

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 25 n. 2, jul. 2021

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof^a. D^a. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. 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

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: 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. 25, N. 2 (julho 2021).
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. 25, n. 2, jul 2021

MESTRADO 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)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) 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)

Equipe Técnica:

Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de Souza Santos, Natali
Silvana Zwaretch, Tatiane Avelino Cardoso

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DRA. ADRIANA SILVA MAILLART
(UNINOVE-SP)

DRA. CAMILA SILVEIRA STANGHERLIN
(IFFAR-RS)

DR. CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES
BOLONHA (UFRJ-RJ)

DRA. DANIELA BRAGA PAIANO (UEL-PR)

DR. DAVID GOMES PONTES (FLF-CE)

DR. EDSON DAMAS DA SILVEIRA (UERR-RR)

DR. ELCIO NACUR REZENDE (ESDHC - MG)

DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR-RR)

DR. GERSON NEVES PINTO (UNISINOS-RS)

DR. GUILHERME CAMARGO MASSAÚ
(UFPEL-RS)

DR. GUILHERME CÉSAR PINHEIRO
(UEMG-MG)

DR. JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO
(UNIBRASIL-PR)

DRA. JULIANA FERRERO MONTENEGRO
(UNICURITIBA-PR)

DRA. LÍVIA PITELLI ZAMARIAN HOUAISS
(UFRRJ-RJ)

DRA. MARIA LÍRIDA DE ARAÚJO E
MENDONÇA (UNIFOR-CE)

DRA. NATALIA MARIA VENTURA DA SILVA
ALFAYA (UNILONDRINA - PR)

DR. NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA
(UEM-PR)

DR. RAFAEL DOS SANTOS PINTO
(FARESC-PR)

DRA. REGINA CÉLIA MARTINEZ (FMU-SP)

DR. SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE-PE)
DR. THIAGO CAVERSAN ANTUNES
(POSITIVO - PR)

DR. YUDAN DE OLIVEIRA MAY
(UNESC-SC)

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 IMPORTÂNCIA DA SOLIDARIEDADE PARA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA E DA SUSTENTABILIDADE, NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL, BASEADA NA TEORIA DA ECOLOGIA INTEGRAL.....	10
THE IMPORTANCE OF SOLIDARITY FOR THE IMPLEMENTATION OF JUSTICE AND SUSTAINABILITY, IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, BASED ON THE THEORY OF INTEGRAL ECOLOGY	
<i>Thiago Germano Álvares da Silva e Cleide Calgaro e Liton Lanes Pilau Sobrinho</i>	
“JURISDIÇÃO” EXTRAJUDICIAL E A TUTELA DA (DES)CONFIANÇA.....	25
EXTRAJUDICIAL “JURISDICTION” AND THE PRINCIPLE OF (UN)TRUST	
<i>Kelly Cardoso e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira</i>	
A INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR EM CASO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.....	44
THE SUPPLEMENTARY INDEMNIFICATION IN THE EVENT OF TERMINATION OF THE COMMERCIAL REPRESENTATION CONTRACT	
<i>Marcelo Sampaio Siqueira e Alisson José Maia Melo e Victor Felipe Fernandes de Lucena</i>	
INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES: REESTRUTURAÇÃO COMO POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO NO BRASIL.....	62
TRANSPORT INFRASTRUCTURE: RESTRUCTURING AS A DEVELOPMENT POLICY IN BRAZIL	
<i>Jeferson Sousa Oliveira e Marcelo Benacchio</i>	
UMA APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ÀS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA.....	83
AN APPLICATION OF THE DISCIPLINE OF UNJUST ENRICHMENT TO THE CHANCES OF CONTRACTUAL TERMINATION: THE PRESCRIPTIVE PERIOD OF THE RESTITUTORY CLAIM	
<i>Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva</i>	
A RESPONSABILIDADE DO GOOGLE ADS POR DANOS ORIUNDOS DE CONTEÚDO GERADO POR SEUS ANUNCIANTES.....	107
THE RESPONSIBILITY OF GOOGLE ADS FOR DAMAGES ARISING FROM CONTENT GENERATED BY ITS ADVERTISERS	
<i>Rodolfo Ignácio Aliceda e Tarcisio Teixeira</i>	
PANORAMA DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA.....	131
OVERVIEW OF THE LAW OF THINGS IN GERMANY	
<i>Leonardo Estevam de Assis Zanini</i>	
O PARADIGMA MODERNO E A RE(CONFIGURAÇÃO) DO SISTEMA DE JUSTIÇA A PARTIR DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE JUSTIÇA	151
THE MODERN PARADIGM AND THE RE (CONFIGURATION) OF THE JUSTICE SYSTEM FROM THE ALTERNATIVE MECHANISMS OF JUSTICE	
<i>Jonathan Junges e Rosane Teresinha Carvalho Porto</i>	
COMÉRCIO JUSTO E BIOÉTICA: A LEGITIMIDADE DE REGIMES JURÍDICOS	

PRIVADOS	168
FAIR TRADE AND BIOETHICS: THE LEGITIMACY OF PRIVATE LEGAL SCHEMES <i>José Ricardo dos Santos Baganha e Rafael Lazzarotto Simioni</i>	
FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO A PARTIR DO TRÂNSITO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS E SEUS FUNDAMENTOS: IMPLEMENTAÇÃO POR ADEQUAÇÃO JUDICIAL COMPULSÓRIA OU PELA VIA CONVENCIONAL?	187
PROCEDURE FLEXIBILIZATION THROUGH TRANSPORT OF PROCESSUAL TECHNIQUES AND ITS LEGAL BASES: IMPLEMENTATION BY COMPULSORY JUDICIAL ADEQUACY OR THROUGH CONVENTIONAL MEANS AUGUSTO PASSAMANI BUFULIN E TIAGO AGUIAR VILARINHO	
RESENHAS REVIEWS	205
THE BRUSSELS EFFECT	205
O EFEITO BRUXELAS <i>Eduardo Bueno Rodrigues</i>	
THE EVOLUTION OF COOPERATION	208
CHAPTER 7 - HOW TO PROMOTE COOPERATION <i>Bruna Faria</i>	

