causar transtornos inimagináveis e drásticos. Além disso, o que se verifica é que, os mesmos indivíduos que tratam e cuidam dos pacientes internados em nosocômios e clínicas, são os que alimentam e lançam os dados no sistema, onde, por conta do elevado stress e pressão do dia a dia de trabalho, podem cometer equívocos ou não se atentarem à segurança dos dados e informações necessários.

Palavras-Chave: Proteção de dados. Privacidade de dados. Proteção de dados e nosocômios. Documentação médica e privacidade de dados. Prontuário médico e LGPD.

Abstract: This article aims to identify the most appropriate forms of data protection, guaranteeing the privacy of the holders of such data, as well as the legal provision that permeates this situation of guaranteeing privacy and data protection, based on the Federal

Constitution, and in the application of infraconstitutional laws, especially aimed at the proper documentation of nosocomios, clinics and patients. In terms of the methodology used, bibliographic searches and secure sources of valid content were carried out, with compelling information. The study concluded that privacy and data protection is not yet fully guaranteed even in legislation, let alone in nosocomios and clinics, despite the existence of legislation providing, so that there is a minimum guarantee, at least, of the privacy of citizens and their data which, in the hands of ill-intentioned third parties, may cause unimaginable and drastic upheavals. In addition, what is verified is that the same individuals who treat and care for patients hospitalized in nosocomios and clinics, are the ones who feed and post the data in the system, where, due to the high stress and pressure of the daily life of work, may make mistakes or fail to pay attention to the security of the necessary data and information.

Keywords: Data protection. Data privacy. Data protection and nosocômios. Medical Documentation and data privacy. Medical records and LGPD.

INTRODUÇÃO

Verifica-se hodiernamente que, o grande avanço tanto da tecnologia quanto de aparelhos eletrônicos, são essencialmente úteis a todos. Em contrapartida, com esse crescimento, a fragilidade dos dados pessoais lançados na rede, seja mundial de computadores (internet), seja em sistemas informatizados de bancos, órgãos públicos ou nosocômios e clínicas, é cada vez maior, fazendo-se necessária uma ampla, geral e irrestrita proteção desses dados e sigilo dos mesmos, com base na previsão da LGPD. Essa evolução e revolução tecnológicas, ocorridas nos meios de comunicação, originou a era denominada de Sociedade da Informação, onde, nunca se viu, histórica e tecnologicamente, tanta facilidade e velocidade de acesso às informações, chegando ao ponto de ser praticamente em tempo real.

Com essa Sociedade da informação, nascem dois direitos, considerados fundamentais: direito de acesso à informação e direito à proteção de dados pessoais. Além disso, com o surgimento do Estado Democrático de Direito no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi inserido no rol de direitos fundamentais sociais, que infelizmente tem sido bastante negligenciado pelo Poder Público. O direito à saúde deve ser efetivado, de forma categórica e prioritariamente, pelo Poder Executivo, através de ações e elaboração de políticas públicas para tanto. Não apenas na implementação de referido direito, mas também, na questão de privacidade e proteção de dados, nos termos da LGPD.

Neste contexto, dados pessoais de saúde são aqueles entendidos como os que são parte integrantes de todos o aspecto mais íntimo das pessoas, de caráter absolutamente sigiloso, que geram a obrigação aos profissionais da saúde, de dever de segredo, já que, por serem considerados dados sensíveis, permeiam maiores limites ao seu acesso e ao conhecimento de terceiros.

Houve uma verdadeira transformação no Poder Judiciário, em relação à saúde, pois, com a judicialização desta, verifica-se que o STF passou de defensor absoluto do direito à saúde e vida, a relativizar tais direitos, definindo critérios que interferem diretamente no julgamento de casos muitas vezes trágicos, buscando efetivar o direito fundamental social à saúde.

No âmbito da saúde e nosocômios, o direito de acesso à informação é um aspecto central e culminante, para que seja possibilitada a efetiva promoção do cuidado integral e necessário à saúde. A sensibilização da equipe de trabalho do nosocômio em relação à suma importância de que o usuário se empoderou de maneira tal, já que manipula os dados de pacientes de forma aberta e exclusiva, se faz necessária para que esta equipe se sinta verdadeira protagonista do dever de cuidado duplo: do paciente em si como dos dados lançados no sistema informatizado de prontuário e documentação médica.

Esse conceito ocorre no mundo inteiro, onde surgiram diversas novas entidades, no sentido de buscar a garantia dos cidadãos bem como a regulação de setores e áreas de conhecimento, tecnologia e atividade, tais como, na Europa, o Reino Unido tem a ICO (*Information Commissioner's Office*), na França, tem a CADA (*Commission d'Accès aux Documents Administratifs*) e CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*), e ainda, o EDPS – Supervisor Europeu

de Dados Pessoais - , além do grupo de trabalho do artigo 29º, para a matéria pertinente ao tratamento de dados pessoais (Diretiva 95/46, de 24/10/1995). Em Portugal, o modelo seguido foi o francês, com a CADA (*Comissão Nacional de Protecção de Dados*) e a CNPD (*Comissão Nacional de Protecção de Dados*).

No Brasil, com vistas à adequação da LGPD em nosocômios, busca-se no presente ensaio, identificar, no âmbito da Lei nº 13.709/2018, os aspectos mais relevantes e principais que interferem nos procedimentos pertinentes aos dados pessoais dos pacientes, buscando identificar, ainda, possíveis e passíveis conflitos entre os aspectos legais e regulamentos administrativos em vigor.

A problemática da pesquisa gira em torno do que pode acontecer com a falta de informações necessárias ou imprescindíveis, ou ainda, os dados e informações pessoais de pacientes, caso caiam em mãos de terceiros mal-intencionados, podendo causar malefícios enormes e incomensuráveis.

Em termos de metodologia utilizada, foram feitas pesquisas bibliográficas e fontes seguras de conteúdo válido, com informações contundentes. O estudo concluiu que a privacidade e proteção de dados ainda não está totalmente garantida sequer na legislação, quanto mais em nosocômios e clínicas, apesar da existência de legislação prevendo, para que haja garantia mínima, ao menos, da privacidade dos cidadãos e de seus dados pessoais, os quais, nas mãos de terceiros mal-intencionados, poderão causar transtornos inimagináveis e drásticos.

O presente artigo encontra-se estruturado com breve introdução, seguido da questão da privacidade dos dados em um prontuário eletrônico do paciente (PEP), tanto em nosocômios quanto clínicas. Na sequência, trabalha-se a questão da legislação pertinente, que propicie ou permita que tais dados e informações sejam minimamente resguardados, demonstrando o amparo legal que possui, mesmo este sendo pouco e ainda falho.

Segue-se com estudo a respeito dos dados e a forma de proteção destes, culminando com uma conclusão, demonstrando que o direito tem papel crucial para identificar e nortear as formas, possibilidades e condições de por em prática, isto é, tem o papel fundamental de reger as condutas, especialmente para o caso de salvaguardar a privacidade e sigilo dos dados dos documentos e prontuários médicos, onde se propõe que sejam estabelecidas políticas públicas educacionais, tanto da população, no sentido de saber o seu direito, quanto dos profissionais da saúde que manuseiam e são responsáveis pelo lançamento, registro e encaminhamento para guarda de tais dados e informações, sem permitir que caia em mãos alheias e com más intenções.

1 PRIVACIDADE DOS DADOS EM PRONTUÁRIO MÉDICO DO PACIENTE (ELETRÔNICO OU NÃO)

Desde 1960, o conceito de Sociedade da Informação já vinha se desenhando, uma vez que um novo paradigma social foi criado ou vinha se desenhando desde a virada do século XIX, já que a utilização frequente e praticamente frenética dos meios tecnológicos existentes e novos,

possibilitou interações, comunicações e trocas de informações, conhecimentos e afins, muito superiores, tudo em razão da globalização e massificação da internet.

A internet, como rede mundial, propicia que o trânsito de dados e informações seja tal, que estes passam a ter valor econômico e mercadológico, i.e., valor comercial, onde o Prof. Barreto Júnior, ao tratar do assunto com maestria, esclarece que:

O advento do Informacionalismo é, indubitavelmente, a principal marca econômica da sociedade em rede. Reorganiza a produção de riqueza no sistema econômico, no qual há uma gradativa valorização da informação como mercadoria e fator de geração de valor econômico, o que torna a National Association of Securities Dealers Automated Quotations (Nasdaq), bolsa de valores das empresas tecnológicas, tão estratégica, em termos de organização econômica, quanto a tradicional New York Stock Exchange, denominada bolsa de Wall Street. As megacorporações informativas (Google, Facebook e Yahoo, entre outras) acumulam vestígios de informações sobre os usuários da Internet, tais como seus padrões de navegação, compras realizadas on-line, preferências culturais, religiosas e ideológicas, websites de interesse, verbetes e expressões pesquisadas nos websites de busca, entre outras, “impressões digitais eletrônicas” que servem para estabelecer uma categorização minuciosa de cada usuário na rede. [...] Circunscreve-se no fato de que há inúmeros usos para esses perfis eletrônicos, tal como direcionamento de publicidade on-line, oferta de mercadorias relacionadas ao perfil do consumidor, além de montar cadastros de valor incomensurável sobre os cidadãos da sociedade em rede (BARRETO JÚNIOR, 2015, p. 410).

Entretanto essa internet deixa de ser somente aquela em interligava computadores entre si dentro de uma rede mundial única (*world wide web – www*), mas que vai além, interligando outro mundo – o virtual -, que, até então não havia regras, já que o anonimato dentro dessa rede sempre é possível e praticado, permitindo que seja e fique vulnerável, desta forma, valores diversos, em especial, a privacidade.

Além disso, há que se elencar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que grande parte da população brasileira não tem acesso aos meios digitais, prejudicando-os.

De acordo com Staffen e Santos, o princípio da dignidade da pessoa humana, acaba, de certa maneira, a exercer o poder proporcionar ao cidadão, a sensação de igualdade mínima, já que, “força o reconhecimento de uma qualidade intrínseca e distintiva, em cada ser humano, que o coloca em igual condição de respeito por parte do Estado e da comunidade” (STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 269).

Manuel Castells (2007, p. 109) também afirma de forma contundente e categórica que, “a internet não surge somente como uma nova tecnologia da informação, mas também como uma nova forma de organização da economia e da sociedade como um todo, num processo de desconstrução e reconstrução incessantes”.

Todavia, essa rede (*web*) não tem o condão de atacar ou atingir a privacidade dos usuários, mas sim, interligar mundos virtuais e usuários, como dito acima. A privacidade, neste caso, é atingida pelos incidentes na rede, resultado de utilização da própria internet em si.

A privacidade inserida no contexto da Sociedade da Informação se dá, em razão dos

grandes avanços e expansão dos meios de comunicação e tecnologia. Manuel Castells (2010, p. 500), sociólogo espanhol, que foi aquele que iniciou a aplicação de seus estudos dentro desse novo cenário de desenvolvimento tecnológico, assevera que: “Enquanto a forma de organização social em rede existira em outros tempos e espaços, o novo paradigma de tecnologia da informação provê a base material para a sua expansão difusa ao longo de toda a estrutura social”.

Essa privacidade surge, muitas das vezes, através do choque, da colisão de garantias constitucionais e interesses sociais diversos, como acontece, por exemplo, no direito à informação, sendo que este é potencializado à medida que as novas tecnologias permitem que seus usuários propaguem dados e informações pessoais.

Neste passo, o Marco Civil da internet surgiu, com o intuito de regular e regulamentar as relações e interações ocorridas nesse mundo virtual, também chamado de “ciberespaço”, estabelecendo em seus dispositivos, princípios, garantias e deveres a respeito do uso da internet no Brasil, garantindo a privacidade, como visto no artigo 3º e 8º abaixo, mesmo que não haja efetividade dessa proteção na prática:

Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

II - proteção da privacidade.

[...]

Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Liliana Paesani também fala sobre a privacidade, mencionando que, apesar de existirem diversas leis em nível mundial, protetoras da privacidade, estas não são suficientes, tendo em vista a imensidão de circulação de dados e informações na rede de internet:

As inúmeras e generosas leis que protegem a privacidade ficam esvaziadas perante a agressividade das práticas comerciais ou não, provenientes da circulação de dados informáticos. Em decorrência desses fatos, surge a necessidade da proteção legislativa específica do direito ao controle sobre as próprias informações (PAESANI, 2014, p. 37).

Obviamente, entre o direito à privacidade e o direito à informação, há um conflito inevitável, pois o exercício de um interfere no de outro e vice-versa, já que são antagônicos entre si, sendo que, neste contexto, Zygmunt Bauman (2001, p. 227), em referência a Phil Cohen, menciona que a relação entre liberdade e segurança não é pacífica, amistosa, não podem crescer juntas.

Referida privacidade estende-se também, ao direito à saúde, já que, todo indivíduo tem o direito de ser informado, a respeito de todos os aspectos necessários, que envolvam sua vida e saúde, bem como os serviços que asseguram o acesso à informação e sua privacidade.

Previsto no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais, e pode ser estudado sob dois aspectos: formal e material. Para Sarlet (2007, p. 3), esse direito fundamental formal é decorrente do direito constitucional positivo, e se desdobra

em três aspectos distintos:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de norma fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

Por outro lado, o direito fundamental material tem tudo relacionado com a pertinência e relevância do bem jurídico tutelado pela Carta Magna, onde, sem a garantia do direito à saúde, o cidadão fica incapacitado de exercer e praticar de forma integral outros direitos, e, inclusive, perde o direito de viver com dignidade. Por ser muito próximo do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental da saúde, no aspecto material se assemelha muito a cláusula pétrea, no âmbito constitucional. No mesmo sentido, Sarlet (1998, p. 28) diz que:

[...] pela sua inequívoca relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental não-escrito implícito, a exemplo, aliás, do que ocorre em outras ordens constitucionais [...].

Além disso, partindo-se de um dos princípios gerais da saúde, nos termos do artigo 7º, II, da Lei nº 8.080/90, que criou o SUS, o da integralidade da assistência, há a previsão que deve existir o desenvolvimento e ampliação do cuidado pelos profissionais da saúde, e ainda, que tal integralidade deve ser interpretada como “um conjunto de noções pertinentes a uma assistência ampliada, com articulação das ações dos profissionais, em uma visão abrangente do ser humano dotado de sentimentos, desejos, aflições e racionalidade” (VIEGAS; PENNA, 2013, p. 134).

Nessa perspectiva, existem dimensões a serem analisadas na integralidade, onde, para que haja o compromisso e preocupação por parte da equipe de saúde de determinado nosocômio, na efetiva realização da melhor atividade ou serviço voltados às necessidades de saúde daqueles que buscam atendimento, englobando, boas condições vitais, capacidade de acesso e utilização da tecnologia disponível em favor da saúde, que propicie melhora e eventual prolongamento da vida.

Eis, portanto, a necessidade de proteção legal, para amenizar essa dicotomia entre privacidade e liberdade ou segurança, para que ambos os institutos jurídicos possam ser preservados, buscando o mínimo detrimento de um em relação ao outro.

2 PREVISÃO LEGAL DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS

Encontra-se a previsão legal da proteção da privacidade e dos dados, desde a Constituição federal do Brasil, de 1988 até legislações infraconstitucionais, como Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei Orgânica da Saúde e LGPD, dentre outras. Porém, a abordagem será feita nas principais e específicas, como CF88, Lei Orgânica da Saúde e LGPD.

1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal do Brasil (1988) prevê, no artigo 5º, inciso X, o direito à privacidade, como um bem inviolável, e que, a inviolabilidade do sigilo de dados, intimamente ligado à privacidade, está contida no mesmo artigo 5º, porém no inciso XIII, do mesmo diploma, conforme vemos abaixo:

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O entendimento de que o direito à privacidade é um direito conexo ao da vida, já que não consta no *caput* do artigo 5º, é defendido por José Afonso da Silva (2011, p. 206-210). Além disso, o jurista prega a distinção entre intimidade e privacidade, entendendo que, a privacidade é algo mais abrangente, que envolve toda a vida privada do cidadão, de forma geral, ao passo que, a intimidade é algo mais específico, como p.ex., quando versa sobre sigilo de correspondência, segredo profissional e inviolabilidade de domicílio. Ambos os conceitos são tratados como direitos individuais e que devem ser resguardados, à luz do princípio da isonomia.

Entretanto, mesmo à luz do princípio da isonomia citado acima, que traz a igualdade a todos na medida da desigualdade entre si, isso não é o que a internet faz, i. e., age no sentido contrário à previsão da Carta Magna, tornando-se em potencialidade nociva a tais direitos, já que:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem o seu

consentimento (SILVA, 2011, p. 210).

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet. Branco (2014), a privacidade deve ser interpretada de modo restritivo, já que o excesso hermenêutico pode ser suplantado por princípios, tais como, proporcionalidade e liberdade, quando compara nosso direito com o americano, ressaltando a ideologia americana, fortes liberais por natureza, que cultuam a liberdade e, principalmente, a privacidade, ao passo que, em nosso ordenamento, a privacidade é um direito fundamental, com previsão em cláusula pétrea da Constituição Federal, limitados somente pela sua interpretação sistemática, p. e., direito à informação e liberdade de imprensa.

Alexandre de Moraes, por seu turno, afirma que o direito à privacidade protege alguns interesses sociais, da seguinte forma:

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional (MORAES, 1999, p. 80).

Portanto, a previsão constitucional do direito à privacidade, intimidade e liberdade, são garantias fundamentais inseridas na Carta Magna, e, portanto, perfeitamente cabível também nas legislações infraconstitucionais, como se verá adiante.

Não obstante, ainda há que se mencionar a previsão legal do Direito Fundamental à Saúde, que se encontra elencada no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, positivado juntamente com outros direitos sociais.

No texto constitucional existem diversas passagens ou trechos, em que foram abordados temas pertinentes à saúde, seja através de princípios informadores, seja através de diretrizes e ações para os serviços de saúde.

O artigo 196, CF/88, estabelece de forma direta e precisa, que, a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

No artigo 197, CF/88, há previsão de que as ações e serviços de saúde, são de relevância pública, sendo atribuído ao Poder Público, a disposição sobre a regulamentação, fiscalização e controle.

1.2 LEI ORGÂNICA DA SAÚDE – LEI Nº 8.080, DE 19/09/1980

Estabeleceu, de forma geral, as condições para a promoção, proteção e recuperação da

saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Prevê no artigo 2º a instituição do direito a saúde como direito fundamental do ser humano, cabendo, assim, ao Estado, promover todas as condições necessárias e indispensáveis ao pleno exercício.

No parágrafo 1º, do artigo supra, prevê que é dever do Estado a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, no intuito de reduzir riscos de doenças graves e outros agravos, além do estabelecimento de condições asseguradoras do acesso universal e igualitário às ações e serviços para essa promoção, proteção e recuperação.