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 2 de seu 25º 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 cumpridos, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa. O atual Volume, conta com duas resenhas: *The Brussel's Effect*, de Eduardo Bueno Rodrigues e *The Evolution of Cooperation*, de Bruna Faria, e mais dez artigos, os quais versam sobre múltiplas áreas do direito, tais como: a) A importância da solidariedade para implementação da justiça e da sustentabilidade, no direito internacional ambiental, baseada na teoria da ecologia integral, de autoria de Thiago Germano Álvares da Silva, Cleide Calgaro e Liton Lanes Pilau; b) “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des)confiança de autoria, de Kelly Cardoso e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; c) A indenização suplementar em caso de rescisão de contrato de representação comercial, de autoria de Marcelo Sampaio Siqueira, Álisson José Maia Melo e Victor Felipe Fernandes de Lucena; d) Infraestrutura de transportes: reestruturação como política de desenvolvimento no Brasil, de autoria de Jeferson Sousa Oliveira e Marcelo Benacchio; e) Uma aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa às hipóteses de extinção contratual: o prazo prescricional da pretensão restitutória, de autoria de Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva; f) A responsabilidade do Google Ads por danos oriundos

de conteúdo gerado por seus anunciantes, de autoria de Rodolfo Ignácio Aliceda e Tarcísio Teixeira; g) Panorama do direito das coisas na Alemanha, de autoria de Leonardo Estevam de Assis Zanini; h) O paradigma moderno e a re(configuração) do sistema de justiça a partir dos mecanismos alternativos de justiça, de autoria de Jonathan Junges e Rosane Teresinha Carvalho Porto; i) Comércio justo e bioética: a legitimidade de regimes jurídicos privados, de autoria de José Ricardo dos Santos Baganha e Rafael Lazzarotto Simioni; j) Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?, de autoria de Augusto Passamani Bufulin e Tiago Aguiar Vilarinho.

Neste número, nossos autores debatem temas da maior relevância, trazendo discussões necessárias e inovadoras a respeito das relações negociais contemporâneas. Que a inquietude de nossos autores, em busca de respostas às problemáticas abordadas, possa suscitar em nossos leitores o pensamento crítico, num panorama enriquecedor de importância dos estudos sobre as muitas repercussões jurídicas oriundas do convívio humano em sociedade.

Todas as discussões iniciais possíveis foram travadas e as eventuais consequências futuras ainda demandarão tempo e amadurecimento para serem conhecidas. Desde modo, fica o convite à partilha das investigações construídas, nos variados campos que o Direito Negocial nos instiga.

Diante da alta gama de assuntos extremamente relevantes ao cenário contemporâneo dos quais os artigos tratam, espera-se contribuir com conhecimento aos nossos leitores diante da profundidade dada à importantes temas envolvendo o Direito Negocial. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica. 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!

Comissão Editorial

**A IMPORTÂNCIA DA SOLIDARIEDADE PARA IMPLEMENTAÇÃO
DA JUSTIÇA E DA SUSTENTABILIDADE, NO DIREITO
INTERNACIONAL AMBIENTAL, BASEADA NA TEORIA DA
ECOLOGIA INTEGRAL**

THE IMPORTANCE OF SOLIDARITY FOR THE IMPLEMENTATION
OF JUSTICE AND SUSTAINABILITY, IN INTERNATIONAL
ENVIRONMENTAL LAW, BASED ON THE THEORY OF INTEGRAL
ECOLOGY

Thiago Germano Álvares da Silva*
Cleide Calgaro**
Liton Lanes Pilau Sobrinho***

* Mestre em Direito pela
Universidade de Caxias do Sul
(UCS)
E-mail: thiagogermano@yahoo.
com.br

** Doutora em Direito pela
Universidade de Santa Cruz do
Sul (UNISC)
Professora em Direito na
Universidade de Caxias do Sul
(UCS) E-mail: ccalgaro1@
hotmail.com

*** Doutor em Direito pela
Universidade do Vale do Rio
dos Sinos (UNISINOS)
Professor em Ciência Jurídica na
Universidade do Vale do Itajaí
(UNIVALI) E-mail: litonlanes@
gmail.com

Como citar: SILVA, Thiago Germano Álvares da; CALGARO, Cleide; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A importância da solidariedade para implementação da justiça e da sustentabilidade, no Direito Internacional Ambiental, baseada na teoria da ecologia integral. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 10-24, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho analisa a importância da solidariedade na evolução do direito internacional ambiental. Objetiva-se, ao longo do estudo, proceder uma avaliação sobre em que medida o direito internacional ambiental foi se afastando de um de seus valores originais para a busca da justiça, analisando os percalços em implementar implicitamente ou explicitamente a solidariedade no sistema jurídico internacional. Também, discorre sobre desvirtuamentos e armadilhas que levam o direito internacional a se afastar dos valores solidários. Com isso, se deduz a necessidade de fortalecer marcos teóricos e doutrinas que aproximem o direito internacional ambiental dos seus valores originais e fundamentais, bem como a necessidade de retomar o foco dos acordos internacionais ambientais na justiça socioambiental, isto é, na busca por cooperação internacional para combater injustiças sociais e ambientais transnacionais. Não obstante, utiliza as diretrizes da ecologia integral e propostas de ação internacional contidas na *Laudato Si'*, que valorizam a solidariedade em busca da justiça socioambiental. O método de estudo é analítico-dedutivo. Nas considerações finais, se reconhece a importância da solidariedade para o direito internacional ambiental e a necessidade de se sanar as armadilhas e desvirtuamentos contidos no direito internacional em relação à solidariedade, necessário para a justiça e para a proteção ambiental, principais motivos para existirem acordos internacionais ambientais.

Palavras-chave: direito internacional ambiental, solidariedade, ecologia integral, justiça, socioambientalismo.

Abstract: This paper analyzes the importance of solidarity in the evolution of international environmental law. The objective of this study is to evaluate the extent to which international environmental law has moved away from one of its original values in the search for justice, analyzing the obstacles to, implicitly or explicitly, develop solidarity in the international legal system. In addition, it discusses distortions and pitfalls that lead international law to distance itself from values of solidarity. With this, it is deduced the need to strengthen theoretical frameworks and doctrines that bring international environmental law closer to its original and fundamental values, as well as the need to return to the focus of international environmental agreements on social and environmental justice, that is, the search for international cooperation to combat transnational social and environmental injustices. Nonetheless, it uses the guidelines of integral ecology and proposals for international action contained in the *Laudato Si* ‘, which value solidarity in search of social and environmental justice. The method of study is analytic-deductive. The final considerations recognize the importance of solidarity for international environmental law and the need to remedy the pitfalls and distortions contained in international law in relation to solidarity, necessary for justice and environmental protection, the main reasons for the existence of international agreements environmental impacts.