Referida lei não faz menção e nem dispõe apenas, sobre as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), e regulamentar a direção e gestão de referido órgão, mas também, traz princípios gerais, cuja observância se torna obrigatória, quando da efetivação do direito à saúde, tais como, os principais, universalidade do acesso aos serviços de saúde e integralidade da assistência.

Existem diversas outras legislações infraconstitucionais que tratam do direito à saúde, mas que não objeto de estudo do presente ensaio, tais como: Lei nº 5.991/73; Lei nº 8.142/90; Lei nº 9.313/96; Lei nº 9.782/99; Lei nº 10.216/01; Lei nº 10.651/03; Lei nº 10.742/03; Lei nº 11.347/06; Lei nº 13.317/99, dentre tantas outras.

1.3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) - LEI Nº 13.709, DE 14/08/2018

Estabeleceu, de forma geral, um regime geral de proteção de dados pessoais, i. e., dispõe que toda pessoa natural tem, assegurada em sua integralidade, ao menos teoricamente falando, a titularidade dos dados pessoais, com a garantia dos direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade.

O fundamento mais importante dessa lei, é a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, consumidores ou não. Na relação de consumo, é relevante a proteção de dados, uma vez que a informação tem valor econômico e significa vantagem extremamente competitiva para empresas que se utilizam de dados pessoais de seus clientes e consumidores da rede mundial (internet), propiciando que suas publicidades e ofertas de produtos e serviços sejam direcionadas ao consumidor em potencial, especialmente, pelos ou nos meios digitais.

Garante proteção do direito à privacidade, que é um direito fundamental constitucionalmente garantido, quando regulamenta o tratamento de dados pessoais, parametrizando e limitando como será realizado o tratamento dos dados dos cidadãos, para que seja assegurada legitimidade a isso. A garantia da existência de possibilidade de interação total do cidadão em relação aos seus dados, seja se opondo, seja interagindo e intervindo ao tratamento de seus dados, seja pelo controlador ou terceiros, caracteriza o princípio da autodeterminação informativa, explícita na LGPD, conforme prenota Santos e Taliba, quando afirma: “garante não apenas a possibilidade de oposição ao tratamento de dados, mas, também, a de interagir e intervir no tratamento de dados pelo controlador e pelos terceiros que obrigatoriamente devem ser indicados” (SANTOS; TALIBA, 2018, p. 235).

Referida lei, assim como todas as outras, deve ser analisada e interpretada nos termos

delineados e garantidos pela Constituição Federal do Brasil de 1988, observando-se, em especial, a dignidade da pessoa humana, a privacidade, o sigilo de dados e proteção do consumidor. Importante frisar que, além de se submeter aos ditames constitucionais, referida lei deve ter um amplo e aberto diálogo com as demais legislações infraconstitucionais, tais como Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet, Lei de Acesso à Informação e Lei do Cadastro Positivo.

Mendes e Doneda (2018, p. 566) afirmam que:

A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso de seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização.

Não obstante, a LGPD trata em seu corpo legal, a respeito do tratamento de dados pessoais, inclusive aqueles inseridos nos meios digitais, seja por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito (público ou privado), cujo objetivo precípua é o de resguardar e proteger direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do desenvolvimento livre da personalidade da pessoa natural.

Frise-se que as normas da LGPD são de interesse nacional, devendo expressamente serem observadas por todos os entes da Federação, como União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que o alcance de referida lei é de todos.

Para Santos e Taliba, “da boa-fé e da segurança decorrem os demais princípios que deverão guiar o comportamento das empresas que coletam e tratam, de qualquer forma, dados pessoais” (SANTOS; TALIBA, 2018, p. 227-228).

A própria lei (LGPD) traz em seu corpo, definição de alguns conceitos, dos quais se elenca abaixo os mais importantes para o presente trabalho:

- **Dado pessoal** - Informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável
- **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
- **Banco de dados** - Conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico
- **Titular** - Pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento
- **Consentimento** - Manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (BRASIL, 2018).

A LGPD prevê o tratamento de dados dos cidadãos, desde que seja compatível com a finalidade que foi informada e autorizada pelo titular desses dados, para que se evite o desvio da

finalidade do tratamento dos dados e o uso excessivo do tratamento destes, entendendo Ventura (2018, p. 60), que “os tratamentos dos dados devem ser adequados, relevantes e limitados à sua necessidade”.

Não obstante isso, na coleta de dados para fins de tratamento, especialmente quando existir relação consumerista, deve ser observado o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor, em conjunto com o artigo 7º do Marco Civil da Internet, com a redação dada pela LGPD, pois, para Blum e Schuch (2019, p. 32-I), “nos procedimentos de tratamento de dados, devem ser respeitados os direitos constitucionais e fundamentais dos titulares dos dados, preservando sua intimidade, vida privada, honra e imagem”.

Os denominados agentes de tratamento, que são os responsáveis pelos tratamentos de dados dos cidadãos, especialmente em relações de consumo, devem adotar medidas de segurança, seja de ordem técnica ou administrativa, para proteger os dados pessoais de acessos que não são ou foram autorizados por seus titulares, bem como, de situações acidentais ou até ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou outra modalidade qualquer de tratamento inadequado ou ilícito, desde a origem (concepção do produto ou serviço) até sua execução final (*privacy by design*).

Para a situação de nosocômios e afins, a LGPD tem grande importância, já que aqueles possuem um grande banco de dados que armazenam informações e dados sigilosos de pacientes, que vão desde os simples e básicos, como nome completo, endereço, telefone e dados do plano de saúde, como os mais complexos, como o acompanhamento do paciente a cada consulta, exames realizados, dados específicos de doenças, dados genéticos, medicamentos que faz uso, etc.

Além desses dados, existe uma preocupação contundente a respeito dos direitos de intimidade, vida privada e liberdade da pessoa natural, bem como de dados chamados sensíveis, como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião pública, dados genéticos ou biométricos, dados que dizem respeito à saúde (prontuários e laudos médicos), dentre outros.

Com a entrada em vigor da LGPD, órgãos e empresas como instituições financeiras, empresas de telefonia, SERASA, nosocômios e clínicas, e outros gestores de bancos cadastrais, devem ou deveriam ter alterado suas condutas e políticas a respeito, para o tratamento e utilização dos dados possuídos.

A lei prevê a aplicação de multas de valores elevadíssimos para quem a infringir, com caráter absolutamente sancionatório, para quem não se adaptou ou providenciou as adequações necessárias.

2 OS DADOS E SUA PROTEÇÃO

As informações pessoais e a comunicação foram facilitadas pelos meios digitais, sendo que estes, tornaram o intercâmbio daqueles muito facilitado, i.e., a evolução e avanço tecnológicos permitiram esse permeio de troca de informações, porém, aumentaram, de forma exponencial, o risco potencial da utilização dessas informações, mas de forma abusiva, a ponto de acentuar a

vulnerabilidade do direito à privacidade.

Dados pessoais são as informações que identificam uma determinada pessoa da qual se menciona a respeito, em especial, no mundo virtual.

Todavia, a ideia central e correta que se estima da interpretação e aplicação da LGPD, é para que o ordenamento jurídico propicie ou oferte “instrumentos que assegurem a fruição das novas vantagens proporcionadas pela tecnologia possa ocorrer de forma proporcional à manutenção das expectativas de privacidade”, como preleciona Doneda (2009, p. 87).

Desses dados pessoais, que necessitam de proteção, quase que especial, existe um produto que, hodiernamente, é muito valioso na sociedade e mercado: a informação, que serve como instrumento de poder e controle, já que, a partir dela (da informação), é plenamente possível traçar perfil comportamental, seja econômico, familiar, político, profissional e de consumo, além de propiciar e fundamentar a tomada de decisões econômicas, sociais e políticas (BLUM; SCHUCH, 2019, p. 32-I).

A proteção de dados, como não podia ser diferente, possui como respaldo basilar, como fundamentos, princípios já consagrados no ordenamento jurídico pátrio, tais como: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Hodiernamente, o armazenamento, documentação, uso de informações e de dados pessoais, se constitui condição *sine qua non* para a formação de nossa sociedade moderna (SCHAAR, 2007, p. 18).

Até o desenvolvimento da informática como vemos hoje, a proteção jurídica do direito à privacidade era suficiente. Entretanto, hoje, ou desde o advento e desenvolvimento da informática, verifica-se um número gigantesco e ilimitado de informações e dados que são armazenados, de todas as naturezas, e que circulam entre Estados, particulares e empresas privadas, na maioria das vezes, sem o mínimo tipo ou nível de controle necessário ou possível (RAMIRO, 2006, p. 253).

No Brasil, com lastro no artigo 7º, inciso IX, do MCI, o sistema adotado é o *opt-in*, onde o usuário da rede mundial deverá consentir, de forma expressa e inequívoca, em relação ao tratamento de seus dados. Por outro lado, o sistema *opt-out*, que não foi adotado em nosso sistema, prevê que o usuário da rede deve se manifestar expressamente o seu interesse em se retirar, em sair, já que a concordância é automática.

Portanto, os dados pessoais e informações, apesar de previsão legal existente, ainda não estão protegidos com a devida segurança necessária, expondo tais dados e informações dos usuários da rede, de forma praticamente aberta, para que terceiros mal-intencionados possam usar de forma maléfica os dados e informações.

Não obstante, a própria forma com que os dados dos pacientes são lançados no sistema de banco de dados dos nosocômios pelos próprios profissionais que cuidam desses pacientes, precisa

ser revista, pois, depois de um período de trabalho sob pressão, com alto índice de stress, pode levar estes a cometerem equívocos ou não se atentarem à segurança dos dados e informações de forma devida.

Com isso, a exposição dos dados dos pacientes de hospitais e nosocômios, de forma aberta e clara, e ainda, com a facilitação tanto dos sistemas oferecidos pelos órgãos, quanto pela própria estrutura de segurança de dados envolvida, se torna muito facilmente manipulável e simples de se “obter” todos os dados dos pacientes, para utilização em fins ilícitos ou obscuros, tanto por criminosos particulares quanto de grandes corporações.

Frise-se que tudo isso fere mortalmente a dignidade da pessoa humana, que é uma garantia prevista na Carta Magna, e que, infelizmente, não tem sido colocada em prática.

CONCLUSÃO

Com o avanço e evolução da tecnologia e meios comunicacionais, e, por conseguinte, uma nova concepção de sociedade, denominada de sociedade da informação, a qual transformou o mundo e suas condutas respectivas, permitiu o surgimento de duas categorias de direitos: direito ao acesso à informação e o direito à proteção dos dados pessoais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova hermenêutica, relacionada à dignidade da pessoa humana, trazendo para o rol de direitos fundamentais, o direito à saúde, cuja aplicabilidade e eficácia são imediatas, bem como, exigíveis judicialmente, como forma de direitos sociais.

Para que estes direitos sociais se concretizem, mister é que se faça, por parte dos governos e autoridades, políticas públicas exequíveis, tangíveis, visando assegurar, mesmo que minimamente, o bem-estar social e a garantia da dignidade da pessoa humana. A saúde deve ser tratada como direito do cidadão e sua garantia é estabelecida como dever do Estado.

Mesclando-se e unindo-se a evolução tecnológica e os avanços da ciência, busca-se a proteção da privacidade e dados pessoais em contrapartida à documentação e prontuários médicos de forma digital, juntos dos hospitais e nosocômios. Esses dados dos pacientes são alimentados pelos próprios profissionais que cuidam desde mesmo paciente durante o dia todo, sob elevado nível de stress e pressão do dia a dia de trabalho, permitindo, assim, de forma mais fácil, o cometimento de equívocos ou o descuido necessário no que tange à segurança do lançamento das informações e dados.

O direito à informação, no que tange ao direito à saúde, é um direito que se torna legítimo a partir do momento em que referida informação é mediada pelo profissional da saúde, fazendo com que, o paciente se apodere dessa informação, gerando-se conhecimento, e, portanto, permite e possibilita que esse cidadão, esse paciente, exercite sua cidadania.

A privacidade, juntamente com a intimidade e a liberdade, por se tratar de direitos fundamentais e de extrema importância, perante os avanços e evoluções tecnológicas, não podem ser ignorados ou tratados com menor importância (desprezados), onde se deve sempre e cada vez

mais, buscar mecanismos e instrumentos legais pertinentes e passíveis de coibir transgressões capazes de afetar a vida em sociedade.

Nos termos da LGPD em vigor, o paciente tem o direito à informação de forma clara, objetiva e compreensível a respeito de seu estado de saúde. Essa informação se torna um ponto chave para que o denominado cuidado integral seja promovido, através de ações de saúde humanizadas, e voltadas, de forma objetiva, para o estabelecimento de comunicação entre paciente e profissionais da saúde, de forma clara.

O exercício desse direito à informação, na área de saúde, é condição mínima para que a vulnerabilidade do paciente diminua, porém, de outro lado, que cresça o empoderamento desse mesmo paciente, fazendo com que este exerça plenamente o seu direito de escolher dentre as diversas opções, caso existentes, para a sua própria saúde.

Entretanto, no que tange aos documentos e prontuários médicos, a interligação entre os dois institutos, de privacidade e proteção de dados com o direito à informação, é muito oposta entre si. Ao mesmo tempo que se evolui para a questão do acesso à informação, há uma conturbada exposição de dados, de forma indevida, onde criminosos ou mal-intencionados se utilizam desses dados para fraudes e cometimento de delitos diversos.

São temas de grande relevância e de difícil solução no direito brasileiro, pois, as novas tecnologias desenvolvidas na área da saúde e a preocupação com os dados, pelos pacientes, titulares de direito geral de liberdade, torna-os responsáveis pela tomada de decisões sobre a própria vida, exigindo, desta forma, atenção especial dos profissionais da saúde (médicos, biólogos, dentistas, técnicos de enfermagem e outros), e de outras áreas afins, bem como dos juristas, legisladores e aplicadores do direito.

A LGPD, em seu contexto inicial, prevê que a digitalização e guarda de prontuários e documentos médicos deve ser promovida pelas empresas responsáveis, no caso, hospitais e nosocômios, já que há previsão de cobrança de valores altíssimos de multa para empresas públicas ou privadas, que não se adaptarem às novas regras ou que as descumprirem, demonstrando assim, o caráter punitivo, sancionatório da lei, que tem o intuito de inibir qualquer violação de dados.

Por fim, o Direito tem o papel fundamental de regrar as condutas, e, para o caso de privacidade e sigilo dos dados dos documentos e prontuários médicos, o que se propõe é que sejam estabelecidas políticas públicas educacionais para que a população tenha a plena noção e conhecimento do direito à informação, bem como, que se promova treinamento dos profissionais da saúde, que alimentam especificamente o banco de dados dos hospitais e nosocômios, com as informações dos pacientes, para que se atentem à importância e necessidade da segurança na inserção de tais dados, bem como, que tais instituições (nosocômios e hospitais), promovam a segurança necessária de seus bancos de dados, para evitar que o caráter e efeito sancionatório da lei seja aplicado, com a incidência de multas em valores estratosféricos, pela exposição indevida de dados de pacientes, resguardando-se, assim, a privacidade e os dados.

REFERÊNCIAS

- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: o marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). **Direito & internet III: marco civil da internet (Lei 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. Tomo 1.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BLUM, Renato Opice; SCHUCH, Samara. Compartilhamento e comercialização de dados pessoais em ambiente on-line. *In*: EQUIPE RT. **Contraponto jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-32.1.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. 1.
- CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. 2 ed. Reino Unido: Wiley-Blackwell, 2010.
- DONEDA, Danilo. Considerações sobre a tutela da privacidade e a proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro. *In*: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coord.). **Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 566, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMIRO, Mônica Arenas. **El derecho fundamental a la protección de datos personales em Europa**. Valencia: Tirant la Blanch, 2006.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 225-239, dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações e torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em: 20 mar. 2021.

SCHAAR, Peter. **Das ende der privatsphäre: der weg in die überwachungsgesellschaft**. München: C. Bertelsmann, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, MG, v. 13, n. 26, p. 263-288, out. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/814/507>. Acesso em: 20 mar. 2021.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. Considerações sobre a nova lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista Síntese Direito Administrativo**, Porto Alegre, v. 13, n. 155, p. 60, nov. 2018.

VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. A integralidade no trabalho da equipe saúde da família. **Escola Anna Nery: Revista de Enfermagem**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 133-141, 2013.

Como citar: RIVAROLLI, Marcelo Assis; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Privacidade e proteção de dados em nosocômios e clínicas perante a LGPD. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 112-128, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p112. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 23/06/2021

Aprovado em: 23/11/2022

WHISTLEBLOWING: UM DESAFIO PARA O DIREITO BRASILEIRO**WHISTLEBLOWING: A CHALLENGE FOR BRAZILIAN LAW**

Simone Menezes Gantois*
Leonardo da Silva Sant'anna**

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. *Whistleblowing*: um desafio para o direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 129-148, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p129. ISSN: 2178-8189.

*Mestranda em Direito Empresarial (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ/RJ).
E-mail: simonediasmenezes@uol.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0057-3752>

**Doutor em Saúde Pública (Fundação Oswaldo Cruz, FIOCRUZ/RJ)
E-mail: lsantanna44@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5192-2844>

Resumo: O objetivo desse artigo foi fazer uma análise do *whistleblowing* e do *whistleblower*, seu regramento no Brasil e no direito comparado. Para tanto, buscou-se estabelecer a definição de conceitos estruturantes sobre o tema, compreender a importância do seu papel na investigação, apuração e condenação dos culpados por delitos relacionados à corrupção e com isso demonstrar a necessidade da normatização de medidas protetivas com vistas a neutralizar as vulnerabilidades as quais está exposto. Utilizou-se o método de pesquisa indutivo através da análise de documentos legais e artigos científicos escritos por brasileiros e estrangeiros. Ao final, após a análise da situação brasileira sobre o tema, foi sugerido o desenvolvimento de Programas de Integridade como paliativo e conclui-se que o *whistleblower*, com as garantias que um sistema protetivo legal deve lhe assegurar deve ser visto como um investimento institucional, porque, do ponto de vista econômico, o custo dessas garantias é menor do que o custo de não o fazê-lo.

Palavras-chave: Corrupção. Denunciante. Proteção do denunciante. Anticorrupção. Anticorrupção empresarial.

Abstract: The objective of this article was to analyze whistleblowing and whistleblower, their rules in Brazil and in comparative law. Therefore, we sought to establish the definition of structural concepts on the subject, understand the importance of its role in the investigation and conviction of those guilty of crimes related to corruption and thus demonstrate the need to standardize protective measures in order to neutralize the

vulnerabilities who is exposed. The inductive method was used through the analysis of legal documents and scientific articles written by Brazilians and foreigners. In the end, after analyzing the Brazilian situation on the subject, the development of Integrity Programs was suggested as a palliative and it was concluded that the whistleblower, with the guarantees that a legal protective system must ensure, must be seen as an institutional investment, because, from an economic point of view, the cost of these guarantees is less than the cost of not doing so.

Keywords: Corruption. Whistleblowing. Whistleblower protection. Anticorruption. Business anticorruption.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um problema endêmico e estrutural do Brasil e dos países econômica e politicamente mais vulneráveis do globo.

Segundo o Índice de Percepção da Corrupção elaborado pela Transparência Internacional¹, — Organização Não-governamental que atua global e localmente na defesa de políticas anticorrupção por meio de engajamento da sociedade civil, pesquisa e investigação — elaborado em 2020 que ranqueia a percepção da corrupção em mais de 180 países, o Brasil ocupa a 94ª posição.

Nas cinco primeiras posições encontram-se Nova Zelândia encabeçando a lista, seguida por Dinamarca, Finlândia, Suíça e Singapura. Nas últimas posições desse índice estão, Somália, Sudão do Sul, Síria, Yemen e Venezuela.

Esses dados confirmam a primeira frase dessa introdução, isto é, que a corrupção tem relação direta com o desenvolvimento ou não da economia, bem como com uma estrutura político-jurídica estável e segura para os seus compatriotas. Ela acontece nas entranhas das estruturas o Poder, “por debaixo dos panos” e nessa característica reside a dificuldade de conhecer, investigar e punir esses atos. A partir dessa constatação empírica e da curiosidade sobre o tema, aguçada pelos estudos da disciplina Anticorrupção, liderada pelo Professor Mauricio Moreira Mendonça de Menezes entusiasta e pesquisador do tema, cursada durante o Mestrado na linha de pesquisa de Empresas e Atividades Econômicas do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ), surgiu a ideia de escrever o presente artigo.

A escolha da delimitação do tema sob o instituto do *Whistleblowing* (denúncia) se deu justamente, como será visto ao longo deste ensaio, por conta da sua importância para a apuração de atos de corrupção que se desencadeiam partir de denúncias feitas por esses sujeitos, mas que, no Brasil, carecem de tratamento normativo adequado a protegê-los das vulnerabilidades a quais ficam expostos a partir do momento que resolvem enfrentar o sistema corrompido.

Para esta análise dividiu-se este ensaio em cinco seções, além da presente da primeira que corresponde a presente introdução. Na segunda seção foi exposto o problema da corrupção no Brasil, seus conceitos introdutórios e demonstrada a importância do papel do *whistleblowing*, isto é, da denúncia do ato de corrupção.

Em seguida, na terceira seção, explica-se e aprofunda-se o estudo sobre a figura do *whistleblowing*, diferenciando-o de figuras jurídicas assemelhadas como testemunha e informante, assim como expondo as suas vulnerabilidades e a necessidade de um sistema protetivo, também foram indicadas medidas protetivas que usualmente são adotadas em países cujos sistemas normativos protegem o *whistleblower*.

Na quarta seção foi analisada o *whistleblowing* em outros países, mais precisamente nos Estados Unidos da América, em Portugal e na Noruega.

Na quinta seção voltam-se os olhares para o Brasil e para a dificuldade de lidar com

¹ É possível ter acesso a posição de cada um dos 180 países indexados no site institucional da ONG. Ver: Corruption Perceptions Index (c2023).

a questão por ausência de previsão normativa dirigida a proteção do *whistleblower*, onde, por medida paliativa, sugere-se a implementação de Programas de Integridade.

Por fim, na sexta e conclusiva seção, após a análise da situação brasileira sobre o tema, foi elaborada uma breve síntese conclusiva defendendo a adoção de um programa de integridade (*compliance*).

O método utilizado foi o indutivo e a metodologia empregada mediante a pesquisa documental, por meio da análise de documentos legais e artigos científicos escritos por brasileiros e estrangeiros (SEVERINO, 2007, p. 122), além de análise de algumas decisões da *European Court of Human Rights*².

1 A CORRUPÇÃO NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DO *WHISTLEBLOWING*

Como citado na introdução, o Brasil está do meio para baixo no ranking segundo o Índice de Percepção da Corrupção elaborado pela Transparência Internacional, de modo que o estudo do fenômeno da corrupção, os institutos que lhe são correlatos, seus desdobramentos, bem como o desenvolvimento de pesquisas visando sua diminuição ou neutralização são úteis, se justificam e justificam o interesse no desenvolvimento do tema objeto desse artigo.

A corrupção é uma anomalia sistêmica que se retroalimenta na pobreza, na instabilidade político-institucional e em baixos índices de desenvolvimento humano e cultural.

Mas o que é corrupção afinal. Essa expressão é carregada de sentidos, tem sua origem etimológica, derivada do latim *corruptio*³, que significa destruição, decadência moral ou apodrecimento, justamente porque corresponde a degradação da sociedade em suas entranhas. Do ponto de vista prático é conduta ilícita baseada em uma incapacidade moral por parte dos agentes (públicos e privados) de agir em conformidade com a lei, assumindo e cumprindo compromissos voltados ao bem comum.

Muito da corrupção que se observa ao longo da história do Brasil é fruto do que Sérgio Lazzarini (2018, p. 4) cunhou chamar Capitalismo de Laços:

Esse emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos é o que denomino *capitalismo de laço*. Trata-se de um modelo assentado no uso de *relações* para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública.

A corrupção brasileira tem nítida relação com essa espécie de capitalismo, onde se reconhece as relações espúrias entre o interesse público e o interesse particular e os prejuízos econômicos que dele decorre, não à toa que os economistas o reconhecem como uma distorção do

2 Ver: European Court of Human Rights ([201-?]).

3 Ver: Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (c2023).

mercado. Não faltam exemplos por aqui de escândalos que comprovam essa afirmação: Lava-Jato (2014), Mensalão (2005), Máfia dos Fiscais na Câmara de Vereadores de SP (1998), Sanguessuga (2006), Sudam (1988), Anões do Orçamento (1989), TRT de São Paulo (1992) etc.

O que se observa em comum em muito desses escândalos é a presença de uma pessoa determinada que constatando a ocorrência de ilícito, ou risco de sua prática, divulga às autoridades. Trata-se da figura do *whistleblowing*, que em tradução livre significa “soprando o apito”, mas corresponde no contexto da língua inglesa, a denúncia e o denunciante (*whistleblower*), ou seja, aquele que constando a prática de ato ilícito, efetiva ou potencial, a noticia a quem de direito, para fins de apuração administrativa ou judicial (MENEZES, 2017, p. 237).

O denunciante é peça importante na investigação, apuração e condenação dos culpados por delitos relacionados à corrupção, daí a importância de sua análise mais detida. Esse é objetivo desse artigo, trazer uma análise dessa figura, seu regramento no Brasil e no direito comparado. Para tanto pretende-se definir o *whistleblowing*, sua compreensão a importância, os institutos com os quais se correlaciona e tipificá-los. Compreender suas vulnerabilidades e necessidades, entre elas de medidas que o protejam. Em seguida far-se-á uma análise do *whistleblowing* no direito comparado, para então seguir com o estudo em relação a essa figura no direito brasileiro.

2 WHISTLEBLOWING: A DENÚNCIA

A descoberta, a investigação e apuração dos crimes de corrupção é um assunto que desafia as autoridades do mundo todo, isso porque essa prática é caracterizada pela obscuridade e clandestinidade de seus atos, além do envolvimento de agentes públicos, que se utilizam da estrutura de poder para a prática dos crimes e a manutenção da impunidade.

Como bem aponta Susan Rose-Ackerman (2010, p. 47-48), a corrupção ocorre onde a riqueza privada e o Poder Público se sobrepõem e corresponde a uma escolha individual da pessoa racional, que calcula o custo-benefício da sua prática. Isso implica em dizer que diante desse conteúdo volitivo dos agentes envolvidos poucas são as chances deles se autodenunciarem e é aí que entra a importância do instituto *whistleblowing* e da figura do *whistleblower*., ou seja, a denúncia — no sentido de divulgação e não da peça processual penal — e o denunciante.

Segundo Peter B. Jubb (1999, p. 78-79) da Universidade Nacional da Austrália, *whistleblower* é a pessoa que, detendo posição privilegiada de acesso a dados e informações de uma organização, sem ter obrigação legal, voluntariamente relata, a uma competente autoridade pública, um ato de interesse público, sobre fatos que entende ilegais, não triviais, ou outras irregularidades sob controle de uma organização e que podem configurar atos de corrupção, fraudes, ou violação de um sistema normativo ou regulatório.

O conceito acima não considera a corrupção no setor privado, onde não há participação de qualquer agente público, no entanto dentro do G-20⁴ já se reconhece a necessidade de um aperfeiçoamento das legislações que tratam do tema, para contemplá-lo. Essa necessidade decorre

4 Ver: G20 Anti-Corruption Working Group (2010, p. 27).

do fato de que dentro do setor privado os atos são praticados pela veiculação de informações que dificilmente as autoridades fiscalizatórias tomariam conhecimento, sem a figura do *whistleblower* como p. ex., venda de produtos com qualificações inapropriadas, com utilização de insumos perigosos aos consumidores etc. (ROCHA, 2018, p. 26).

Seja no setor público, seja no setor privado o *whistleblower* é vulnerável, haja vista que o sistema de corrupção instalado tenta literalmente engoli-lo, tragá-lo com o objetivo da impunidade.

A experiência da denúncia tem o nítido conflito entre as forças de poder, valores e princípios implícitos. Existe uma poderosa força da cultura organizacional que influencia o denunciante e pode afetar a sua tomada de decisão, é o que se pode chamar de hierarquias ocultas. E não é só isso, as denúncias dentro de um contexto geral podem ter conotação negativa, pela cultura do “dedo-duro”.

Além disso, na prática a denúncia pode inserir o *wistleblower* em uma tensão espiral dialética pela busca da “verdade”, porque na realidade há um desequilíbrio entre a autopreservação e o autossacrifício.

É justamente por essa ameaça selada do “sistema” que a grande maioria das pessoas em posição de se tornar *whistleblower* se cala, sendo, pois, fundamental criar mecanismo para fazer com que o apito seja tocado.

Os sistemas legais que tutelam e protegem o *whistleblower*, chamados de programas de proteção ao denunciante, comumente exigem como condicionante para adesão aos programas: que o fato denunciado seja relevante e que a violação seja importante, mas não é só, tem que fazer sentido, no que se refere ao interesse público — pelo menos superficialmente—, isto é, deve estar alicerçado em bases razoáveis.

Há sistemas que exigem boa-fé, o que não é recomendado pelo Conselho Europeu, e que a denúncia seja feita a autoridade competente⁵. Por autoridade competente deve-se entender autoridade com garantias para o livre exercício de poderes para apuração dos fatos noticiados pelo *whistleblower* e a sua proteção.

Como dito anteriormente, o *whistleblower* é peça importante na investigação, apuração e condenação dos culpados por delitos relacionados à corrupção, isso porque através dele são obtidas informações de dentro para fora do ambiente onde o delito é praticado, facilitando a apuração dos fatos e, conseqüentemente, a condenação dos culpados. Mas não é só, o papel do denunciante vai muito além disso, pois auxilia na recuperação de eventuais valores desviados e, também, por representar uma mudança de paradigma institucional, se a(s) instituição(ões) envolvidas reconhecerem a necessidade de se reorganizar e aproveitar o momento e a situação para fazê-lo. Não se pode descurar que um bom programa de proteção incentiva a prática e contribui para a melhora do índice de confiança no País, atraindo mais investimentos.

⁵ A questão que se apresenta com a exigência da comunicação à autoridade competente é que nem sempre o denunciante conhece adequadamente a estrutura e isso poderia, injustamente, retirar dele o direito de ser acolhido pelo sistema de proteção do *whistleblower*.

2.1. WHISTLEBLOWER, INFORMANTE E TESTEMUNHA

Quando se fala em *whistleblower* é comum confundi-lo com as figuras do informante e da testemunha, no entanto, embora se assemelhem não se tratam de figuras idênticas.

O informante é aquele que em geral encontra-se inserido em um contexto de violações a lei. Busca corroborar com a investigação com o fim de obter alguma forma de benefício, que pode ser a redução de sua própria punição. No Brasil, corresponde a colaboração premiada.

A testemunha é aquela pessoa que coopera para o esclarecimento dos fatos e que na maioria dos casos, não foi o responsável a dar conhecimento deles aos investigadores.

E, por fim, o *whistleblower* que não é responsável pelos fatos irregulares, não busca com a sua conduta qualquer benefício, sem que haja necessidade de altruísmo. Tecnicamente se assemelha a testemunha, mas recomenda-se que ele não seja chamado a testemunhar. É possível que eles possam ser premiados, mas discutiremos sobre esses programas mais adiante.

Nesse sentido, Marco Antonio Rocha (2018, p. 17-19), que com muita propriedade, faz a diferenciação entre esses três institutos.

A obra coletiva denominada *Whistleblowing, Communication and Consequences: Lessons from The Norwegian National Lottery*, Brian K. Richardson (2021, p. 154-155), em seu artigo *Hero or "Prince of Drakness"? Locating Peer Jacob Svenkerud in Attribution-Based Typologies Whistleblowers* que corresponde ao capítulo 11 apresenta uma teoria de que existem quatro tipos de *whistleblowers*, que em tradução livre, correspondem ao confessor, o santo, o amor rejeitado e o oportunista.

O amor rejeitado é aquele culpado por ter praticado o ilícito e munido de sentimento de puro egoísmo, motiva-se em denunciar baseado apenas em questões egoístas, vingativas ou até mesmo visando ganhos financeiros. O oportunista é um observador inocente, mas move-se por sentimentos puramente egoísticos, comumente tem interesse por trás da denúncia que pode ou não ser financeiro. Já o confessor é culpado, mas move-se pelo sentimento de culpa que o remói e, por razões altruístas, como o seu próprio arrependimento pessoal, denuncia por uma crise de consciência.

O santo, é indicado na teoria como o tipo de *whistleblower* ideal porquanto trata-se de um observador inocente — que não pratica ou colabora com a corrupção — e denuncia por razões puramente altruístas.

A ideia da teoria desenvolvida por ele, que merece ser destacada, tem relação com as consequências e vulnerabilidades a que se sujeita o denunciante, bem como a forma como as autoridades e o próprio denunciante lidarão com as reações que o “sistema” terá contra ele. É comum atitudes reativas à denúncia dirigidas a tentar minar a credibilidade e a legitimidade do *whistleblower* e, por isso, quanto mais distante do delito ele estiver, melhor para credibilidade e sucesso de todo o processo. Vale mencionar que o autor defende que o programa o proteja, e mais, que os *stakeholders* lhe deem suporte, porquanto isso é fundamental para um resultado satisfatório.

2.2 AS VULNERABILIDADES E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA PROTETIVO AO *WHISTLEBLOWING*

Ao soar o apito o *whistleblower* tornar-se alvo de retaliações dos mais variados tipos, porque o sistema tenta engoli-lo. Não há como incentivar as denúncias sem reconhecer quais são as principais vulnerabilidades, porque só esse diagnóstico é capaz de reconhecer a necessidade de criação de um sistema protetivo e que ele seja eficaz.

Entre as principais vulnerabilidades a que o denunciante está exposto podemos destacar a revelação da sua identidade, que facilitará que o sistema reaja contra ele; a maior potencialidade de perda do que de ganho com a denúncia; o julgamento social, as ameaças, coerção. Violência física, exposição de risco à sua vida ou de seus familiares. Risco de dano a seus bens. Retaliação moral a sua legitimidade e credibilidade. Questionamento sobre a saúde mental do denunciante. Retaliação em seu ambiente de trabalho, como retirada de credenciais, esvaziamento de suas atribuições, inserção em “lista discriminatória”, abertura de investigação retaliatória, atribuição de tarefas inexecutáveis. Suspensão, rebaixamento e demissão. Denúncias criminais por difamação, ajuizamento de ações por reparação civil.

Essas reações variam em maior ou menor medida de acordo com a estabilidade ou instabilidade jurídico-institucional e, também, em razão da existência ou não de regulamentação normativa sobre tema institucionalizando um sistema protetivo ao *whistleblower*, bem como uma mudança de mentalidade institucional a esse respeito.

2.3 MEDIDAS PROTETIVAS AO DENUNCIANTE

O *whistleblower* conhece a realidade do meio onde está inserido e costuma conviver com o medo de soprar o apito, pelas inúmeras razões anteriormente expostas.

Sem um sistema protetivo as chances de alguém ter coragem que quebrar os paradigmas do sistema diminuem muito.

Quando se fala em sistema de proteção o que se pensa instantaneamente é a atuação protetiva do Estado, mas é preciso deixar claro, que nesse caso o sistema e a rede de proteção, para efetividade, deve ser a mais ampla possível. Um sistema protetivo passa necessariamente por uma mudança institucional no cuidado com as situações de denúncia, partindo do pressuposto de que as relações de poder são assimétricas em relação ao denunciante. Criar mecanismos que engajem as partes interessadas no processo facilitando a apuração é fundamental. Desconstruir a da ideia de “cegueira ética”, decorrente dos medos que assustam o *whistleblower*, premiar e dar incentivos ao denunciante também se inserem na rede de proteção. É imperioso zelar pelo denunciante protegendo-o de eventuais ações retaliatórias sejam elas discriminatórias, sejam elas disciplinares.

As medidas protetivas dirigidas ao denunciante que costumam ser encontradas em sistemas de proteção institucionalizados são:

- (i) Ele deve ter certeza da cobertura pelo programa de proteção, tanto no que se refere ao objeto da cobertura, quanto com relação quais sujeitos são contemplados;

- (ii) Deve ser garantido ao denunciante que o seu relato não produza punições contra ele mesmo, por conta das relações injustas e desproporcionais do sistema;
- (iii) Proteção contra a retaliação criminal (responder pelo crime de difamação) e social e retaliação trabalhista;
- (iv) Garantia da confidencialidade⁶ de sua identidade. A proteção de sua identidade é aconselhada por quase a totalidade dos estudos sobre o tema e tem previsão na Convenção das Nações Unidas
- (v) Punição aos agentes que retaliarem o denunciante;
- (vi) Criação de estruturas para receber as denúncias e,
- (vii) Gratificação em dinheiro ao denunciante.

O Brasil não possui um sistema de proteção ao *whistleblower*, por essa razão antes de contextualizarmos ao cenário brasileiro, faz-se necessário a análise desse tema no Direito comparado. É o que será feito a seguir.