Keywords: international environmental law, solidarity, integral ecology, justice, socio-environmentalism.

INTRODUÇÃO

Entre os valores morais e princípios gerais do Direito na esfera ambiental, urge o princípio da solidariedade, sendo importantíssimo na evolução e nos interesses do direito internacional ambiental. Contudo, existe o esforço em identificá-lo no direito internacional ambiental, seja no sentido fraternal, cooperativo, nos direitos e nas responsabilidades, entre outros sentidos, pela busca final de justiça além das fronteiras.

O presente trabalho visa, inicialmente, analisar a importância da solidariedade na evolução do direito internacional ambiental. Após, discorre sobre algumas armadilhas contidas no direito internacional e desvirtuamentos dos valores solidários, ocasionado seja por pragmatismo dos acordos internacionais ou por desfaçatez dos agentes internacionais, prejudicando a busca internacional por justiça.

Para tentar evitar as armadilhas e desvirtuamentos que distanciam o direito internacional ambiental de seus objetivos, propõe-se utilizar como marco teórico a ecologia integral e as propostas de ação internacional contidas na “Carta Encíclica *Laudato Si*’ do Santo Padre Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum”, que valoriza a solidariedade em busca da justiça socioambiental.

Para alcançar os objetivos propostos neste trabalho foi adotado método analítico-dedutivo, devido à natureza do estudo desenvolvido e ao procedimento de revisão da literatura, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, essencialmente doutrinária, mas com eventuais aportes da jurisprudência e da legislação.

1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO UM PRINCÍPIO GERAL NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Princípios gerais têm sido frequentemente usados para preencher lacunas no direito internacional durante litígios entre Estados. Princípios gerais de direito são aqueles conceitos e regras encontrados nos principais sistemas legais do mundo e apropriados para aplicação nas relações internacionais. Uma vez que tais regras foram adotadas na legislação nacional, o consentimento para sua aplicação no direito internacional é inferido (KISS; SHELTON, 2007, p. 8).

As questões ambientais estão se caracterizando cada vez mais como um fator de divergências entre países em vários fóruns internacionais - e, de fato, o número de fóruns disponíveis para resolver conflitos ambientais está aumentando. O principal fórum internacional de resolução de conflitos ambientais é a Corte Internacional de Justiça (ICJ, *International Court of Justice*), principal órgão judicial das Nações Unidas, estabelecida em 1945, na continuação do seu antecessor, o Tribunal Permanente da Justiça Internacional (TPJI). O art. 38 do seu Estatuto fomentou e desenvolveu as principais bases do direito internacional, inicialmente redigido pela antecessora TPJI (SILVA, 2018, p.16-17).

Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as

controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. **as convenções internacionais**, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. **o costume internacional**, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. **os princípios gerais de direito**, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem (ESTATUTO...²⁰¹⁹)

Apesar de se aplicar apenas ao ICJ, o art. 38 representa a lista oficial de bases normativas que os Estados identificaram e aceitaram como capazes de criar regras que os vinculassem, sendo a única listagem desse tipo. Estabelece, em ordem, convenções internacionais (tratados) gerais ou específicas, costumes internacionais como evidência de uma prática geral aceita como lei, e princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações “civilizadas” (SILVA, 2018, p. 18).

Entre os princípios gerais do direito ambiental na esfera internacional, está o princípio da solidariedade, que provém da Revolução Francesa, por ser sinônimo de fraternidade (de acordo com Sarlet e Fensterseifer), para transformar-se em um marco jurídico dos direitos fundamentais de terceira geração (entre eles, o meio ambiente) e do Estado Socioambiental de Direito na contemporaneidade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 66). A solidariedade também provém do sentido clássico de “amizade política” em Aristóteles (DI LORENZO, 2010, p. 78).

O princípio da solidariedade é um princípio estrutural do direito internacional. No direito contemporâneo surgiu no século 19 elaborado cientificamente pelo sociólogo francês Émile Durkheim, sendo sua abordagem adotada por muitos, em particular pelo professor de direito Léon Duguit, um dos fundadores do direito público francês moderno, respondendo a dois importantes desafios de seu tempo: (1) que o direito público é legítimo quando é um serviço público e solidário; (2) dar uma alternativa, desenvolver um direito público mais democrático e liberal, baseando seus ensinamentos na solidariedade e no serviço público (BOGDANDY, 2010, p. 1-2).

É analisado primeiro como noção, depois como princípio político e finalmente como elemento jurídico do direito internacional, criando direitos e obrigações em conjunto (solidariedade positiva) ou respondendo aos perigos da ausência de solidariedade (solidariedade negativa) (WELLENS, 2010, p. 4).

São com estes sentidos que a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece em seu artigo 1º que os seres humanos devem agir com espírito de fraternidade. Também, no artigo 26 instrui que a educação deve ser instituída com espírito de amizade entre os povos, em busca da paz. E no artigo 28 confere o direito de todos os indivíduos a fazerem parte de uma ordem social e internacional para efetuarem seus direitos e liberdades individuais e coletivas (ONU, 1948).

Em relação às políticas internacionais sobre meio ambiente, a solidariedade está inserida desde da primeira grande declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Declaração

de Estocolmo de 1972. Esta Declaração proclama sobre a importância de critérios e princípios em comum entre todos os povos para preservação do meio ambiente humano, ou seja, princípios solidários. Também, que todos participem equitativamente num esforço em comum, de cooperação internacional, colaborando entre si em prol do interesse de todos, o bem comum ambiental, para benefício do ser humano e de sua posteridade (solidariedade intergeracional) (ONU, 1972).

Em 1979, foi proposto que a teoria dos direitos humanos fosse denominada direitos de solidariedade, direitos de terceira geração. Para Karel Vasak os direitos de solidariedade expressam uma nova concepção de nacional e vida internacional da comunidade humana, entre estes “novos direitos”, o direito ao meio ambiente (DRZEWICKI, 1984, p. 28).

Os dois elementos principais da noção de desenvolvimento sustentável no direito internacional ambiental - responsabilidades comuns, porém diferenciadas, e equidade intergeracional - têm sido ferramentas poderosas para o desenvolvimento e o esclarecimento do princípio da solidariedade. Podemos encontrar o mais alto grau de positividade do princípio da solidariedade nas disposições da Carta das Nações Unidas sobre a manutenção da paz e segurança internacional (WELLENS, 2010, p. 4).