3 WHISTLEBLOWING NO DIREITO COMPARADO

Antes de adentrar a regulamentação própria de alguns Estados soberanos merece menção algumas regulamentações internacionais sobre o tema, quais sejam:

- (i) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC);
- (ii) Organização dos Estados Americanos – Convenção OEA;
- (iii) Convenção do Conselho Europeu;
Civil Law Convention on Corruption (1999)
- (iv) Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) que o Brasil não integra, e
- (v) G-20 – Plano de Ação Anti-corrupção e Proteção ao *WhistleBlower*⁷, que contém um compêndio com as seis melhores práticas e princípios de proteção ao *Whistleblower*.

⁶ Atente-se que confidencialidade não é anonimato. Confidencialidade é não publicizar, exceto com o consentimento do denunciante. A identidade deve ser preservada mesmo que o relato do *whistleblower* não conduza a punição, só se exige que esteja calcada em bases razoáveis.

⁷ Ver: G20 Anti-Corruption Working Group (2010, p. 27).

Como já visto, esse plano elaborado pelo G-20 também aponta a necessidade de aperfeiçoamento das legislações para contemplar também o setor privado, que podem ocorrer sem a participação de qualquer agente público. p. ex. violação a competição, cartelização, venda de produtos inapropriados, uso de insumos perigosos (os programas de *compliance* não conseguem atingir).

A grande maioria dessas normas acima citada têm conteúdo intencional e não concreto a ser assumido pelas partes envolvidas na aprovação.

3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América a primeira regulação dirigida a de alguma forma proteger um denunciante foi o *Civil Service Reform Act* (1978). Concretamente ele protegia funcionários federais sem ter regra contra eventual retaliação, mas atribuía à agência *Merit System Protection Board* a atribuição para conhecer ofensas contra os *whistleblowers*.

Em 1989, veio a *Whistleblower Protection Act*⁸ que proibiu a retaliação ao *whistleblower* aperfeiçoando o sistema protetivo norte-americano.

O *Whistleblower Protection Enhancement Act*⁹ (2012) fortaleceu as proteções para os funcionários que divulgam informações e evidências de desperdício, fraude ou abuso.

Além disso, há nos Estados Unidos da América a *False Claim Act* (1863), *Securities Exchange Act* (1934), emendada pelo *Dodd Frank Act* (2010).

A *False Claim Act* foi promulgada inicialmente como resposta à fraude durante a Guerra Civil Americana (BANISAR, 2011, p. 20), ao longo do tempo ela foi alterada inúmeras vezes e atualmente prevê que os responsáveis pelas fraudes sejam condenados triplamente pelos danos e mais multa vinculada a inflação. A *False Claim Act* permite, ainda, que os particulares ajuízem demanda em nome do governo contra aqueles que o fraudaram, são as denominadas *Qui Tam Action*, que lembram uma Ação Popular, cidadãos privados que intentam ações judiciais e que obtendo sucesso podem receber uma parte da recuperação de valores pelo governo, que pode chegar a 30% do valor recuperado.

O sistema da *False Claim Act* conjugada a possibilidade de ajuizamento *Qui Tam Action* pelo próprio cidadão, e que premia o resultado do processo, tem se mostrado eficiente na tarefa de coibir ou remediar atos fraudulentos e gera um efeito interessante no seio social de que as pessoas que promovem ação, são dotadas de uma coragem e que isso constitui um valor para a nação estadunidense e para a sociedade.

O resultado disso é que o Departamento de Justiça norte-americano¹⁰ obteve mais de US\$ 2,2 bilhões em acordos e julgamentos de processos civis envolvendo fraude e falsas alegações contra o governo no ano fiscal encerrado em 30 de setembro de 2020, no entanto é preciso destacar um possível efeito colateral negativo dessa estrutura legal em prol da denuncia, que é o surgimento

8 Ver: United States (1989).

9 Ver: United States (2012).

10 Ver: United States (2022).

de verdadeiros “caçadores de recompensas”(bounty-hunters) que dariam início a procedimentos infundados (FERREIRA, 2018, p. 64-65).

3.2 PORTUGAL

Portugal carece de um sistema protetivo eficiente ao *whistleblower*, por isso colacionam-se duas decisões proferidas pelo *European Court of Human Rights* (Tribunal Europeu de Direitos Humanos- TEDH). Em uma delas Portugal foi condenado e noutra não. Passa-se então a análise das circunstâncias e particularidades de cada caso.

3.2.1 CASO 1: BARGÃO E DOMINGOS CORREIA X PORTUGAL (2012)

Esse caso destacado por João António Alencastre de Matos Ramos (2018, p. 43-45) configurou uma hipótese de retaliação por difamação.¹¹

José Maria Bargão e Jacinto Domingos Correia denunciaram através do envio de carta dirigida ao Ministério da Saúde um auxiliar de apoio vigilância do Centro de Saúde de Salvaterra do Extremo que não cumpria os horários e recebia integralmente sua remuneração.

A investigação concluiu contrariamente a denúncia. Em retaliação o auxiliar apresentou queixa-crime por difamação contra os denunciantes, que foram condenados.

Por conta da condenação e o conteúdo da denúncia formulada ao Ministério da Saúde, foram ao TEDH questionando seu direito à liberdade de expressão sob o qual se alicerçava o ato da denúncia. O Estado português foi condenado, por aquele Tribunal entender que a denúncia formulada tinha base factual, ainda que as circunstâncias do caso concreto não tenham levado a punição do auxiliar de apoio e que a condenação dos denunciantes pelo crime de difamação agravada foi julgada como uma interferência não necessária numa sociedade democrática.

3.2.2. CASO 2: SOARES X PORTUGAL (2016)

Nesse outro caso igualmente colacionado por João António Alencastre de Matos Ramos (2018, p. 45-47) também configurou uma hipótese de retaliação por difamação, mas nesse caso tratou-se de retaliação a um subordinado.¹²

Antonio Mota Soares era militar (cabo chefe no Posto Territorial de Góis), soube ao ouvir a conversa de outros colegas que seu Comandante do Posto Territorial teria utilizado dinheiro público distribuído com a finalidade de organizar jantar coletivo de Natal entre os militares do posto em proveito próprio pagando jantar para si e sua família. Ao tomar conhecimento desse fato, enviou *email*, que foi encaminhado a Inspeção-Geral da Administração Interna, que foi reencaminhado para o Ministério Público (MP) e, também, ao Comando Geral da GNR. Por conta dessa denúncia o comandante respondeu a inquérito administrativo perante o Comando Geral da

11 Ver: European Court of Human Rights (2012).

12 Ver: European Court of Human Rights (2016).

GNR e ao MP que vieram a ser encerrados, sem punições, por insuficiência de provas. No inquérito interno perante o Comando Geral da GNR o Comandante tomou conhecimento do conteúdo do *email* e sua autoria.

Em retaliação proveu queixa-crime por difamação e ação indenizatória por danos contra o denunciante que foi condenado em ambas. Soares também respondeu a um processo disciplinar onde foi punido com suspensão de serviço por seis dias.

Em reação a sua condenação o denunciante foi ao TEDH questionando seu direito à liberdade de expressão sob o qual se alicerçava o ato da denúncia, mas nesse caso o Estado português não foi condenado, porque não havia base razoável, faltavam evidências mínimas e porque violou a ordem hierárquica no envio da denúncia¹³.

3.3. NORUEGA: O CASO DA *NORSK TIPPING THE NORWEGIAN NATIONAL LOTTERY*

Esse caso é interessante pela particularidade de ter acontecido em um dos países mais probos do mundo: a Noruega, que ocupa a sétima posição no ranking entre 180 países, segundo o Índice de Percepção da Corrupção elaborado pela Transparência Internacional¹⁴. E não é só, mesmo se tratando de um país com uma percepção de corrupção baixíssima, ela ocorreu e, não havia concretamente um sistema que protegesse o denunciante dos reverses e vulnerabilidades que a condição de *whistleblower* lhe impõe.

Peer Jacob Svenkerud (2021, p. 1-14) — que escreveu sobre o ocorrido um artigo *Alone Against the organization – Peer’s whistleblower story*, que corresponde ao primeiro capítulo da obra coletiva denominada *Whistleblowing, Communication and Consequences: Lessons from The Norwegian National Lottery* — era Vice-presidente Sênior de Informações e Relações Externas e enquanto ocupava esse cargo tomou conhecimento de delitos praticados pelo *Chief Executive Officer* (CEO) da companhia para a qual trabalhavam.

A investigação do caso demorou 29 meses para ser resolvido e durante boa parte desse período, Peer viveu como agente duplo.

O infrator era o CEO, pessoa carismática e com 18 anos de instituição. Durante todo o período que o caso demorou Peer sofreu vários tipos de pressão e assédio, já que o CEO se utilizou desses artifícios para tentar descobrir quem o havia denunciado.

No final o CEO acabou renunciando.

Após a renúncia do CEO, a companhia não lhe concedeu nenhum agradecimento.

O caso tornou-se muito popular porque houve divulgação na mídia. Seu nome foi publicizado na imprensa. Por conta da sua “popularidade” indesejada foi temporariamente

¹³ Essa decisão merece uma reflexão acerca do que o acórdão tratou como violação hierárquica, já que, segundo as entrelinhas do caso, Soares teria enviado o email a órgão que não era competente, e que era superior ao competente, e por isso ele foi reencaminhado ao órgão então competente, que era, por assim dizer “no mesmo patamar” dele e do denunciado. Não parece razoável e adequado exigir, sem um programa de proteção ao *whistleblower* claro e difuso que o denunciante conheça tecnicamente quando há ou não há base razoável e em segundo lugar ser obrigado a denunciar seu par a uma hierarquia muito próxima à sua deixando-o ainda mais vulnerável as vicissitudes que todo *whistleblower* está exposto quando não existe um sistema para protegê-lo.

¹⁴ É possível ter acesso a posição de cada um dos 180 países indexados no site institucional da ONG. Ver: Corruption Perceptions Index (c2023).

afastado de licença para “descansar” e ao retornar percebeu que não havia acolhimento, muito pelo contrário.

Acabou tendo que procurar um dos melhores escritórios de advocacia local. O que lhe garantiu a saída da companhia para reestruturar sua vida, que nunca mais voltou a ser a mesma.

4 WHISTLEBLOWING NO BRASIL

O Brasil ainda não tem regulação específica vigente sobre esse tema.

É preciso incentivo a inclusão na lei brasileira das medidas protetivas que já são adotadas nas legislações de outros países, por hora há projetos de lei em tramitação sobre os quais falar-se-á mais adiante.

O que há no ordenamento jurídico brasileiro são apenas duas previsões, uma legal, o art. 7º, III da Lei nº 12.846/13 (BRASIL, 2013) e outra regulamentar, o art. 42, X do Decreto nº 8.420/15 (BRASIL, 2015a) que atenuam as punições das pessoas jurídica quando criam programas internos de integridade.

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...]

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...]

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé.

Diante de tudo que se viu até agora, conclui-se que o que o Brasil tem hoje não protege em nada o *whistleblower*, é preciso avançar.

A respeito do tema *whistleblowing* dentro da comunidade internacional, o Brasil aderiu a algumas convenções através das quais assumiu compromissos, mas nada que efetivamente conduza a normas concretas dirigidas a proteção *do whistleblower*, todos os compromissos assumidos são normas de intenção.

- (i) Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) sobre combate da corrupção de funcionário públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, que foi internalizada via Decreto Legislativo nº 125/00 - Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 2000).
- (ii) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC);

- (iii) Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA);

Decreto Legislativo nº 152/02 (BRASIL, 2002), Art. III, item 8 “8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.” e,

- (iv) G-20: Os princípios e Plano de Ação Anti-corrupção e Proteção ao *Whistleblower*.

Não há um horizonte promissor no curto prazo no que se refere a conformação da legislação brasileira à legislação internacional e as diretrizes propugnadas pelo G-20.

O Projeto de Lei do Senado nº 362, de 2015 (BRASIL, 2015e), de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP), que tratava sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho, foi retirada pelo autor e encontra-se arquivado desde 08/04/2016¹⁵.

A melhor tentativa de regulamentação é o Projeto de Lei nº 3.165 de 2015 (BRASIL, 2015b), de autoria do Deputado Onyx Lorenzoni (DEM/RS), que pretende instituir Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público e outras providências¹⁶, que em 07/06/2021 foi apresentado parecer¹⁷ do relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o Deputado Lucas Gonzalez (NOVO/MG).

Apesar de se tratar de um projeto de lei, merece destacar que ele contempla vários dos temas que foram enfrentados neste breve estudo, com destaque para:

- (i) Facultatividade para o particular e obrigatoriedade para o agente público;
- (ii) Dever de indicar indícios e provas (base razoável);
- (iii) A autoridade competente para receber a denúncia é ampla (autoridade administrativa, autoridade policial, membro do Ministério Público, juiz competente, quando em tramitação processo civil ou penal relacionado às informações reveladas);
- (iv) Possibilidade de formular pedido de compensação que não é garantido no caso de denúncia anônima;
- (v) Proteção mediante sigilo à qualificação do autor da denúncia;
- (vi) Proteção do autor da revelação de retaliação, represália, discriminação ou punição

15 Ver: Brasil (2015e).

16 Ver: Brasil (2015b).

17 Ver: Brasil (2015c).

lhe assegurando dano moral e material pelo descumprimento;

- (vii) Possibilidade de ingressar em programa de proteção à testemunha caso receba ameaça ou sofra coação;
- (viii) Previsão de medida de compensação garantida ao autor da revelação se sua colaboração contribua para punição dos agentes envolvidos e possibilite recebimento de multa, apreensão de bens, ressarcimento de danos e recuperação de bens produto do ilícito praticado, cujo percentual máximo varia até 10% do valor total correspondente aos bens, direitos, vantagens e valores auferidos irregular ou ilicitamente relativos aos fatos revelados pelo autor ou 50 vezes a remuneração do autor da revelação considerando a média dos 12 meses anteriores.

4.1 OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE (*COMPLIANCE*)

Como alternativa, em reação a ausência de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, é possível o desenvolvimento de programa de integridade com vistas a prevenir a corrupção, proteger à pessoa que denuncia as práticas de corrupção (*whistleblower*) e mudança de cultura corporativa.

Segundo o disposto no art. 41 do Decreto nº 8.420/15 (BRASIL, 2015a), define programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Ainda segundo o regulamento, o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

O programa de integridade deve ter como objetivos: a redução dos riscos de atos de corrupção, auxiliar na mudança de cultura da instituição e, também, de seus colaboradores, instituir um sentimento de identificação e orgulho com os valores da instituição, transformar o denunciante num ativo de valor, neutralizando a visão pejorativa do denunciante e neutralizar ao máximo os abalos psicológicos e as dificuldades enfrentadas pelo denunciante.

Para atingir esses objetivos sugere-se como Conteúdo dos Programas de Integridade a criação de um sistema de *para-corporation communication*, — estrutura externa para recebimento de denúncias — ou, no seu lugar, criação de estrutura interna para receber as denúncias, indicação clara e adequada sobre o endereçamento da denúncia para que o colaborador saiba “a quem deve ser feita”, fazer treinamento com os colaboradores para compreensão do programa em detalhes e suas consequências, garantia da proteção da identidade do denunciante pela confidencialidade e,

por último e talvez mais importantes medidas; o duo, proteção ao denunciante contra retaliações sociais e profissionais e punição a quem retaliar.

Como bem observa Cassio Rocha de Macedo (2018, p. 105) em 2015 a Controladoria Geral da União lançou uma cartilha¹⁸ com diretrizes para que empresas privadas incorporem sistema de *compliance*, nos moldes do que foi dito acima, e fixado em 5 (cinco) pilares: (i) comprometimento e apoio da alta direção; (ii) autonomia da instância responsável pelo programa; (iii) análise de perfil e riscos; (iv) estruturação das regras e instrumentos e (v) estratégias de monitoramento contínuo.

Em que pese a intenção da referida cartilha, o programa de integridade para ter sucesso não pode depender do comprometimento da alta direção, sob pena de não cumprir seus objetivos, razão pela qual foi sugerido o sistema de *para-corporation communication* porquanto permite que uma estrutura externa tire do poder da direção a análise e tratamento das denúncias recebidas.

É importante registrar nesse tópico que o programa integridade não deve ser apenas um discurso retórico, ele deve ter efetividade, tem que ser aplicado na prática e vivido pela instituição que o implementa, e isso dialoga com a necessidade de se ter estratégias de monitoramento contínuo, para além de estrutura reativa que só recebe denúncias, sob pena de se tornar regras proforma incapaz de mudar a realidade à sua volta.

CONCLUSÃO

O *whistleblower* é peça fundamental na investigação, apuração e condenação dos culpados por delitos relacionados à corrupção, e neste artigo, buscou-se fazer uma análise desse tema no Brasil, a partir do direito comparado.

O Brasil hoje não protege legal e especificamente o *whistleblower*. É preciso avançar e muito. Não há um horizonte promissor no curto prazo. A melhor alternativa disponível é a aprovação do Projeto de Lei nº 3.165 de 2015 (BRASIL, 2015b), de autoria do Deputado Onyx Lorenzoni (DEM/RS), que tramita na Câmara dos Deputados e que pretende instituir Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público entre outras providências, mas que continua parado esperando alguém com “vontade política”.

Então enquanto isso não acontece, é preciso fazer algo para prestigiar aquele que se dispõe a correr riscos em prol da apuração de crimes que têm raízes profundas na história do Brasil e de todas as esferas de Poder. Para tanto, sugeriu-se a instituição de Programas de Integridade com a criação de um sistema de *para-corporation communication*, que se julga como a melhor alternativa disponível, já que evita a ação da força das hierarquias ocultas e da cultura organizacional que influencia negativamente o *whistleblower* em sua tomada de decisão ou por vezes podem inviabilizar completamente os objetivos do programa de integridade.

Esse sistema deve indicar de forma clara e adequada para onde deve ser feito o endereçamento da denúncia para que o colaborador saiba a quem e onde deve ser feita, evitando-se o risco de supressão de instâncias, ruídos ou vazamento de informações. Para sua implementação

18 Ver: Brasil (2015d).

deve se investir em treinamento de todos os colaboradores para compreensão do programa em detalhes e suas consequências, além de garantir da proteção da identidade do denunciante, e, conseqüentemente, a proteção contra retaliações sociais e profissionais.

A previsão de punição que deve ser imposta a quem retaliar o denunciante é fundamental para que essa conduta seja desencorajada e combatida.

A implementação dessas medidas tem potencial para gerar uma mudança de mentalidade. Os números apresentados nesse estudo mostram que o impacto do *whistleblowing* é micro e macroeconômico e, por isso merece ser combatido. Elas podem representar uma enorme contribuição para economia, porque evitará distorções mercadológicas, impedirá a inviabilidade competitiva dos *players* menores e incentivará o ambiente de investimento.

A comunicação pelo *whistleblower* remedia e combate a corrupção ao recuperar ou minimizar os prejuízos que dele decorrem e permite que esses recursos sejam ou passem a receber a destinação adequada. Indiretamente a comunicação previne condutas ao desencorajar sua prática, diante da posição de permanente “vigilância”.

No longo prazo, com a diminuição das ocorrências, pode-se até pensar na diminuição do custo estrutural das investigações, mas isso só será possível se o *whistleblower* tiver a sua importância, suas vulnerabilidades e necessidades reconhecidas para que medidas protetivas sejam desenvolvidas e, nesse caso, com previsão normativa e sua força coercitiva.

O *whistleblower*, com as garantias que um sistema protetivo legal deve lhe assegurar deve ser visto como o “subornador mais barato” (KOLESNIK, 2016, p. 37), e uma política de Estado porque, do ponto de vista econômico, o custo dessas garantias é menor do que o custo de não o fazê-lo.

REFERÊNCIAS

BANISAR, David. Whistleblowing: international standards and developments. *In*: SANDOVAL, I. (ed.). **Corruption and transparency: debating the frontiers between state, market and society**. Washington: World Bank-Institute for Social Research, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1753180>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 53, p. 3, 19 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 150, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto legislativo nº 125, de 2000**. Aprova o texto da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 15 jun. 2000. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2000/decretolegislativo-125-14-junho-2000-368856-exposicaoodemotivos-143176-pl.html>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 3165, de 2015**. Institui o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806152>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 3165, de 2015**. Institui o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0p1qs38tciob11lmn9jjc495kx4350127.node0?codteor=2023466&filename=Parecer-CTASP-07-06-2021. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto legislativo nº 152, de 2002. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 121, p. 3, 26 jun. 2002. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/33416/38/Decreto_Legislativo_152_2002_extrato%20DOU.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade**: diretrizes para empresas privadas. Brasília: CGU, 2015d. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do senado nº 362, de 2015**. Dispõe sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho. Brasília: Senado Federal, 2015e. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121791>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CORRUPTION Perceptions Index [2020]. Berlin: Transparency International, c2023. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

EUROPEAN. Court of Human Rights. **Case of Soares V. Portugal**. France: ECHR, 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/Eng#%7B%22fulltext%22%3A%22case%20of%20soares%20v.%20portugal%22%22%2C%22itemid%22%3A%22001-163822%22%7D>. Acesso em: 21 jun. 2021.

EUROPEAN. Court of Human Rights. **Home page**. France: ECHR, [201-?]. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>. Acesso em: 21 jun. 2021.

EUROPEAN. Court of Human Rights. **Judgments**. France: ECHR, 2012. Disponível em: <http://>

hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4157034-4909383. Acesso em: 21 jun. 2021.

FERREIRA, Adriano Valente Torraca. **Métodos de Incentivo à denúncia de ilícitos**: subsídios para a implementação de programas de whistleblowing perante agências e órgãos reguladores brasileiros. 2018. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27403>. Acesso em: 21 jun. 2021.

G20 ANTI-CORRUPTION WORKING GROUP. **Protection of Whistleblowers**: study on whistleblower protection frameworks, Compendium of best practices and guiding principles for legislation. [S. l.: s. n.], 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

JUBB, Peter B. Whistleblowing: a restrictive definition and interpretation. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 21, n. 1, p. 74-94, 1999.

KOLESNIK, Michael. **Economic perspective of whistleblowing**. 2016. 67 p. Dissertation (Master) – University of Vienna, Vienna, 2016.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. 2. ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018.

MACEDO, Cassio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal**: análise de uma política criminal de combate a crimes econômicos fundada em agentes denunciadores. 2018. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **Corrupção, anticorrupção e empresa**. 2017. 349 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. [S. l.]: Editora Melhoramentos, c2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

RAMOS, João António Alencastre de Matos. **A proteção de denunciadores de corrupção e criminalidade conexa**. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37617/1/ulfd137595_tese.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

RICHARDSON, Brian K. Hero or “Prince of Darkness”? Locating Peer Jacob Svenkerud in an Attributions-Based Typology of Whistleblowers. . In: SVENKERUD, Peer Jacob; SØRNES, Jan-Oddvar; BROWNING, Larry (ed.). **Whistleblowing, communication and consequences**: lessons from the Norwegian national lottery. New York: Routledge, 2021. p. 151-163.

ROCHA, Márcio Antonio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas e whistleblower no Brasil (Parte I). **Revista Brasileira de Previdência**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 12-51, 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The institutional economics corruption. In: GRAAF, Gjalte de;

VON MARAVIC, Patrick; WAGENAAR, Pieter (ed.). **The good cause**: theoretical perspectives on corruption. Leverkusen: Barbara Budrich Publishers, 2010. p. 47-63.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SVENKERUD, Peer Jacob. Alone against the organization – Peer’s whistleblower story. *In*: SVENKERUD, Peer Jacob; SØRNES, Jan-Oddvar; BROWNING, Larry (ed.). **Whistleblowing, communication and consequences**: lessons from the Norwegian national lottery. New York: Routledge, 2021. p. 1-14.

UNITED STATES. Department of Justice. **Whistleblower-protection-enhancement-act**. Washington: DOJ, 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/pardon/whistleblower-protection-enhancement-act>. Acesso em: 21 jun. 2021.

UNITED STATES. Department of Justice. **The false claims act**. Washington: DOJ, 2022. Disponível em: <https://www.justice.gov/civil/false-claims-act>. Acesso em: 21 jun. 2021.

UNITED STATES. **Public Law 101-12, from April 10, 1989**. To amend title 5, United States Code, to strengthen the protections available to Federal employees against prohibited personnel practices, and for other purposes. [S. l.: s. n.], 1989. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. *Whistleblowing: um desafio para o direito brasileiro*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 129-148, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p129. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/09/2021

Aprovado em: 03/02/2023

A LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CENÁRIO DE PANDEMIA DO COVID-19

THE COMPULSORY PATENT LICENSE FROM THE POINT OF VIEW OF THE LAW AND ECONOMIC CONSIDERING THE COVID-19'S SCENARIO

Bruno Fediuk de Castro*
Gilberto Bomfim**
Luiz Alberto Blanchet**

*Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
 Bacharel em Direito (Centro Universitário Curitiba, UniCuritiba/PR).
 E-mail: bfc.adv@gmail.com.
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0947-8142>.

**Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
 Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
 E-mail: g_bomfim@hotmail.com.
 ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0141-7620>.

***Doutor em Direito (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).
 Mestre em Direito (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).
 Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR/PR).
 E-mail: blanchet@blanchet.adv.br.
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1163-0342>.

Como citar: BLANCHET, Luiz Alberto; BOMFIM, Gilberto; CASTRO, Bruno Fediuk de. A licença compulsória de patentes à luz da análise econômica do direito no cenário de pandemia do COVID-19. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 149-163, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p149. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Em meio à pandemia do COVID-19, as pesquisas para produzir medicamentos que possam controlar os efeitos do vírus ganharam destaque. Neste cenário, a licença compulsória de patentes foi objeto de debate na Assembleia da Organização Mundial da Saúde, resultando na orientação para que os países aprovassem a licença compulsória de futuros medicamentos e vacinas. Os Estados Unidos da América foram contrários a orientação, afirmando que este posicionamento enviaria uma mensagem errada para aqueles que estão pesquisando para desenvolver referidos produtos. O artigo utiliza o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental para explicar o cabimento da decretação da licença compulsória de patentes por interesse público no Brasil. O problema enfrentado no artigo é se, à luz da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar que os agentes econômicos são desincentivados em suas pesquisas e trabalhos na persecução de invenções para combater o COVID-19 pela existência e possibilidade de aplicação da licença compulsória. Conclui-se que os agentes são incentivados indiretamente a atuarem de uma forma mais solidária e colaborativa, pois, ainda que os resultados econômicos possam ser menores, outras vantagens são percebidas pelos agentes.

Palavras-Chave: Propriedade industrial. Licença compulsória. Análise econômica do direito. Incentivos. Solidarismo.

Abstract: During the effects of the COVID-19 Pandemic, the research to produce drugs that can control the impact of the virus and a vaccine to create immunity are gaining prominence. In this scenario, compulsory patent licensing was the subject of debate at the Assembly of the World Health Organization, which resulted in guidance for countries to approve compulsory licensing of future vaccines and medicines. The United States of America opposed this guidance, stating that this positioning would send the wrong message to those researching to develop such products. The method is hypothetical-deductive, and the technique is bibliographic and documentary research. The research core is to explain the appropriateness of decreeing compulsory licenses of patents for public interest in Brazil, verifying if this norm is a disincentive for business development in extreme situations, as in the COVID-19 Pandemic, in the light of the Economic Analysis of Law. The outcome is that the agents are indirectly encouraged to act in a more supportive way cause, even though the financial results may be lower, the agents perceive other advantages.

Keywords: Industrial property. Compulsory license. Law and economics. Incentives. Solidarism.

INTRODUÇÃO

A *propriedade intelectual* visa garantir aos titulares de qualquer produção do intelecto o direito de usufruir, ainda que por certo período, de recompensa por sua própria criação. Como o conjunto de regras voltadas a proteção de bens imateriais e incorpóreos, que surgem como resultado da capacidade inventiva de seu autor, a propriedade intelectual abrange duas grandes áreas: o direito autoral e a propriedade industrial.

O *direito autoral* visa dar proteção aos direitos do autor, assim como daqueles a ele ligados, cuidando de obras artísticas e literárias, programas de computador, domínios na internet e cultura imaterial e é regulado pelas Leis 9.609/98 e 9.610/98. Por outro lado, a *propriedade industrial* é o ramo do direito que visa a assegurar proteção legal das invenções industriais; das marcas (sejam elas de produto, de serviço, sejam de certificação e coletivas); patentes, desenho industrial, indicações geográficas e proteção de cultivares e é regulada pela Lei 9.279/96 (LPI).

Para a proteção da propriedade industrial, o Estado instituiu a *patente* e o *registro*, por meio dos quais o empresário titular terá o direito de explorar com exclusividade o objeto de sua criação, cabendo ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a concessão da propriedade Industrial, devendo ainda zelar por sua proteção e fiscalização.

A patente, objeto central do deste artigo, tem como objeto de proteção (i) a invenção ou (ii) o modelo de utilidade. Toda vez que alguém projeta algo antes desconhecido, estará produzindo uma invenção. Por outro lado, quando alguém cria desenvolve um novo formato ou disposição do qual resulte melhores condições de uso ou fabricação de algo já existente, se estar-se-á diante de um modelo de utilidade.

Ao longo do prazo de duração da patente é proibida a exploração industrial do seu objeto por qualquer terceiro sem a autorização do seu titular. Desse modo, finalizado o prazo de duração da patente, seja ela invenção ou modelo de utilidade, passam estas ao domínio público.

Pode-se dizer que a proteção dada ao autor pelo sistema de patentes se justifica por razões de economia (melhor forma de retribuir o esforço do inventor), de técnica (contribuição para o aumento do conhecimento) e de desenvolvimento econômico e tecnológico. Tais razões demonstram que o sistema não existe apenas no interesse do inventor, mas no interesse de toda a sociedade. Nesse sentido, além de conceder direitos ao inventor, a concessão da patente também impõe deveres, limitações e contrapartidas de seu titular. Entre as limitações se encontra a chamada licença compulsória, aplicável em situações de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, em que o titular da patente está obrigado a licenciar terceiros na exploração da invenção ou modelo de utilidade (BRASIL, 1996).

No final do ano de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu informações sobre casos de “pneumonia” provenientes da região de Wuhan, província de Hubei, localizada na China. Era o início daquilo que viria a se tornar uma pandemia. A multiplicação de casos seguiu ao redor do mundo atingindo diversos países de todo o globo, afetando não apenas a saúde das pessoas, mas também os mercados e alterando a rotina de bilhões de pessoas, o que tem mobilizado

investimentos em pesquisas e negociações logísticas para produção e distribuição de vacinas.

O problema que o artigo pretende enfrentar é se, à luz da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar que os agentes econômicos são desincentivados em suas pesquisas e trabalhos na persecução de invenções para combater o COVID-19 pela existência e possibilidade de aplicação da licença compulsória.

Para a consecução do objetivo geral de verificar se os agentes econômicos percebem a licença compulsória como um incentivo negativo para trabalharem e desenvolverem uma solução para o Coronavírus, bem como dos objetivos específicos de compreender a funcionalidade dos incentivos para a Análise Econômica do Direito e análise da possibilidade de os agentes serem estimulados à agirem de uma forma mais solidária em tempos de crise, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o procedimento de pesquisa monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo está estruturado da seguinte forma: O capítulo 1 apresenta uma contextualização sobre o que é propriedade industrial e quais as hipóteses em que a legislação brasileira permite a decretação de licença compulsória de uma patente. No capítulo 2 são apresentados os conceitos de análise econômico do direito e a importância dos incentivos, destacando a capacidade que os incentivos possuem de fazer com que os indivíduos adaptem suas ações. No capítulo 3 é feita uma análise se, à luz da análise econômica do direito, a existência do regramento da licença compulsória é um desincentivo ao empreendedorismo, bem como se possui outros alcances, como por exemplo incentivar que os agentes sejam mais solidários em tempos de crise, utilizando-se o exemplo da pandemia do COVID-19.

1 A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES NO BRASIL

O processo de invenção é uma das mais importantes fontes de inovações que possibilitam o desenvolvimento da sociedade. Pode-se dizer que, sem as invenções, a sociedade não estaria tão evoluída, bem como não estaria no mesmo estágio de desenvolvimento, especialmente, econômico. Nas atividades econômicas em geral, a arte da invenção é essencial para o desenvolvimento. De acordo com Tomazette (2018), sem as invenções a economia não teria expandido de igual modo, motivo pelo qual as invenções devem ser consideradas uma grande fonte de desenvolvimento e de benefícios para a sociedade.

Para fins de desenvolvimento, tanto as invenções quanto as descobertas devem ser incentivadas, pois representam avanços e benefícios para a sociedade. Há de se destacar, no entanto, que nas invenções a atuação humana é mais determinante, é o trabalho humano que cria a invenção, ele não apenas reconhece situação já existente, ele desenvolve, cria, algo novo. Vale dizer, essa invenção é um bem imaterial, ela não se confunde com a representação material do produto ou processo inventado, mas sim representa o conjunto de ideias que possibilitou que se chegasse a um determinado bem material (TOMAZETTE, 2018).

Não é aceitável que a invenção seja objeto de apropriação física, isto porque, tal situação seria extremamente desestimulante ao processo de desenvolvimento, na medida em que o inventor veria seu esforço não recompensado adequadamente, considerando que qualquer um poderia repetir a ideia que teve seu propósito trabalhado arduamente pelo inventor sem envolver uma recompensa justa. Para afastar esse risco, foi essencial criar um sistema que protegesse as invenções, que é o sistema de patentes (TOMAZETTE, 2018).

Ao direito cabe estabelecer a tutela de proteção para estes bens, criando-se um registro da propriedade industrial, do qual resulta o privilégio. Este registro, segundo Rubens Requião (2012, p.185), é a base da tutela legal oferecida pelo Estado aos titulares dos direitos sobre tais bens incorpóreos. A patente é um título legal, o qual concede ao seu titular o direito utilizar uma invenção por tempo e em território predeterminados. A principal função de uma patente é proporcionar ao seu detentor uma proteção de sua invenção. Graças a esta proteção, uma invenção patenteada não pode ser comercialmente fabricada, utilizada, distribuída ou vendida sem o devido e prévio consentimento de seu titular. Trata-se a patente de um reconhecimento formal concedido pelo Estado, podendo essa invenção ser de um produto ou de um processo (PRESTES, 2018).

Nos termos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), o sistema de patentes nacional garante ao inventor o direito de utilização da invenção de forma exclusiva por determinado período¹. Tomazette (2018) ensina que assim garante-se ao inventor um privilégio temporário sobre a invenção, durante este período há então um monopólio da utilização da invenção. Considerou-se esse o melhor modo para incentivar a atividade inventiva e recompensar o trabalho do inventor².

No que diz respeito à proteção das invenções e em especial das patentes, é importante salientar que devem ser respeitadas não apenas as legislações nacionais, mas também os acordos e tratados internacionais, aos quais muitos países são signatários, como é o caso do Tratado de Cooperação em Patentes de 1978, que surgiu durante a Convenção de Paris. O principal objetivo deste Tratado é racionalizar os procedimentos de solicitação, busca e exame de patentes, além da divulgação de informações técnicas nela constantes (PRESTES, 2018).

Denota-se que a natureza jurídica das patentes está vinculada aos direitos sobre as criações intelectuais, como direitos de propriedade, pois fundadas no direito de usar, gozar e dispor dos bens, bem como o direito de reavê-los daquele que injustamente esteja o utilizando. Diante destas características, vale dizer que podem ser impostas às patentes uma série de restrições, por exemplo, aquelas decorrentes do instituto da desapropriação.

Os titulares de patentes, assim como os titulares de outras propriedades, possuem não apenas direitos, mas também deveres. Dada a importância das invenções para o desenvolvimento da sociedade, a patente possui uma importante função social. Durante a exploração da patente, o seu titular pode exercer seus direitos diretamente ou realizar cessões à terceiros, podendo estas

1 Há previsão legal do direito de autor no art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição da República Federativa do Brasil.

2 No sistema infraconstitucional brasileiro, a proteção da patente é regulada pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Propriedade Industrial ou LPI).

cessões serem realizadas à título oneroso ou gratuito.

A cessão de uma patente e a sua licença voluntária são atos de vontade que decorrem dos direitos assegurados ao titular, não podendo, no entanto, serem exercidos de forma abusiva.

Assim como a proteção aos direitos de patente deve ser observada, o exercício abusivo dos direitos não pode ser tolerado, pois não representaria a exploração adequada e justa da patente, que é um interesse de toda a sociedade e não apenas do seu titular. É justamente neste sentido que, em casos de exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente, é possível a concessão de uma licença compulsória da patente, situação na qual o titular da patente será compelido a permitir o uso da invenção por outrem (TOMAZETTE, 2018). A legislação prevê ainda que a prática de abuso do poder econômico também enseja a concessão de licença compulsória (BRASIL, 1996)³.

Ainda com relação à função social da patente, tem-se que em contrapartida aos direitos garantidos ao titular, há um dever primordial, qual seja, o dever de explorá-la de modo a atender às necessidades do mercado interno. Caso o titular não cumpra com esse dever, independentemente do motivo, este poderá ser obrigado a permitir o uso da invenção por outrem, o que também ocorre por meio da licença compulsória.

Desta feita, apresenta-se como motivo para a licença compulsória a falta de exploração integral do invento no país, nos casos em que seja viável sua exploração econômica⁴. A falta de fabricação ou a fabricação insuficiente do produto, ou ainda a falta de uso do processo patentado, representam abuso por parte do titular da patente, ensejando a concessão da licença compulsória (TOMAZETTE, 2018).