A solidariedade é fundamento moral e de valor para a equidade no Direito. Equidade desempenha um papel importante na determinação da distribuição de direitos e responsabilidades em condições de escassez e desigualdade. Esta é a base do princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada. O conceito internacional de preocupação comum não conota regras e obrigações específicas, mas estabelece a base legal geral para a comunidade em questão agir. Designar uma questão como uma preocupação comum, elimina o tópico da jurisdição interna exclusiva dos estados e torna isso um assunto legítimo para a regulamentação internacional, mesmo devendo equilibrar efeitos de leis com as soberanias nacionais (KISS; SHELTON, 2007, p. 104-114).

Mas é na Agenda 21, assinado na Rio 92 que a solidariedade adquire uma importância significativa para a cooperação internacional em busca de um bem comum. Enquanto a cooperação é uma ação em conjunto em busca de uma finalidade, solidariedade se apresenta no Direito como o reconhecimento da dignidade do outro, uma responsabilidade de todos por todos, uma ação concreta em favor do outro, enxergando o homem em sua integralidade enquanto pessoa humana (DI LORENZO, 2010, p. 18-19). A solidariedade imputa na cooperação outro patamar.

A solidariedade imposta pelos problemas globais exige uma evolução na cooperação entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, envolvendo ajudar os países pobres a enfrentar o ônus da implementação de medidas ambientais, reconhecendo que a pobreza global é uma das principais causas da degradação ambiental. A solidariedade e as necessidades especiais refletem-se no princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. O resultado é uma ênfase crescente na parceria e na reciprocidade na proteção ambiental multilateral, bem como na inter-relação entre proteção ambiental e desenvolvimento (KISS; SHELTON, 2007, p. 41-42).

A partir da Rio 92, o princípio da solidariedade se consolidou em diversos acordos internacionais e como valor dos princípios equitativos, influenciando principalmente nos acordos

das Conferências das Partes¹. Como bases da Agenda 21, existem dois documentos: um deles é a Carta da Terra, que articula os princípios e políticas que devem guiar as partes internacionais para criar um mundo pacífico, solidário, justo, ambientalmente íntegro e saudável, enfim, um planeta onde todos os seres vivos, em qualquer época, tenham condição de viver com dignidade; o outro é a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada na Rio-92 por mais de 170 países. Essa declaração tem 27 princípios importantes para fomentar o desenvolvimento sustentável (diversos princípios almejam cooperação com viés solidário) (BORN, 2019).

A solidariedade faz parte da teoria pós-moderna de justiça, a justiça social. Mais moderna ainda é a justiça socioambiental, uma concepção de justiça que concilia liberdade individual, bem-estar social e proteção do meio ambiente compartilhado pela sociedade.

Tradicionalmente no Direito, a solidariedade está associada à lei de obrigações, representando um princípio de responsabilidade mútua sobre a relação entre o indivíduo e a sociedade. A solidariedade é amplamente utilizada no direito ambiental, mas notoriamente difícil de definir no direito internacional ambiental. Num sentido mais amplo, a solidariedade descreve a relação ou a dinâmica dentro de uma comunidade e o compromisso de cooperação, apoio e (re)distribuição, de modo a responsabilizar os mais afortunados para com os membros menos afortunados da comunidade. Desta forma, a solidariedade pode ser vista como “o princípio de que a força de uma sociedade é medida no alcance em que os mais ricos responsabilizam-se pelos mais vulneráveis (WILLIAMS, 2019).

Esse princípio nos dá uma melhor compreensão do conteúdo e da estrutura de um regime específico. Como tal, é uma ferramenta para a interpretação. Também pode ser usado para preencher lacunas ou modificar inconsistências. Além disso, pode ser uma ferramenta para diferenciar mais adequadamente entre vários regimes legais e fazer uma avaliação dos novos regimes em desenvolvimento. Portanto, o princípio da solidariedade é um mecanismo que melhora a compreensão e desenvolvimento do direito internacional (WOLFRUM, 2010, p. 228).

Isso claramente reflete o problema das mudanças climáticas, por isso a solidariedade está inserida no princípio de responsabilidade comum, porém diferenciada no direito internacional ambiental. Assim, diante disso, o conceito de solidariedade apresenta um mecanismo potencial para a redistribuição de recursos e responsabilidades dentro da comunidade global (WILLIAMS, 2019).

Mas no âmbito internacional existem diversas armadilhas para implementação da solidariedade e o distanciamento de ações altruístas. Além dos inevitáveis desacordos entre Estados-Nações, há conflitos em relação ao nível apropriado de redistribuição (por exemplo, através da ajuda internacional ao desenvolvimento), ou em relação às emissões metas de redução (onde os estados continuam a debater as emissões apropriadas meta de redução para o benefício de todos) (WILLIAMS, 2019). Não obstante, debates sobre quem deve agir de forma altruísta e quem deve ser contemplado com uma ação solidária também prejudicam o debate político na

¹ Conferências anuais criadas pela Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas da ONU (UNFCCC), sendo a primeira conferência em 1995.

esfera internacional.

Um exemplo é a China, que não é obrigada por acordos internacionais a diminuir suas emissões de carbono mesmo sendo responsável por mais de 30% das emissões de poluentes do planeta e sempre fazendo *lobby* nas Conferências das Partes para responsabilizar os países já desenvolvidos sem aceitar nenhuma responsabilização. Desde a criação da UNFCCC a China conseguiu impor nos acordos internacionais todos os seus interesses: como, na Rio92, sendo definido como um país em desenvolvimento, sem responsabilização equitativa de um país altamente poluidor; agiu no Protocolo de Kyoto como agente principal para fomentar as reduções de emissões dos 24 países mais desenvolvidos (em conluio com o G77); evita compromissos voluntários internacionais para a proteção ambiental, com receio de fragmentar o G77; em 1999, na COP-5 não aceitou discutir compromissos futuros; se tornou em 2006 o maior emissor de CO2 no mundo, mesmo participando de todas as negociações mundiais sobre mudanças climáticas (SILVA, 2018, p. 45). Um exemplo de país não-solidário.