Percebe-se que, ainda que esteja explorando economicamente a sua invenção, é imposto ao titular da patente a obrigação de atender às necessidades do mercado. Sendo a disponibilização insatisfatória para atender às demandas, pode também restar configurado o abuso, com ensejo da concessão de licença compulsória.

Também autoriza a concessão de licença compulsória o abuso pelo titular que impossibilita ou dificulta a exploração de outra patente (artigo 70 da LPI). Nesse caso, exige-se prova cumulativa da dependência da patente em relação a outra, da superioridade da patente dependente, que apresenta progresso técnico substancial em relação à anterior e da intransigência do titular da dependida em realizar uma negociação justa (TOMAZETTE, 2018).

Situação também bastante comum vivenciada em tempos de crise, também é prevista a concessão de licença compulsória a situação de emergência nacional ou o interesse público declarado pelo Poder Executivo federal (artigo 71 da LPI). No entanto, nesta situação não poderá haver a decretação da licença compulsória se o seu titular e/ou seus licenciados forem capazes de atender a necessidades decorrentes da emergência ou do interesse público (TOMAZETTE, 2018).

Ainda que não seja objeto do presente estudo aprofundar nos procedimentos para concessão da licença compulsória, importante salientar que o ônus da prova será do requerente da licença nos casos de abuso dos direitos patentários e/ou no caso de abuso do poder econômico, enquanto

³ Artigo 68, caput, da Lei de Propriedade Industrial.

⁴ É certo que ninguém pode ser obrigado a explorar algo que seja inviável economicamente, neste sentido é feita a ressalva de que a inviabilidade econômica da exploração desconfigura o abuso (TOMAZETTE, 2018).

nos casos de falta de exploração, o ônus da prova será do titular da patente (TOMAZETTE, 2018).

Deferida a licença compulsória, que nunca terá caráter exclusivo, o licenciado terá um ano para iniciar sua exploração, admitindo-se a interrupção da exploração por igual período (artigo 74 da LPI). Não obedecido esse prazo para o início da exploração, ou extrapolado o prazo de interrupção, o titular da patente pode requerer a cassação da licença. Vale ressaltar que a licença compulsória será sempre remunerada e nunca extinguirá o núcleo do direito do titular.

2 OS INCENTIVOS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito tem por objetivo empregar os diversos ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e a abrangência do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, especialmente com relação às suas consequências (GICO JUNIOR, 2011, p. 18-19).

Considera-se que a Análise Econômica do Direito propõe como fundamento principal o alcance de maior previsibilidade e segurança para as relações jurídicas. Para tanto, emprega os princípios que operam na ótica do mercado, com objetivo de tornar seu funcionamento adequado para a lógica do ordenamento jurídico. Desta feita, as relações jurídicas deveriam agregar as noções de maximização, eficiência e equilíbrio (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 362).

Partindo destas premissas, a Análise Econômica do Direito analisa o fenômeno jurídico à luz de suas consequências, sendo considerado um movimento filiado ao consequencialismo, nesta abordagem, acredita-se que as regras às quais a sociedade se submete devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas com base em suas consequências no mundo real, e não estritamente por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (GICO JUNIOR, 2011, p. 19).

Os métodos da teoria microeconômica compõem pilares para a fundamentação dos estudos da Análise Econômica do Direito. À medida que os agentes econômicos, colocados diante da necessidade de tomar uma decisão, seja esta econômica, social ou cultural, acabam por comparar custos e benefícios, sopesados de acordo com as preferências dos agentes e as informações disponíveis naquele momento, que podem resultar de todas as alternativas possíveis. Desta feita, a análise de custo-benefício pondera o resultado futuro da decisão e não necessariamente o que desencadeou a necessidade de que esta fosse tomada (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 359).

Ao defender um aproveitamento de eficiência às normas legais, a Análise Econômica do Direito procura solucionar duas questões fundamentais: A primeira é de qual maneira as normas jurídicas afetam os comportamentos dos indivíduos e das instituições; e a segunda é, tendo como ponto de observação medidas de bem-estar social estritamente estabelecidas, quais seriam as melhores normas e de qual maneira seria possível realizar comparações entre os institutos jurídicos para alcançar esse resultado mais eficiente (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 359).

Segundo a Teoria Econômica Clássica, os indivíduos sempre procuram maximizar seus benefícios, realizando desta forma escolhas que diminuam os custos e aumentem, ou melhorem,

os seus benefícios perante as restrições que enfrentam, considerando que os desejos são ilimitados e os bens econômicos limitados.

Nesse processo de decisão, os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, assim, incorrendo uma alteração na estrutura de incentivos, esses indivíduos podem mudar sua conduta e realizar outra escolha. Destaca-se que cada indivíduo, diante de sua personalidade e condição poderá responder de uma forma diferente para os mesmos incentivos oferecidos (GICO JUNIOR, 2011, p. 22). Vale dizer que, à medida que o ambiente é modificado, o indivíduo adapta seu comportamento de forma a tirar proveito, ou seja, os agentes respondem aos incentivos. Ao reagir à mudança das circunstâncias, o indivíduo busca extrair aquilo que entende ser o melhor para ele (MACKAAYS; ROSSEAU, 2015, p. 31).

Os indivíduos escolhem com base nas condições do ambiente que os cerca, sopesando as diversas variáveis que afetam os custos e benefícios de cada uma das possíveis escolhas. Para Thaler e Sustein (2009, p. 28), eventos recentes ocorridos com o indivíduo causam impacto no comportamento, principalmente atrelado ao risco e a tomada de precauções. A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, ao se deparar com pluralidade de opções (duas ou mais) de atuação, ou mais de uma conduta possível, o agente econômico (homem racional) inevitavelmente irá levar em consideração a relação custo-benefício entre as alternativas possíveis, optando pela que melhor atender aos seus interesses (BITTENCOURT, 2011, p. 29).

No que tange à escolha racional, deve-se ter em mente que o agente econômico, diante da possibilidade de uma escolha, se depara com o seguinte binômio: desejos ilimitados *vs* recursos escassos. Assim, a escolha racional atuará no sentido de encontrar a alternativa que melhor atenda os interesses envolvidos, isto é, aplicando a maximização da utilidade e gerando a ideia de incentivo ou desincentivo a determinadas condutas (PORTILHO; SANT'ANNA, 2018, p. 363).

Ressalta-se que o pressuposto de maximização racional é instrumental, servindo para formular hipóteses e construir teorias que possibilitem simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não defende que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, tampouco busca provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata (SALAMA, 2017, p. 29).

Na sociedade existem incentivos para que as pessoas façam ou deixem de fazer certas coisas. Os indivíduos, como agentes econômicos, comportam-se racionalmente ao escolher a alternativa mais conveniente entre as que estão ao seu alcance, reagindo a estímulos positivos e negativos. É preciso alinhar a aplicação dos incentivos para que as ações dos indivíduos, movidos por seus interesses individuais, conduzam à melhor situação possível (ACCIARRI, 2014, p. 37).

Entende-se que as escolhas podem ser modificadas em função de um elemento exterior à relação que existem entre o indivíduo e o bem que vai satisfazer sua necessidade. A lógica então é que, se o custo de determinada opção, seja esse custo financeiro ou não, aumenta ou se agrava, aqueles indivíduos afetados escolherão com menor frequência essa opção (MACKAAYS; ROSSEAU, 2015, p. 31).

Exemplificando a situação, Bruno Salama (2008, p. 18) elucida a questão com uma alteração da lei, que torne, por exemplo, mais célere e eficaz a execução de garantias em determinada espécie de contrato. Esta alteração pode ocasionar a diminuição da quebra dos pactos contratuais. Isto porque, se determinada condição contratual será rapidamente executada em juízo, o custo para o indivíduo agir oportunisticamente aumenta, fazendo com que a procura por tal comportamento caia. É a lógica dos incentivos, ação e reação. Caso os indivíduos não respondessem a incentivos, o Direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Isto porque todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo (GICO JUNIOR, 2011, p. 21-23).

As leis são comandos de autoridade que impõem custos e benefícios aos participantes de uma transação na economia e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento. Quanto maior for a certeza de uma punição para quando haja um caso de comportamento contrário à lei, maior influência a norma terá sobre a decisão a ser tomada pelo indivíduo (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

O Direito converte-se em um conjunto de incentivos e guias que encaminha a conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deve perseguir o direito, qual seja, a eficiência econômica (ALVAREZ, 2006, p. 57). Utilizando a premissa de que a demanda (procura) diminui quando o preço aumenta, os consumidores irão adquirir menor quantidade de um bem quando seu preço subir e aumentarão o consumo quando o preço cair. Os produtores, ao contrário, produzirão uma maior quantidade de produtos que aumentarão o preço de mercado e produzirão menor quantidade quando seu preço diminuir no mercado.

A escolha racional consiste em fazer a melhor opção para satisfazer os desejos do indivíduo. Dessa forma, de acordo com as restrições que são impostas, o agente poderá alterar suas escolhas. Nestas análises, as restrições podem ser entendidas como incentivos que levam o agente econômico fazer uma ou outra determinada escolha (RODRIGUES, 2007, p. 14).

O incentivo proporcionado pelo sistema de patentes é possibilitar que, a partir desse direito de exclusão, o titular da patente possa, ao menos em tese, praticar um preço-prêmio em troca de determinada invenção, isto é, um preço superior ao que seria cobrado em um ambiente de perfeito equilíbrio competitivo — no caso, um preço muito superior ao seu custo marginal.

3 A LICENÇA COMPULSÓRIA COMO (DES)INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO OU INCENTIVO AO SOLIDARISMO

A possibilidade de aplicação da licença compulsória sobre futuras vacinas e/ou tratamentos para o COVID-19, antes mesmo do assunto ser tratado em assembleia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), já vinha sendo discutido e tratado por governantes e estudiosos do tema.

Em que pese a recusa dos Estados Unidos da América em concordar e aderir com todos os termos, foi aprovada em assembleia uma resolução pelos Estados-membros da OMS (WHO, 2020), apoiando facilitações ao acesso para os países de futuras vacinas e/ou tratamentos para

o COVID-19, com fundamento na Declaração de Doha da Organização Mundial de Comércio, aumentou-se a possibilidade de – caso necessário – países com menor poder aquisitivo decretem a licença compulsória sobre estes produtos.

Ao recusarem a proposta, em nota oficial apresentada à OMS, os representantes dos Estados Unidos da América afirmaram que a resolução enviaria a mensagem errada para pesquisadores e empreendedores, os quais serão essenciais na busca por soluções científicas que o mundo está precisando (GENEVA, 2020).

Ainda que não tenham especificamente citado uma ponderação de análise comportamental baseada na Análise Econômica do Direito, fica evidente que a preocupação suscitada está aflita com as instituições e aos incentivos aos quais os agentes econômicos estão sujeitos. Mas será que o argumento faz sentido? Há um desestímulo aos empreendedores com a possibilidade de aplicação de licença compulsória em caso de descoberta de uma vacina e/ou tratamentos para o COVID-19?

Importante lembrar que alguns países, muito em razão das condições trazidas pela Declaração de Doha da Organização Mundial de Comércio, já haviam implementado em seus ordenamentos jurídicos pátrios a possibilidade de licença compulsória, como é o caso do Brasil, que, inclusive, já decretou licença compulsória da patente do medicamento Efavirenz, para o tratamento da Aids, de titularidade do laboratório Merck, por incapacidade do governo em realizar o pagamento devido ao excesso de royalties cobrados pelo titular (ZUCOLOTO; MIRANDA; PORTO, 2020, p. 11).

Ademais, neste ano, alguns países, observando as normas estabelecidas nos acordos internacionais, promoveram alterações em suas legislações e/ou aprovaram dispositivos legais para permitir ou facilitar a adoção de licenciamento compulsório, como é o caso do Canadá⁵, da Alemanha, Equador e Chile.

No Brasil, apesar de já existir disposição legislativa a respeito, também foram apresentadas algumas medidas sob a justificativa de “facilitar” e “agilizar” o processo de aplicação da licença compulsória. Neste sentido, foram propostos no fim de março e início de abril de 2020 três Projetos de Lei (PL 1.184/20, PL 1.320/20 e PL 1.462/20), que criam disposições legais acerca da licença compulsória por emergência nacional ou interesse público, bem como medidas para facilitar o acesso às tecnologias e produtos que sejam necessários para combater o COVID-19.

Destaca-se que, embora acordos internacionais e legislações nacionais contemplem a possibilidade da concessão de licenças compulsórias e alguns países já tenham caminhado nessa direção, a situação vivenciada em decorrência do COVID-19 impõe a necessidade de soluções de caráter global, inclusive no âmbito da propriedade industrial (ZUCOLOTO; MIRANDA; PORTO, 2020, p. 13). É justamente neste sentido que a OMS buscou centralizar as orientações aos países.

Sobre o argumento de ser um desincentivo aos pesquisadores, pela Análise Econômica do Direito e teoria comportamental, em uma análise isolada e puramente econômica, considerando que os agentes econômicos tendem a maximizar os seus retornos, parece acertado o argumento levantado pelo governo americano de que poderia estar sendo criada uma barreira ao desenvolvimento.

⁵ Para maiores detalhes ver: Chile (2020); Canada (2020); Musmann (2020); Simmons & Simmons (2020).

No entanto, é preciso considerar que pesquisas científicas possuem outros objetivos e interesses além dos econômicos. É evidente que as indústrias farmacêuticas estão visando lucros com suas pesquisas, é a recompensa pelo trabalho, normal em qualquer atividade comercial. Mas uma pesquisa também pode envolver outros interesses não econômicos.

Um pesquisador que trabalha na persecução de uma vacina contra determinada doença após um ente querido ter sido acamado pela doença possui motivações que não são econômicas. Assim como, a satisfação pessoal pela descoberta e o reconhecimento decorrente do trabalho também pode ser um incentivo determinante para os pesquisadores, por exemplo, a possibilidade de ser laureado com o Prêmio Nobel de Fisiologia ou Medicina pode ser uma motivação não financeira bastante considerável.

Do ponto de vista econômico, percebe-se que, ainda que em ambos os exemplos citados não haja uma motivação econômica – persecução direta por lucro – os resultados econômicos devem chegar indiretamente, o que significa dizer que ainda que o principal incentivo não seja o econômico, o agente econômico poderá ser beneficiado economicamente de forma indireta. Cumpre lembrar ainda que, em que pese a possibilidade de decretação da licença compulsória, o inventor recebe pagamentos pelo uso de sua patente (ainda que inferiores àqueles que poderia tentar praticar em um mercado de livre comércio e concorrência).

Diante deste cenário, percebe-se que, à luz da Análise Econômica do Direito, há outros incentivos que podem garantir com que os pesquisadores sejam motivados a continuarem as suas pesquisas, mesmo diante da possibilidade de decretação de uma licença compulsória sobre suas patentes. Assim, não parece ser a licença compulsória um desincentivo capaz de desestimular as pesquisas relacionadas aos produtos para combater o Coronavírus.

Outro ponto que pode ser discutido é quanto ao solidarismo em tempos de crise. Logo após a manifestação de que não iria ratificar o conteúdo integral da resolução da OMS, representantes do governo dos Estados Unidos também afirmaram que o acesso aos produtos para combater o Coronavírus poderia ocorrer por meio de mecanismos voluntários, tais como parcerias e doações.

Por certo que o solidarismo é importante e ganha destaque no contexto da pandemia. Neste sentido empresas e instituições, voluntariamente concederam gratuitamente seus direitos de patentes em razão da urgência colocada pela pandemia. Por exemplo, a Medtronic optou por abrir o código-fonte, design e especificações de fabricação dos respiradores médicos Puritan Bennett 560 (“PB 560”) para a produção de qualquer de seus concorrentes. A empresa também firmou uma parceria com a fabricante taiwanesa de eletrônicos, Foxconn, para produzir em cooperação e acelerar a produção dos respiradores (JORDAN; WEISPFENNING, 2020).

A AbbVie, detentora de patente para o medicamento Kaletra, de utilização antirretroviral, foi demandada pelo governo de Israel para licenciamento compulsório da droga que parecia sugerir certa eficácia no tratamento do COVID-19. A empresa então afirmou que após conversas com o governo de Israel, iria tomar todos os passos para remover potenciais barreiras às fontes alternativas de oferta, incluindo oferecer ao público a propriedade intelectual atinente à droga (ABBVIE, 2020).

Mas o cenário não é somente de ações solidárias e colaborativas, exemplo disso é que o governo dos Estados Unidos da América fez uma acusação de que hackers de Pequim estariam tentando subtrair segredos industriais relacionados ao COVID-19 de pesquisadores norte-americanos. Outro exemplo é a disputa entre a Fortress Investment Group LLC que processou a Biomerieux sob a alegação de a segunda estaria utilizando patentes de sua titularidade (PRABHALA; HOEN, 2020).

Percebe-se que o solidarismo apresenta enormes avanços no combate ao Coronavírus, mas os interesses econômicos, ao menos na maioria dos casos, acabam prevalecendo, fazendo com que seja necessária uma intervenção dos Estados para proteger aqueles mais vulneráveis. Em uma escala global, verifica-se a necessidade dos países mais desenvolvidos de sopesarem as dificuldades dos países com dificuldades econômicas de terem acesso aos medicamentos necessários.

CONCLUSÃO

Diante do cenário de crise, tanto na economia como um todo quanto especificamente no setor da saúde, faz-se necessário que os governantes analisem se as estruturas administrativas e estatais estão aptas para dar o suporte necessário para a população e se as instituições são suficientes para que a sociedade não apenas aguente os impactos que serão ocasionados, mas também são capazes de possibilitar a retomada econômica no período pós crise.

Considerando os aspectos comportamentais dos agentes econômicos, à luz da Análise Econômica do Direito, verifica-se que os agentes econômicos tendem a responder aos incentivos que lhe são apresentados, sendo que cada agente pode responder de uma forma diferente a um mesmo incentivo, tendo em vista que também são consideradas outras particularidades.

Em uma sociedade que se desenvolveu à base de invenções e inovações, a proteção aos direitos dos inventores é essencial para garantir a continuidade do desenvolvimento, ao passo de que não proteger e não garantir o direito de que os titulares de referido direito explorem comercialmente suas invenções poderia ser um grande desincentivo. A proteção e o incentivo são garantidos por meio da patenteabilidade das invenções.

A existência da licença compulsória serve para regular o mercado, que não pode e não deve tolerar abusos por parte dos titulares de patentes, bem como para garantir que o Estado possa promover assistência e exercer seu papel de regulação e garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.

Em um cenário de crise sanitária, ainda que possa ser argumentado um contrassenso entre apoiar o desenvolvimento econômico por meio de atividades inventivas e defender a legitimidade e importância da existência do mecanismo da licença compulsória, considerando que há outros incentivos envolvidos na persecução das atividades de pesquisa além dos econômicos, não parece ser suficiente a existência da previsão de licença compulsória para desincentivar grandes pesquisadores e indústrias farmacêuticas em realizarem trabalhos para produzir vacinas e demais produtos para

o tratamento ao Coronavírus.

Por fim, destaca-se a importância do solidarismo para a superação de eventos de crise como os vivenciados em razão do COVID-19, principalmente em ações altruístas das empresas. No entanto, ainda que as ações solidárias sejam importantes e façam bastante diferença, a persecução dos interesses econômicos ainda prevalece em muitos casos, o que faz com que seja necessária uma intervenção dos Estados para proteger aqueles mais vulneráveis, além de contrabalancear os interesses econômicos, incentivando os empreendedores a seguirem com seus projetos, buscando uma harmonização do sistema econômico e social, bem como preservando o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBVIE drops patent rights for Kaletra antiviral treatment. **Financial Times**, Washington, [2022]. Disponível em: <https://www.ft.com/content/5a7a9658-6d1f-11ea-89df-41bea055720b>. Acesso em: 24 maio 2021.

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVAREZ. Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

BRASIL, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 134, n. 93, p. 1, 15 maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm Acesso em: 26 maio 2021.

CANADA. Department of Justice. **COVID-19 emergency reponse act**. Ottawa: Justice Laws Website, 2020. Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/AnnualStatutes/2020_5/page-1.html. Acesso em: 24 maio 2021.

CHILE. Cámara de Diputadas y Diputados. **Sala de sesiones**. Santiago: Cámara de Diputadas y Diputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.cl/legislacion/sala_sesiones/votacion_detalle.aspx?prmIdVotacion=32753. Acesso em: 24 maio 2021.

GENEVA. International Organizations. **U.S. explanation of position “covid-19 response” resolution**. Geneva: U. S. Mission to International Organization in Geneva, 2020. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2020/05/19/explanation-of-position-covid-19-response-resolution/>. Acesso em: 7 dez. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-25.

JORDAN, John; WEISPFENNING, Ryan. **Medtronic shares ventilation design specifications to accelerate efforts to increase global ventilator production**. Dublin: Medtronic, 2020.

Disponível em: <https://news.medtronic.com/2020-03-30-Medtronic-Shares-Ventilation-Design-Specifications-to-Accelerate-Efforts-to-Increase-Global-Ventilator-Production/>. Acesso em: 24 maio 2021.

MACKAAYS, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MUSMANN, Thomas. German government plans possibilities to limit patents in view of corona pandemic. In: KLUWER LAW INTERNATIONAL. **Kluwer Patent Blog**. Alphen aan den Rijn, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/03/24/german-government-plans-possibilities-to-limit-patents-in-view-of-corona-pandemic/>. Acesso em: 24 maio 2021.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 355-379, jan./abr. 2018.

PRABHALA, Achal; HOEN, Ellen 't. We'll find a treatment for coronavirus: but drug companies will decide who gets it. **The Guardian**, London, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,eua-rejeitam-decisao-da-oms-que-abre-caminho-para-quebra-de-patentes-de-produtos-contr-o-virus,70003307635> Acesso em: 24 maio 2021.

PRESTES, Duarte. **Propriedade intelectual**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595023239/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, p. 1-37, 2008.

SIMMONS & SIMMONS. **COVID-19: impact of federal government measures on patents**. [S. l.]: Simmons & Simmons, 2020. Disponível em: <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck8epe5lz15530950814ve5e1/covid-19-impact-of-federal-government-measures-on-patents>. Acesso em: 24 maio 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609154/>. Acesso em: 9 jun. 2020

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Covid-19 Response**. [S. l.]: OMS, Disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

ZUCOLOTO, Graziela; MIRANDA, Pedro; PORTO, Patrícia. **A propriedade industrial pode limitar o combate à pandemia?**. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200507_nt_diset_n_61.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

Como citar: BLANCHET, Luiz Alberto; BOMFIM, Gilberto; CASTRO, Bruno Fediuk de. Licença compulsória de patentes à luz da análise econômica do direito no cenário de pandemia do COVID-19. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 149-163, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p149. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 15/12/2020

Aceito em: 28/11/2022

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA INCOMPLETUDE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE INCOMPLETENESS OF THE FREE AND INFORMED CONSENT FORM

*Mestranda em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina,
UEL/PR).

Bacharel em Direito (Centro
Universitário Antônio Eufrásio de
Toledo, TOLEDO PRUDENTE/
SP).

E-mail: bia_muchon@hotmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1033-494X>.

Júlia Gaioso Nascimento

Mestranda em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina,
UEL/PR).

Bacharel em Direito (Universidade
Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: julia_gn@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2903-4402>

** Mestranda em Direito Negocial
(Universidade Estadual de
Londrina, UEL/PR). Bacharel em
Direito (Universidade Estadual de
Londrina, UEL/PR). E-mail: julia_gn@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2903-4402>

***Doutora em Direito
(Universidade Federal do Paraná,
UFPR/PR).

Mestre em Direito Negocial
(Universidade Estadual de Londrina,
UEL/PR).

E-mail: rita.tarifa@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4177-9001>

e Garantias Fundamentais
(Faculdade de Direito de Vitória,
FDV/ES). Graduado em Direito
(Faculdade de Direito de Vitória,
FDV/ES). E-mail: ricardogoretti@fdv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-0507>

Beatriz Vieira Muchon Crivilim*

Júlia Gaioso Nascimento**

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador***

Comocitar: CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 164-177, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo versa sobre o instituto da “Responsabilidade Civil”, com enfoque na área médica. O consentimento informado consiste em informar previamente o paciente da prática médica, para que este manifeste sua vontade livremente, após os devidos esclarecimentos. O entrave se dá quando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) é incompleto, pois gera reflexos jurídicos, sendo a grande questão definir se cabe caracterizar este TCLE como dano a um direito da personalidade. Para elaborar este trabalho foi empregado o método dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a casos concretos. Será analisado o instituto do consentimento informado, sobretudo o TCLE, para aplicar na premissa geral de uma relação médico-paciente. O intuito é chegar na sua aplicabilidade, no que diz respeito às suas consequências na esfera da responsabilidade civil. As técnicas empregadas serão de levantamento de bibliografias, julgados e legislações. Além do método histórico, que se baseia na origem e transformação do instituto apresentado, analisando a origem e evolução histórica do consentimento informado e da responsabilidade civil médica. Será analisado o instituto da responsabilidade civil na esfera médica, buscando as suas raízes na antiguidade até chegar na contemporaneidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dever de informar. Termo de consentimento livre e esclarecido. Incompletude.

Abstract: This article deals with the institute of “Civil Responsibility”, with a focus on the medical field. Informed consent consists of previously informing the patient about the medical practice, so that he can express his will freely, after due clarifications. The obstacle occurs when the Term of Free and Informed Consent (TCLE) is incomplete, as it generates legal consequences, and the big question is to define whether this TCLE should be characterized as damage to a personality right. To prepare this work, the deductive method was used, which corresponds to the discursive extraction of knowledge from general premises applicable to concrete cases. The institute of informed consent will be analyzed, especially the TCLE, to apply in the general premise of a doctor-patient relationship. The aim is to arrive at its applicability, with regard to its consequences in the sphere of civil liability. The techniques employed will be a survey of bibliographies, judgments and legislation. In addition to the historical method, which is based on the origin and transformation of the institute presented, analyzing the origin and historical evolution of informed consent and medical civil liability. The institute of civil liability in the medical sphere will be analyzed, seeking its roots in antiquity until it reaches the contemporary world.

Keywords: Civil responsibility. Duty to inform. Free and informed consent form. Incompleteness.

INTRODUÇÃO

Antes dissertar a respeito da temática, faz-se necessário demonstrar os novos paradigmas que permeiam a relação médico-paciente. Com a acentuada valorização do princípio da autonomia do paciente, se estabeleceu a doutrina do consentimento informado, fundada no valor ético da autonomia da pessoa humana.

Deste modo, serão abordados os fundamentos jurídicos e bioéticos do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, assim como o modo de aplicação deste instituto e as consequências jurídicas de sua ausência ou incompletude. A extensão e conteúdo da informação serão abordados, visto que os limites do dever de informar têm um papel fundamental, pois delimitam a linha tênue que distingue a informação viciada, que ensejará responsabilização civil, daquela transmitida diligentemente.

Nesse contexto, surge uma nova visão do dever de informar na relação médico-paciente, tratando a informação como uma obrigação autônoma, que gera, em caso de ausência ou vício, responsabilização civil. Essa reparação, surge a partir da violação do direito à liberdade: se a autodeterminação é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito acarreta danos indenizáveis.

A pesquisa será qualitativa acerca do consentimento informado na prática médica utilizando revisão sistemática sobre os aspectos éticos e legais, além da análise de julgados que discutem o consentimento informado.

Dessa forma, a temática abordará a evolução da relação médico-paciente e as consequências no âmbito da responsabilidade civil médica quando há dano causado ao paciente e diferenciar se este é derivado de falha no dever de informar do médico, o que afeta a autonomia do paciente, independente do sucesso obtido no tratamento médico.

1 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: DO MODELO HIPOCRÁTICO DE MEDICINA PARA O MODELO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Anteriormente, a prática médica era paternalista, tratava-se de uma medicina hipocrática, o médico era visto como um Deus, assim a participação do paciente nas decisões médicas era mínima, isso perdurou até o século XX. Houve um grande desenvolvimento no campo da Bioética e da Ética Médica, esse paternalismo médico foi sobrepujado pela valorização do princípio da autonomia do paciente.

1.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A participação do paciente nas decisões em procedimentos médicos era ínfima. A atuação do profissional da saúde tinha um cunho paternalista, tratava-se de uma medicina hipocrática. Esse

modelo começa a ruir na segunda metade do século XX.

Para o modelo hipocrático de medicina, a autonomia do paciente nunca foi um objeto de preocupação ética para o profissional. O que se exigia do paciente era sua cooperação para que o médico pudesse exercer sua arte. O diálogo estabelecido limitava-se ao mínimo necessário para ganhar a confiança do paciente (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 59-60).

Sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, ficou evidente toda a barbárie humana, onde a medicina praticou todos os seus experimentos, pessoas foram submetidas a testes científicos cruéis, nesse contexto, o consentimento informado adquiriu uma grande relevância.

Portanto, houve grande evolução no âmbito da Bioética e da Ética Médica, o paternalismo médico herdado de Hipócrates foi superado pela valorização do princípio da autonomia do paciente. A função do consentimento informado na relação médico-paciente é o ponto central para a compreensão dessa mudança de paradigma.

Nos Estados Unidos, o Tribunal da Califórnia, em 1957, empregou a expressão “*informed consent*”. Com isso, as decisões americanas passaram a disseminar o dever de informação do médico para com o paciente; isso foi difundido em outros ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos e europeus. Dessa forma, a formação doutrinária sobre o termo “consentimento informado” passa a ser fundado no valor ético da autonomia da pessoa humana.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, surge a Declaração de Helsinque, o Código de Nuremberg e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração de Helsinque foi o primeiro texto internacional de ética médica a destacar o consentimento do paciente em pesquisas científicas.

O Código de Nuremberg estabeleceu o respeito aos direitos dos pacientes, proibindo experimentação científica antiética. É valorizada a proteção da dignidade humana adjunta ao conceito de autonomia, pois, ao empregar pessoas em pesquisas médicas, o Código de Nuremberg impôs o dever de informar, exigindo o consentimento livre e esclarecido de modo antecipado. Isso garante não só a proteção do paciente em relação a procedimentos indesejados, como também uma participação ativa nos procedimentos médicos adotados.

O paciente deixa de ser apenas o observador de seus direitos, para atuar como o titular destes. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do consentimento informado, presente em uma relação médico-paciente. Pereira (2004, p. 56), ressalta que:

O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo.

Essas questões históricas modificaram a relação médico-paciente, que passa a ter um caráter contratual, é uma prestação de serviços de saúde, o médico, como fornecedor, deve prestar um serviço qualificado de modo diligente. Anteriormente o profissional possuía todo o poder

decisório quanto à submissão do paciente a exames e procedimentos, atualmente este tem sua autonomia reconhecida, tem capacidade de decidir a respeito de sua própria saúde.

Tanto esta transformação da relação médico-paciente, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, podem ter influenciado na valorização do consentimento informado.

Dessa forma, a mudança no modo como se estabelece a relação médico-paciente pode ser a responsável pelo reconhecimento desse importante direito, mas também pode-se considerar que esse princípio seja apenas um desdobramento da dignidade da pessoa humana (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 73).

O médico não mais se encontra em uma posição de superioridade frente ao seu paciente. Nesse contexto que surge uma nova percepção sobre o dever de informar na relação médico-paciente, tratando a informação como uma obrigação autônoma que, em caso de ausência ou vício, gera indenização civil.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), é um documento que expressa o consentimento livre e esclarecido do paciente, de forma escrita, com todas as informações pertinentes, para o mais completo esclarecimento. Sem consentimento não há termo, o consentimento é o conteúdo do qual o TCLE é a sua forma exteriorizada.

O TCLE é um instrumento usado nas relações médico-paciente e nos Comitês de ética, em pesquisas que envolvem pessoas. O objetivo está no aspecto informativo e na autodeterminação dos pacientes. Quando utilizado por instituições para pesquisas, deve-se observar a Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde e, no âmbito da assistência médica, deve-se observar a recomendação do Conselho Federal de Medicina 01/2016.

De acordo com o artigo 22, da Resolução CFM nº 1.931/2009, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal, após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado” (CFM, 2010, p. 37), portanto, não cabe ao médico obrigar o paciente a se submeter a qualquer procedimento. A exceção contida na mesma regra é destinada às hipóteses em que haja “risco iminente de morte”, caso em que o consentimento perde seu posto de destaque frente à urgência do caso apresentado e à absoluta impossibilidade de o paciente manifestar sua vontade em razão, por exemplo, de estado de inconsciência.

Tal exceção não se aplica em casos de doença incurável e terminal, se houver clara manifestação do paciente a não se submeter ao tratamento, tutelando sua autonomia. Em caso de urgência, quando o paciente está em risco iminente de morte, não se exige do médico a obtenção da manifestação de vontade, já que nem ao menos se caracteriza uma relação de consumo, não há a celebração de um contrato. Além disso, a vida humana está em risco e esperar o consentimento, colocaria em risco a vida e a dignidade da pessoa.

O consentimento confere validade ao ato jurídico. Este, para ser eficaz, deve se alicerçar

em três pressupostos: a suficiência da informação; a livre vontade do paciente e o paciente ser capaz para consentir.

O dever de informar, prestado de modo completo e suficiente, possibilita a equivalência do paciente, expressa por seu consentimento informado, visto que “só o consentimento devidamente esclarecido permite juridicamente transferir para o paciente os referidos riscos, que de outro modo deverão ser suportados pelo médico” (PEREIRA, 2004, p. 370). Outro pressuposto de validade do consentimento é sua voluntariedade, o paciente que consente não pode ser induzido ou coagido.

Outro ponto fundamental a ser analisado nesse processo de consentimento informado, é da capacidade de consentir do paciente. A capacidade de direito, atribuída a todas as pessoas físicas, nos termos do artigo 1º do vigente Código Civil, está vinculada à aptidão para ser sujeito de relação jurídica, ou seja, titular de direitos e deveres. O consentimento não se limita à capacidade jurídica do paciente, contudo ela é essencialmente parte integrante daquele.

A manifestação de vontade expressa pelo consentimento informado está inserida no âmbito da capacidade de fato, especificamente na capacidade para atos jurídicos. É um negócio jurídico, visto que há manifestação de vontade de forma a instrumentalizar a autonomia privada.

Ainda, a respeito da capacidade de consentir do paciente, há uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de se inferir uma capacidade para consentir especial. Afinal, o conceito de capacidade civil de exercício ou de fato nem sempre é suficiente para aferir a capacidade de consentir do paciente.

O paciente que consente deve ser capaz civilmente e ter discernimento para poder expressar validamente sua vontade. O discernimento é outra espécie de capacidade, que deve somar-se à capacidade de fato e de direito, vai além da capacidade, averigua a aptidão do sujeito para manifestação de vontade.

Dada a incapacidade do paciente para declarar seu consentimento, nos casos não excepcionados, este deve ser dado por seus representantes legais. O atual Código de Ética Médica, ao abordar sobre a capacidade do paciente para consentir na participação em pesquisas médicas dispõe no parágrafo único do seu art. 101 que “No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão”

Portanto, como o consentimento para procedimento médico tutela bens jurídicos conexos aos direitos de personalidade, é imperiosa uma capacidade além da simples capacidade negocial. Há ainda outros aspectos para se considerar para garantir um consentimento inequívoco por parte de quem o emite, são a personalidade, a atualidade e o fato de dever ser ele expresso.

Destaca-se a questão da atualidade, já que o dever de informação é um processo que se estende ao longo do tempo, assim, o consentimento expresso num momento anterior pode não mais representar a atual vontade do indivíduo.

O consentimento é relativo, pois quem o concede não declina da titularidade do bem ou interesse jurídico legalmente protegido. Se o paciente, após assentir, desistir do tratamento, como conserva o direito inalienável de a ele submeter-

se ou não, a decisão é válida e tira suporte de qualquer manobra profissional posterior, enquadrando-a, em tese, nos tipos ordinários de crime contra a vida ou a integridade física ou psíquica. A desistência pode se dar até o momento em que o médico vai iniciar a prática de qualquer ato necessário às manobras posteriores. Por exemplo, o corpo médico deve acatar a vontade do paciente que, após tomar injeção preparatória de anestesia, manifesta clara e inequivocamente não mais ter a intenção de se submeter à cirurgia. Os atos praticados até o momento da revogação do consentimento justificam as manobras já realizadas (CASTRO, 2005, p. 112).

Com isso, aquele procedimento aceito pelo paciente há seis meses, pode já não ser tão conveniente, em razão dos efeitos colaterais sofridos, por exemplo. O paciente pode revogar o seu consentimento a qualquer momento. O esclarecimento deve ser dado sempre antecipadamente a cada nova fase do procedimento, abordando os aspectos relevantes da prática médica, seus objetivos e decorrências, a fim de que o paciente possa consentir de modo consciente.

O conteúdo da informação deve abranger o prognóstico, diagnóstico e a terapêutica, sendo que o médico deve transmitir essas informações com termos adequados, considerando o estado emocional do paciente, sua capacidade de compreensão e seu nível cultural.

Cumpra-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor preenche três requisitos principais: adequação – os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; suficiência – a informação deve ser completa e integral; veracidade – além de completa, a informação deve ser verdadeira, real. Somente a informação adequada, suficiente e veraz permite o consentimento informado, pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor.