Além de questões individuais dos agentes internacionais, há também o aspecto de uma desgovernança global sobre sustentabilidade, prejudicando os acordos multilaterais e gerando equívocos na própria interpretação de sustentabilidade, como no caso do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável é um conceito político, amplo para o progresso econômico e social, mas nada permite induzir que na sua origem (no Relatório Brundtland) tenha um conceito popularmente divulgado de ter apenas três dimensões – os “três pilares”: econômico, social e ambiental -. Nas vezes que o relatório usa a expressão “dimensões”, apresenta longas listas. Este conceito de três pilares é outra armadilha para implementar a solidariedade na esfera internacional, pois aparenta que, além de raso, o meio ambiente não passaria de um terço do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento e meio ambiente são “integrals e indivisíveis” (VEIGA, 2013, p. 109-110).

Infelizmente, na pauta global o conceito equivocado dos três pilares já foi inclusive ratificado em tratados internacionais, como a Declaração de Johannesburgo, em 2007, uma grande perda na prática internacional. Ademais, as leis internacionais de desenvolvimento sustentável devem adequar-se as diretrizes do GATT²/OMC e ao princípio 16 da Eco92, de que “não devem criar distorções significativas no comércio e investimento internacional”. Isso demonstra que mesmo se necessário para a consolidação do desenvolvimento sustentável e para a ética na relação entre sociedade e meio ambiente, é ilegal pelas diretrizes econômicas distorcer o mercado em prol da justiça socioambiental. Trata-se de um paradoxo para o livre mercado e um contrasenso para os acordos internacionais. Se protege tecnologias de mercado ultrapassadas, bem como desrespeita-se a evolução dos interesses dos consumidores, prejudicando as novas tecnologias ofertadas e os novos interesses de procura do consumidor. No plano dos acordos internacionais, interfere drasticamente nos interesses verdadeiros dos acordos ambientais, transformando em pétrea uma pauta que nem interesse é (distorcer ou não mercados), além de interferir na solidariedade e na autonomia da normatividade internacional ambiental (SILVA, 2018, p. 88-89).

O objetivo principal da sociedade internacional segundo Wellens é manter a paz e a segurança internacionais, eliminando os conflitos, travando os estados em uma base regulatória baseada no respeito recíproco e na não interferência mútua. É uma associação normativa à qual todos os estados pertencem e está institucionalizado na Carta da ONU. No entanto, o Memorando sobre Proteção de Pessoas em Caso de Desastres preparado pelo Secretariado da ONU observou-se sucintamente que □ proteção é um conceito que assume diferentes significados em diferentes

2 Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

contextos, e não há definição apropriada para todas as situações. Por conseguinte, a responsabilidade de proteger assumirá diferentes formas e modos de aplicação em todo o ordenamento jurídico internacional: operará de maneira diferente em situações de violações graves dos direitos humanos comparado com os casos em que os Estados e a comunidade internacional estão enfrentando pandemias (WELLENS, 2010, p. 8, 11-12).

Mais controversas ainda são as tentativas de aplicar o conceito de patrimônio comum ao meio ambiente como um todo, porque seria manifestamente incompatível com o princípio da soberania e integridade territorial dos estados, apesar de não ser totalmente descartada e nem imoral (DRZEWICKI, 1984, p. 38).

Portanto, se pode e se deve procurar novos marcos teóricos e paradigmas para o direito internacional ambiental que sustentem a importância da empatia e da solidariedade no âmbito internacional, além de buscar fugir das armadilhas contratuais ou do utilitarismo do desenvolvimento sustentável como é implementado atualmente. Uma das propostas de justiça socioambiental baseadas na solidariedade é a teoria da ecologia integral.

Nos últimos anos, houve uma redescoberta dos fundamentos éticos e religiosos do direito internacional público. A solidariedade é, por causa de sua natureza, corretamente denominada “um princípio orientado por valores”, com um forte fundamento ético. Não é diferente no direito internacional (WELLENS, 2010, p. 5), onde valores religiosos de solidariedade podem contribuir para o correto desenvolvimento das instituições internacionais.

No direito internacional sobre desastres, por exemplo, nos artigos 49 e 50 da Carta das Nações Unidas, a solidariedade é usada para ações em benefício de determinados estados, mas o processo de elaboração de direitos e obrigações relevantes já se arrasta há 25 anos. O princípio da solidariedade se torna operacional no caso de um Estado não conseguir enfrentar um desafio específico, trabalhando assim em conjunto com o princípio da subsidiariedade (WELLENS, 2010, p. 13).

2 ECOLOGIA INTEGRAL: UMA PROPOSTA PARA A POLÍTICA INTERNACIONAL

Buscando novos marcos teóricos que privilegiem a solidariedade com intuito de buscar justiça socioambiental (para superar o “utilitarismo verde” e armadilhas dos acordos internacionais), se faz necessário a análise da proposta socioambiental contida na “Encíclica Laudato Si’ do Santo Padre Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum”.

3.1 ECOLOGIA INTEGRAL

A solidariedade, como princípio do direito internacional, cria um contexto para cooperação que vai além do conceito de um estado de bem-estar global; na legislação reflete e reforça a ideia mais ampla de uma comunidade mundial de estados interdependentes. Embora difícil de ser aplicada e com conceito amplo, a solidariedade implica uma obrigação legal adicional para os Estados-nações para ajudar países menos desenvolvidos, ou no mínimo, não interferir com interesses de outros Estados (WILLIAMS, 2019).

Se trata também de um *ethos*. Um elemento ético na relação internacional. Por isso, vem com importância e complementação apropriada à solidariedade o conceito ético de ecologia integral proposto na Encíclica Laudato Si’ do Papa Francisco sobre o cuidado com a Casa Comum

(FRANCISCO, 2015, §59).

Nesta “Encíclica *Laudato Si*” se apresentam diversos questionamentos sobre a crise que ocorre em nosso planeta, a casa comum. Entre estes questionamentos, estão a preocupação com a crise ambiental e a degradação humana e alerta sobre a falta de instrumentos de controle para a dívida ecológica dos países ricos, concluindo que se faz necessário que os países desenvolvidos contribuam (solidariamente) para resolver essa dívida, limitando significativamente o consumo de energia não renovável e fornecendo recursos aos países mais necessitados para promover políticas e programas de desenvolvimento sustentável (SILVA, 2018, p. 80).

Depois de diversas críticas analíticas sobre a crise socioambiental, a *Laudato Si* se atém a propostas para combater os problemas, como a ecologia integral, uma proposta antropológica que tenta se desgarrar do antropocentrismo. Baseia-se no humanismo integral proposto por Jacques Maritain, mas também tem base biocêntrica e teleológica, porque não existe crise ambiental, mas crise socioambiental, de forma integral e indivisível.

Diferente do desenvolvimento sustentável, a ecologia integral não tem origem em um conceito político, muito menos a obrigatoriedade de não distorcer mercados. Trata-se de um constante desenvolvimento da justiça social oriundo da tradição aristotélica-tomista³.

A justiça socioambiental só tem a fortalecer suas bases quando complementada com a escolástica, realizando de maneira equitativa as necessidades relativas ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente das futuras gerações, exprimindo Justiça Social (KISS, 2005, p. 48). Não se trata de fomentar desenvolvimento ou proteger a natureza, mas propagar justiça.

Ou seja, a “pegada solidária”, a preocupação em erradicar pobreza e concomitantemente buscar a forma correta dos indivíduos de se relacionarem com o meio ambiente que compartilham é mais nítido e não, necessariamente, abre concessões para o desenvolvimento e valores econômicos, sendo inseridos de forma a satisfazer a justiça social e a proteção ambiental, além de não necessitar instrumentalizar o viés econômico como um pilar igualmente reconhecido como tão importante quanto o socioambiental na estrutura conceitual-ideológica, como no caso do desenvolvimento sustentável (SILVA, 2018, p. 90).

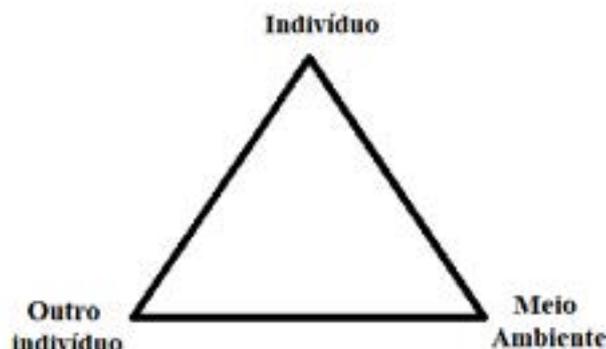
Enquanto o desenvolvimento sustentável não pode distorcer o mercado, a ecologia integral pode “flexibilizar” inclusive a proteção ambiental: basta a degradação ser feita por uma pessoa explorada ou excluída. Neste caso, o antiético não é a relação do explorado em degradar o ambiente, mas sim, o antiético é o aspecto triangular existente entre uma pessoa exploradora ou incluída sendo indiferente (sem empatia e não-solidária) com a exclusão e exploração de outro, consequentemente gerando degradação ambiental.

A base socioambiental e ética da ecologia integral é a relação do indivíduo com outro indivíduo e de ambos no cuidado da casa comum. Se dá com a não indiferença ao outro e da relação destes com o cosmos, com o ambiente em que habitam. Com esta base teórica é que se organizam os “pilares” propostos na ecologia integral. Por isso, a erradicação da pobreza extrema

³ Aristóteles e São Tomás de Aquino.

e da exploração humana tornam-se fundamentos na proteção ambiental e não meramente objetivos (SILVA, 2018, p. 90-91). Tem a ideia de que o explorado não tem margem de ação para proteger a natureza, convergindo com ideais de origem dos primeiros acordos internacionais ambientais e da justiça socioambiental.

Figura 1 - Teorema da ecologia integral



Fonte: Silva (2018, p. 91).

Deste modo, na tabela acima (meramente ilustrativa) a ecologia integral visa uma visão sistêmica, onde a solidariedade é uma premente preocupação humana, como uma preocupação ambiental visando assim um enfrentamento dos problemas advindos da política internacional e a busca de uma justiça socioambiental.

3.2. A SOLIDARIEDADE NA PROPOSTA PARA A POLÍTICA INTERNACIONAL

Baseado na proposta de amor civil e político (origem gregas da solidariedade), a Laudato Si' prega fraternidade universal, em prol do bem comum e libertando-se da indiferença consumista (FRANCISCO, 2015, §228-232).

Em suas linhas de orientação e ação, propõe um diálogo sobre o meio ambiente na política internacional, com a ideia do planeta como pátria e a humanidade como povo que habita uma casa comum, concluindo que somos interdependentes, obrigados a pensar num mundo e num projeto em comum (SILVA, 2018, p.92).

Vai ao encontro da solução da pergunta “A quem a solidariedade é devida: ao outro Estado, a outra população, ou à comunidade, ou a indivíduos?” A responsabilidade de proteger mostra interação com o princípio da solidariedade. Existe a obrigação ou a responsabilidade pela assistência como um sistema baseado em valores e que existem direitos e obrigações mútuos (WOLFRUM, 2010, p. 227). Caso esses ideais entrem em vigor, teremos uma mudança na percepção do direito internacional. De repente, não teríamos apenas a obrigação ou a responsabilidade de um Estado de aderir aos direitos humanos em relação aos seus próprios cidadãos em seu território, mas iríamos além disso. Como no direito ambiental, a equidade intergeracional entrou em questão (WOLFRUM, 2010, p. 227).

Entre as diretrizes desta proposta estão a ineficácia dos acordos internacionais

socioambientais para a obtenção da justiça, não podendo tais negociações internacionais avançar significativamente por causa das posições dos países que privilegiam seus interesses nacionais sobre o bem comum global (FRANCISCO, 2015, §169). É uma crítica a postura não solidária e fraternal.

Afirma que deve se valorizar subsídios para energia solar, bem como acordos internacionais com eficácia de interferência, para que estes se cumpram (FRANCISCO, 2015, §173). Fica explícito que a *Laudato Si'* está demonstrando a preocupação do Papa Francisco com as leis internacionais “*soft law*” que não produzem *ipso jure* (força de lei), ou não tem efeito de responsabilidades e obrigações, sejam por forças, internacional ou nacional, incapazes de cumprirem os acordos ou regramentos institucionais (SILVA, 2018, p. 92-93).

Outro ponto de crítica e de proposta é sobre a tecnologia baseada nos combustíveis fósseis, altamente poluente, devendo ser progressivamente substituído. Contudo, afirma-se na Encíclica que apostar na internacionalização dos custos ambientais tem o perigo de impor aos países pobres compromissos de redução de emissões comparáveis aos dos países mais industrializados, fugindo da justa responsabilidade. Os países que foram beneficiados por um alto grau de industrialização à custa de uma enorme emissão de efeito estufa, têm maior responsabilidade em contribuir para a solução dos problemas que causaram (SILVA, 2018, p. 93).