A informação, como já ressaltado, tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes. A nosso juízo, somente a manifestação de vontade “qualificada” opera efeitos vinculantes ao consumidor – diferentemente do regime tradicional, em que bastava a manifestação de vontade não formalmente viciada (CAVALIERI FILHO, 2022, p. 134).

O consentimento informado é um elemento típico do atual exercício da medicina, não é somente uma doutrina legal, porém um direito moral dos pacientes que suscita obrigações morais para os profissionais.

As informações devem ser “fornecidas dentro de padrões acessíveis ao nível intelectual e cultural do paciente, pois quando indevidas e mal organizadas resultam em baixo potencial informativo, em verdadeira desinformação” (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 65). O paciente tem que compreender o sentido das informações fornecidas pelo profissional, e para tanto devem ser elas adaptadas às circunstâncias socioculturais e psicológicas daquele.

2 A INCOMPLETUDE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO CAUSA GERADORA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O profissional da saúde, ao desempenhar a sua atividade, vincula-se em regra a uma obrigação de meio, ou seja, se compromete a aplicar os seus melhores esforços em prol de seu paciente. O médico deve se atentar aos deveres de diligência e conhecimento técnico, segundo a *lex artis*, visto que em sua atividade estão sempre presentes circunstâncias aleatórias e fatores externos que saem do seu controle, que não lhe permitem garantir um resultado.

Josserand ressaltou a tendência na jurisprudência francesa de que a responsabilidade médica não mais deveria ser vista como delitual (DIAS, 1979, p. 280-281), trata-se da teoria do contrato *sui generis* que agrega à prestação dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da prestação, figurando, portanto, como um negócio atípico. Já Savatier defendeu que a prova na responsabilidade civil contratual incide sobre o devedor ou sobre o credor de acordo com a natureza da obrigação assumida, se esta é de meio ou de resultado (DIAS, 1979, p. 283).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, é contratual a relação estabelecida entre o médico e seu paciente (BRASIL, 2009). No Brasil prevalece que a relação médico-paciente se enquadra na responsabilidade contratual, apesar de estar inserida no capítulo dos atos ilícitos, artigo 951, do Código Civil. Afinal, a aludida relação é de consumo, o paciente é o consumidor, pois se aproveita diretamente dos conhecimentos do médico, que é remunerado pela prestação desse serviço, e, portanto, a responsabilidade é regida em princípio pelo Código de Defesa do Consumidor.

Diante da responsabilização, o profissional deve se preocupar em prestar um serviço humanizado e diligente. Isso engloba o respeito aos direitos do paciente à informação e à prestação de serviços de qualidade, de modo a respeitar a boa-fé contratual. O consumidor, no caso o paciente, deve ser informado sobre riscos e consequências do procedimento de saúde a que será submetido. Isso é materializado com a elaboração do termo de consentimento informado (TCI), em que o paciente assina que teve prévio e pleno conhecimento sobre o procedimento.

Quanto a natureza contratual da relação médico-paciente, há certa divergência doutrinária, porém em grande parte considera o contrato médico semelhante a um contrato de locação de serviços ou inominado.

Assim, considera-se que a natureza jurídica da relação instaurada configura uma locação de serviços *sui generis*, como o acréscimo da prestação remunerada de um serviço referente à saúde e deveres extrapatrimoniais, como assinala Tepedino, Terra e Guedes (2022, p. 213):

Em tal perspectiva, a natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, embora sem atrair o consenso doutrinário, pode ser considerada locação de serviços *sui generis*, agregando à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença.

O objeto do contrato da relação médico-paciente é a cura mediante os cuidados disponíveis

na ciência, sendo o contrato consensual, cujo aperfeiçoamento ocorre quando formalizado o consentimento, bilateral e comutativo.

Há situações em que a relação médico-paciente passa para a esfera extracontratual, quando não há um acordo de vontades capaz de ensejar a formação de uma relação negocial. Como por exemplo, no caso do médico que presta socorro a alguém na rua.

[...] a discussão a respeito do enquadramento de tal responsabilidade dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico (LOPEZ, 2009, p. 109).

No entanto, mesmo nas situações em que a relação médico-paciente não nasce de um acordo de vontades, haverá dever de indenizar, caso presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil está presente quando há a infração a uma norma do direito privado, o que obriga o responsável pelo dano a repará-lo, através de uma sanção restitutiva ou indenizatória. No artigo 186, do Código Civil, extrai-se os pressupostos para se configurar a responsabilidade civil: a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causal entre eles.

É um liame contratual complexo a relação entre o médico e seu paciente, o profissional compromete-se a dar o melhor de seus conhecimentos em benefício do paciente, e a responsabilização civil ficará condicionada a verificação da culpa, além da conduta, dano e nexo causal, ressalvadas as hipóteses legais relativas ao ônus da prova, previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A obrigação de informar é autônoma, presente no artigo 31, do CDC, e forma com a obrigação de fazer nuclear proveniente do contrato médico, um feixe obrigacional, ocupando ambas posições de obrigações principais. Afinal “[...] o consentimento é a expressão máxima do princípio da autonomia, constituindo um direito do paciente e um dever do médico” (BARBOZA, 2004, p. 10).

Portanto a necessidade de haver consentimento por parte do paciente integraria as regras da *lex artis*. O tribunal espanhol entendeu que:

Esta situación [...] provocada por la falta de información [...] supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención [...] la falta de información se constituye como un daño moral que deberá indemnarse siguiendo los criterios generales de toda clase de daños morales¹ (ZAPLANA, 2006, p. 383-388).

É evidente que a ciência médica não é nem nunca será exata, mesmo diante de toda a tecnologia disponível e aplicada na área da saúde. Não é possível o médico prever todos os riscos passíveis de concretização e, conseqüentemente alertar o paciente.

¹ Tradução Livre: “a falta de informação supõe em si mesma dano moral grave, distinto e separado do dano corporal derivado da intervenção médica. Ela se constitui como um dano moral, que deverá ser indenizado seguindo os critérios gerais de toda a classe dos danos morais” (ZAPLANA, 2006, p. 383-388).

Dessa forma, os limites da extensão do dever de informar estão diretamente ligados com a falibilidade da ciência médica e com os riscos decorrentes desta. Se exige comunicação prévia apenas dos riscos previsíveis, esperados e já identificados claramente na prática médica.

Portanto, a ocorrência de um risco inesperado, mesmo que não informado previamente pelo médico, não deve gerar dever de indenizar. Sobre o risco inesperado e imprevisível, não recai o dever de informar.

Na jurisprudência brasileira, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou o entendimento no sentido de que o médico deve ser responsabilizado em virtude de danos decorrentes de uma intervenção médica, quando as sequelas suportadas pelo paciente não foram prévia e adequadamente informadas, mesmo não havendo nenhuma falha técnica no agir do profissional.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. DEVER DE INFORMAÇÃO. CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. DOENÇA DEGENERATIVA. PACIENTE QUE RESTOU PARAPLÉGICO. DANOS MORAIS OCORRENTES. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. CASO CONCRETO. [...] 2. Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo do médico, não pela má técnica na realização das cirurgias, mas porque deixou de riscos dos procedimentos a serem realizados, resultando em imediata piora do quadro clínico e invalidez permanente da paciente. [...] 4. Dano material. Pedido rejeitado, por ausência de indicação e comprovação. 5. Danos morais evidenciados pelo próprio evento danoso, configurando-se in re ipsa, porque presumíveis os desconfortos e sofrimentos experimentados pelo autor em razão da situação vivenciada, circunstância que indubitavelmente causou transtornos de ordem emocional. Valor fixado em R\$50.000,00. Peculiaridades do caso concreto. 6. A situação posta nos autos permite a aplicação analógica da teoria da perda de uma chance, pois é possível concluir que caso cumprido o dever de informação, teria o paciente a possibilidade de não realizar o tratamento e prosseguir com os poucos sintomas (dor nas costas) ao invés da invalidez constatada já após a realização do primeiro procedimento cirúrgico. Destarte, o dano que o demandado causou ao autor consubstancia a perda da chance de, eventualmente, ter permanecido com os movimentos dos membros inferiores por tempo indeterminado, caso o dever de informação fosse eficazmente atendido. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA (TJ-RS - AC: 70084872910 RS. Relator: Isabel Dias Almeida. Data de Julgamento: 11/06/2021. Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 29/06/2021) (PORTO ALEGRE, 2021).

Acerca da perda da chance decorrente do dever de informar na relação médico-paciente, ainda que o evento danoso seja inevitável, dispõe Noronha (2013, p. 274):

Porém, pode acontecer que, mesmo quando o evento danoso fosse inevitável, possa ainda haver responsabilidade, mas não pelos danos inevitáveis e também não por perda de chance. É o que acontece nas hipóteses em que se possa afirmar

que a violação do dever geral de informação que estiver em causa integra o que em capítulo anterior se designou de ofensa a deveres gerais de agir conforme os ditames da boa-fé; nesta situação, a omissão das informações pode acarretar danos específicos, em especial anímicos, como já se consignou [7.3.6.e.2]; exemplo elucidativo é o caso do médico que não presta ao paciente as informações que seriam razoáveis sobre os riscos da intervenção cirúrgica a que este será submetido e que depois se verificam, causando um sofrimento que poderia ter sido evitado.

No mesmo arremetimento, de acordo com Lorenzetti (1998, p. 212), “Cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto”². Assim, se a informação não tiver sido prestada, ou tiver sido prestada de modo deficiente, de maneira a impedir a adequada manifestação do consentimento do paciente, deverá, no mínimo, agravar a responsabilidade do médico, já que foram causados danos múltiplos ao paciente, quais sejam: o dano à integridade física em razão do agir culposo na própria prestação do serviço de saúde e o dano ao seu direito de liberdade e autodeterminação, já que o paciente poderia ter escolhido não se submeter ao procedimento proposto.

Neste sentido, leciona Rosenvald, Farias e Netto (2019, p. 1335):

Os deveres de informação são deveres de conduta, exigem uma postura positiva e ativa. O médico que negligencia o dever de informação pode ser condenado a indenizar (STJ, REsp 332.025, rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 5-8-2002). Informar corretamente, esclareça-se, é informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito. A ausência de informação (ou a informação defeituosa) gera responsabilidade civil, desde que conectada, emnexo causal, a um dano de qualquer espécie.

Quanto a uma conduta omissiva danosa do profissional de saúde, o dever de indenizar não necessita da absoluta ausência da disponibilidade de consentimento posterior à informação dada, bastando para existir a pretensão do paciente à reparação a mera incompletude ou inexatidão de informação transmitida pelo médico a respeito de eventuais riscos. O dever de reparar prossegue independentemente do resultado proposto ou da intervenção ter sido alcançada.

[...] Caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário-, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem efetivamente ocorrido por um erro de conduta no procedimento clínico, cirúrgico ou laboratorial prestado, mas sim, estarão circunscritas a um outra ordem de valores, em especial aquela do ressarcimento de danos morais. (SCAFF, 2010, p. 99).

A reparação surge a partir da violação do direito à liberdade, visto que, se a autodeterminação

² Tradução Livre: “quando o tratamento é prestado com culpa, normalmente é irrelevante a discussão sobre o dever de informar porque a responsabilidade existirá com a demonstração do primeiro aspecto” (LORENZETTI, 1998, p. 212).

é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito acarreta danos indenizáveis.

Disso decorre que toda intervenção médica, sobretudo quando há riscos relevantes a serem considerados - riscos previsíveis propiciados pelo avanço médico, somente seria legítima quando o processo de decisão fosse compartilhado com paciente (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 53-54).

Beauchamp e Faden destacam que o direito à autodeterminação do paciente, que ulteriormente seria chamado de consentimento informado, passa a ser concebido como um dano físico autônomo pela violação à privacidade, ou seja:

O agente [profissional de saúde] pode não ter a intenção de causar um dano e pode ser que de sua ação não resulte dano algum [no sentido de malversação do agir médico], mas esta ação, por si só, já seria considerada ofensiva (por ter havido um contato físico não consentido) (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 82).

É necessário ponderar que o termo de consentimento livre e esclarecido outorgado pelo paciente ao seu médico não libera este das consequências de um agir imprudente, imperito ou negligente. O TCLE apenas exime o profissional de responsabilização por eventuais riscos que foram objeto de informação e que se concretizaram, embora o profissional tenha seguido a *lex artis*.

CONCLUSÃO

Antes, o médico estava um patamar acima do paciente em uma relação médico-paciente, hoje ambos estão equiparados, o paciente se encontra no centro, visto que pode analisar suas opções, e, legitimamente exercer a soberania sobre o próprio corpo.

O consentimento válido emitido pelo paciente resulta da informação prestada de maneira clara, compreensível e completa. A liberdade de se autodeterminar do paciente jamais será possível sem a informação necessária para se fazer uma escolha própria, autêntica, íntegra. Além disso, a informação prestada também promove o reequilíbrio das posições do médico e paciente.

Evidente que a informação deve ser qualitativamente modulada para que todos os pacientes tenham iguais possibilidades decisórias sobre o procedimento médico. Deve-se olhar para o paciente em concreto, e não para um padrão do “homem médio”.

A relação médico-paciente é um feixe obrigacional, que encerra deveres recíprocos de conduta aos quais as partes estão sujeitas e que vão muito além da prestação tradicionalmente chamada de principal. Portanto, dada a natureza da relação e dos bens nela envolvidos, a informação assume um caráter fundamental, sendo o elemento decisivo capaz de fazer com que esta relação se desenvolva legitimamente.

O dever de informar na relação médico-paciente, é autônomo, capaz de gerar

responsabilização do médico independentemente de haver ou não dano decorrente da prestação relacionada a saúde, ao diagnóstico e/ou cura do paciente, tradicionalmente entendida como “principal” no âmbito desta relação.

Assim, o descumprimento do dever de obter consentimento informado gerará a obtenção de ressarcimento pelo paciente, esse inadimplemento é causa autônoma de culpa, fere a liberdade e direitos da personalidade do paciente e, por si só, é capaz de gerar pretensão distinta à obtenção de uma indenização. As jurisprudências estudadas, demonstram que os Tribunais já reconhecem que a infração ao dever de informação constitui dano autônomo e indenizável. No entanto, entendem que há necessidade de que ocorra simultaneamente a concretização de riscos não informados.

A infração ao dever de informação causa um dano, um dano de natureza moral decorrente da infração das garantias de informação e seu posterior consentimento. Esse dano deve ser indenizável por ferir a autonomia do paciente, corolário da dignidade da pessoa humana, independentemente de danos físicos ocorridos ou não, e que devem ser valorados, por conseguinte, individual e separadamente.

O descumprimento constitui causa autônoma de culpa capaz de ensejar a responsabilidade civil do médico por evidente violação a um direito da personalidade que, também, em determinadas circunstâncias, assume contornos de um dever contratual.

Dessa forma, o defeito de informação sem a ocorrência de falha no tratamento é relevante e a culpa por não haver informado ou por tê-lo feito de forma deficiente gera sim responsabilidade, independentemente de ter havido ou não negligência no tratamento técnico dispensado ao paciente. Dado que, se o paciente houvesse sido corretamente informado a respeito dos riscos envolvidos, poderia ter optado por não se submeter ao procedimento e ter evitado a intercorrência geradora do dano que se concretizou, mesmo tendo havido correto adimplemento da prestação do serviço profissional.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil.

Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 5-14, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Recurso Especial: Resp 1104665 RS**

2008/0251457-1. Relator: Ministro Massami Uyeda. T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe, 4 ago. 2009.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931, de 17/09/2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49-68.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MABTUM, Mateus Massaru; MARCHETTO, Patrícia Borba. Reflexões sobre o consentimento livre e esclarecido. *In*: MABTUM, Mateus Massaru; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 73-87.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM, 1998. p. 53-70.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: Estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. **TJ-RS - AC: 70084872910 RS**. Recurso Parcialmente Provido, por Maioria. Relator: Isabel Dias Almeida. Data de Julgamento: 11/06/2021. Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 29 jun. 2021.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves D.; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZAPLANA, José Guerrero. **Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios**. 5. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006.

Como citar: CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 164-177, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/06/2022

Aprovado em: 25/01/2023

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS, do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;

- b. aceitação com alterações;

- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês e espanhol. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente até 25 laudas): deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.

2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

- **O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por**

volume. Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e conseqüentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.

2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores, em razão do grau de exogenia.

2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.

2.1.5. A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1- Relações negociais no Direito Privado; 2- Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3- Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional e ORCID;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Times New Roman, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem

ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico, devem ser grafadas com a primeira letra em maiúsculo e separadas por ponto e vírgula;

- **Abstract** e **Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002*), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos *et al.* (1977) encontram...

[...] posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

[...] sem que essa prestação de serviços [...]” (HONRUBIA *et al.*, 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 *apud* ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a, 2003b). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão *et al.* Exemplo: Barcellos *et al.* (1997) (BARCELLOS *et al.*, 1997)

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 - *Informação e Documentação - Referências - Elaboração/ago. 2002*)

Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os Autores que publicam nesta revista concordam a nossa Declaração de Direitos Autorais.

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Artigos com pesquisas que contenham dados específicos de pessoas e/ou resultados de experiências com seres humanos deverão vir acompanhados com parecer autorizativo, emitido por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) são colegiados interdisciplinares e independentes, com “múnos público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP).

7. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

8. Sugerimos a leitura da obra “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos:** como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

9. Para orientação na elaboração e formatação do artigo, disponibilizamos este [template](#).

Declaração de Direito Autoral

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

a) Os(as) autores(as) mantêm os direitos autorais e concedem à revista o direito de primeira publicação, sendo o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](#), permitido o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.

b) Os(as) autores(as) têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.

c) Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho em linha (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) após o processo editorial, já que isso pode

gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (Veja [O Efeito do Acesso Livre](#)).

d) Os(as) autores(as) dos trabalhos aprovados autorizam a revista a, após a publicação, ceder seu conteúdo para reprodução em indexadores de conteúdo, bibliotecas virtuais e similares.

e) Os(as) autores(as) assumem que os textos submetidos à publicação são de sua criação original, responsabilizando-se inteiramente por seu conteúdo em caso de eventual impugnação por parte de terceiros.

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Scientia Iuris. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Em relação a dados eventualmente submetidos ao cadastro de usuários em qualquer condição (autores, leitores, pareceristas, editores), garante a sua privacidade e seu uso exclusivamente acadêmico, em conformidade com o Art. 4º, inciso II, alínea “b”, da [Lei Geral de Proteção de Dados](#).

Nos artigos, entrevistas ou resenhas publicados, serão incluídos os dados pessoais dos autores, a saber: nome completo, filiação e última formação acadêmica, endereço de e-mail e ORCID.