Também, o Papa Francisco afirma que o mercado de crédito de carbono pode levar a uma nova forma de especulação, que não ajudaria a reduzir a emissão global de gases poluentes, podendo tornar-se um método que permite sustentar o consumo excessivo de alguns países e setores (FRANCISCO, 2015, §171).

Na Encíclica, afirma-se que a prioridade dos países em desenvolvimento é a erradicação da miséria. É preciso para salvaguardar o meio ambiente o desarmamento, a segurança alimentar e paz. Também, propõe acordo sobre governança dos recursos marinhos, prevenção em relação aos países atingidos pela crise socioambiental de agravamentos climáticos e da desigualdade, salvaguardando o ambiente, regulando fluxos migratórios, com autoridade política mundial promovendo estratégias internacionais (SILVA, 2018, p. 94). Mais uma vez, a preocupação é com fatores de empatia global que levam a solidariedade e fraternidade entre os povos, com o intuito final de justiça socioambiental.

Se houver uma obrigação moral de mitigar a mudança climática, e ajudar os pobres, então, por extensão, há uma obrigação moral de escolher estratégias eficazes para alcançar ambos os objetivos. Os críticos temem que os mecanismos de mercado possam oferecer uma fuga de tais obrigações que transferem os encargos dos ricos para os pobres (MONAST, MURRAY; WIENER, 2017, p. 153).

A tarefa da ecologia integral e da sustentabilidade socioambiental tem em seus aspectos estruturais a passagem para métodos sustentáveis da economia, não bastando apenas uma conduta conforme o mercado, mas sim ser mudadas as condições básicas da economia de mercado. A modificação dessas condições básicas é uma tarefa coletiva, devendo ser consideradas as partes

ricas e partes pobres da população mundial (SILVA, 2018, p. 103).

É neste interim, que a ecologia integral retoma os anseios originais dos acordos internacionais ambientais, em busca da preservação ambiental calcada na justiça socioambiental, com solidariedade presente e intergeracional.

A sua efetivação à jurisdição internacional ambiental deve se basear em decisões políticas, atentando um procedimento que assegure a atuação da coletividade, levando assim a uma necessária jurisdição não apenas ambiental, mas em todo o direito internacional (SILVA; CALGARO; SOUZA, 2020, p. 438).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Basicamente, a solidariedade produz três dimensões no direito internacional: solidariedade entre Estados-Nações, solidariedade entre Estados-Nação e indivíduos e solidariedade intergeracional, perante as futuras gerações. No entanto, o conhecimento sobre a importância da solidariedade nos valores, princípios e regras internacionais ambientais é incompleta no direito internacional ambiental e precisa ser desenvolvida. A solidariedade é desenvolvida de forma diferente nas áreas do direito. É mais avançado no direito socioeconômico, mas subdesenvolvidos em outras áreas jurídicas como a socioambiental, que abrangem preocupações com desastres ambientais e solidariedade com as futuras gerações. (DOMURATH, 2013, p. 460). A solidariedade transnacional, entre Estados-Nações, na maioria das vezes é conferido seu caráter jurídico como cooperação.

A solidariedade faz parte dos valores, da moralidade e dos princípios gerais do direito internacional ambiental. Está embutido na motivação de existirem acordos internacionais ambientais. Faz parte de toda evolução jurídica dos acordos internacionais a necessidade de empatia, com objetivo de uma ação solidária em busca da justiça e do bem comum.

Porém, os valores e moralidades originais contidos na justiça socioambiental por vezes vão perdendo força diante do pragmatismo de um direito positivado e acordado em relações bilaterais ou multilaterais, como no direito internacional. Muitas vezes, estes acordos internacionais desvirtuam os sentidos de proteção ambiental e solidariedade social que são a base dos acordos ambientais, como no caso da obrigação de não distorcer mercados, o papel internacional da China ou os erros de interpretação do que é desenvolvimento sustentável.

Todo o ordenamento jurídico ambiental internacional depende da vontade das partes, os Estados-Nações. Não basear-se na solidariedade significa não fazer justiça nas questões ambientais transnacionais. O direito internacional não deve se distanciar de uma de suas diretrizes mais redigidas em textos: a cooperação com valor solidário. Para isso, fundamental a empatia, capacidade de cognição e emoção diante do outro, que muitas vezes não se encontra tipificado como parte nos acordos ou responsabilidades internacionais.

Por isso, é de suma importância retomarmos doutrinariamente aos anseios originais do direito ambiental e fortalecê-los, utilizando por base marcos teóricos que ainda estejam enraizados na justiça socioambiental, baseadas na empatia e conseqüentemente na solidariedade. Entre esses

marcos teóricos, a *Laudato Si'* se destaca com essa visão de integralidade entre crises ambientais e humanas, com um olhar de justiça de forma hermenêutica. Nem sempre o aspecto antiético se dá na degradação ambiental, mas sim se dá na degradação das relações sociais, que geram o dano ambiental; e, nem sempre o desenvolvimento econômico deve ser protegido, mas sim os interesses socioambientais.

A Encíclica traz o cuidado com a casa comum, visto que existe uma conexão sistêmica entre o ser humano e a natureza, a qual precisa ser respeitada e harmonizada. Também existe a necessidade de se minimizar as injustiças entre os seres humanos, onde “poucos possuem muito e muitos possuem pouco”, a alteridade e a solidariedade são dois vetores que precisam ser implementados pelos povos. Outros fatores como a empatia e a cooperação são fundamentais para a convivência e o respeito entre os seres humanos, contudo há necessidade do reconhecimento desses fundamentos pela comunidade internacional.

Não há como falar em superação de injustiças se não houver solidariedade entre os povos, reconhecimento do outro no direito internacional. O esforço de reconhecer o outro obscuro em muitos acordos é ao mesmo tempo identificar as vítimas e fomentar a justiça em todo o mundo.

O fim da solidariedade no direito é o fim da democracia e da justiça, pois apenas num ambiente democrático os indivíduos ou grupos conseguem acessar ao judiciário com suas devidas personalidades jurídicas a fim de se fazer cumprir seus direitos, sejam na esfera nacional ou na esfera internacional.

A ecologia integral permite que os anseios originais dos acordos internacionais ambientais, busquem uma preservação ambiental que seja efetivada em uma justiça socioambiental, com bases na solidariedade e na intergeracionalidade. Deste modo, é preciso perceber que tudo está interconectado e interligado para que exista a construção da casa comum, com a proteção dos ciclos vitais da natureza e dos direitos fundamentais dos povos que precisam de justiça social.

O paradigma da ecologia integral se dá pelas dinâmicas sociais e institucionais em todos os níveis, por isso o Papa denota que “se tudo está em relação, também o estado de saúde das instituições de uma sociedade comporta consequências para o ambiente e para a qualidade da vida humana [...]”. Por isso, “a ecologia social é necessariamente institucional e atinge progressivamente diversas dimensões que vão do grupo social primário, a família, até a vida internacional, passando pela comunidade local e a Nação” (FRANCISCO, §142, 2015).

É importante que os países busquem uma visão integral para o bem-estar da sociedade e, principalmente, dos ciclos vitais da natureza. A sustentabilidade em seus tripés econômico, social e ambiental deve ser efetivada por todos. Como afirma o Papa “todos nós, seres humanos, caminhamos juntos como irmãos e irmãs numa peregrinação maravilhosa, entrelaçados pelo amor que Deus tem a cada uma das suas criaturas e que nos une também, com terna afeição, ao irmão sol, à irmã lua, ao irmão rio e à mãe Terra” (FRANCISCO, § 92, 2015). Portanto, a ecologia integral busca uma visão sistêmica, sendo que a solidariedade vem a ser uma preocupação humana, mas também existe a necessidade de uma preocupação ambiental, pois com isso tem-se a viabilidade de enfrentamento dos problemas advindos da política internacional e a busca de uma justiça

socioambiental.

REFERÊNCIAS

- BOGDANDY, Armin Von. Opening address. *In*: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (orgs.). **Solidarity: a structural principle of international law**. Springer: New York, 2010.
- BORN, Rubens Harry. Agenda 21 e sustentabilidade. *In*: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Comissão de políticas de desenvolvimento sustentável e Agenda 21 brasileira**. Brasília: MMA, Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/CadernodeDebates9.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano - 1972**. São Paulo: Comissão dos Direitos Humanos, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: ONU Brasil, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/66717-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- DRZEWICKI, Krzysztof. The rights of solidarity- the third revolution of human rights. **Nordic Journal of International Law**, Leiden, v. 53, n. 1, p. 26-46, jan. 1984.
- DOMURATH, Irina. The three dimensions of solidarity in the EU legal order: limits of the judicial and legal approach. **Journal of European Integration**, London, v. 35, n. 4, p. 459-475, aug. 2013. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07036337.2012.704630?needAccess=true>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília: Presidência da República, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.
- FRANCISCO, Padre. **Carta Encíclica Laudato Si' do Santo Papa Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum**. Roma: Vaticano, 2015. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 21 fev. 2019.
- KISS, Alexandre. Justiça ambiental e religiões cristãs. *In*: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. (org.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Guide to international environmental law**. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

MONAST, Jonas J.; MURRAY, Brian C.; WIENER, Jonathan B. On morals, markets and climate change: exploring on Pope Francis Challenge. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 80, n. 1, p. 135-162, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4818&context=lcp>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Thiago Germano Álvares da. **O mercado de crédito de carbono na política internacional e a preservação socioambiental para a viabilidade de uma ecologia integral**. 2018. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Novos Direitos) - Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2018.

SILVA, Thiago Germano Álvares da; CALGARO, Cleide; SOUZA, Leonardo da Rocha. A importância da empatia e da solidariedade para as tutelas coletivas decorrentes do direito internacional ambiental. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 1, p.429-457, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/763>. Acesso em: 21 fev. 2019.

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (Re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (org.). **Solidarity: a structural principle of international law**. Nova York: Springer, 2010.

WILLIAMS, Angela. Solidarity, justice and climate change law. **Melbourne Journal of International Law**, Victoria, v.10, n. 2, oct. 2009. Disponível em: https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0004/1686190/Williams.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.

WOLFRUM, Rüdiger. Concluding remarks. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (Org.). **Solidarity: a structural principle of international law**. Nova York: Springer, 2010.

Como citar: SILVA, Thiago Germano Álvares da; CALGARO, Cleide; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. A importância da solidariedade para implementação da justiça e da sustentabilidade, no Direito Internacional Ambiental, baseada na teoria da ecologia integral. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 10-24, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 05/22/2020

Aprovado em 03/14/2021

**“JURISDIÇÃO” EXTRAJUDICIAL E A TUTELA DA (DES)
CONFIANÇA**

EXTRAJUDICIAL “JURISDICTION” AND THE PRINCIPLE OF (UN)
TRUST

Kelly Cardoso*

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**

Como citar: CARDOSO, Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des) confiança. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 25-43, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n2p25. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A problematização se refere à força que os meios alternativos de resolução de conflitos concedem ao paradigma da tutela jurisdicional extrajudicial. Baseada na desconstrução do monopólio judicial, em cumprimento aos ditames constitucionais de que o Estado deve criar meios que promovam o direito ao acesso à justiça e obtenção de uma tutela satisfativa e econômica em tempo hábil, a tutela extrajudicial surge em auxílio à crise estrutural judiciária. Objetiva-se por meio da análise metodológica dedutiva de doutrina e legislação pertinentes comprovar que, tanto quanto a tutela judicial, o ato extrajudicial, realizado pelos agentes delegados, promove a segurança e a confiança necessárias à interpretação hermenêutica adequada do ordenamento positivado de acordo com o Estado de Direito. Desta forma, pretende-se uma abordagem do ato extrajudicial e os princípios inerentes à tutela jurisdicional. Sem restar completo em absoluto, mas como início de maiores debates.

Palavras-chave: tutela jurisdicional extrajudicial, princípio da segurança, tutela da confiança, ato extrajudicial, acesso à justiça.

Abstract: The problematization refers to the strength that alternative means of conflict resolution grants to the paradigm of extrajudicial jurisdictional guardianship. Based on the deconstruction of judicial monopoly, in compliance with constitutional dictates that the State must create means to promote the right to access to justice and to obtain satisfactory and economical tutelage in a timely manner, extrajudicial tutelage emerges as an aid to the judicial structural crisis. By means of a deductive methodological analysis of pertinent doctrine and legislation, this paper intends to prove that, as well as judicial protection, the extrajudicial act,

* Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) Bolsista Capes-PNPD no Programa de Mestrado de Processo Civil e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR)E-mail: servjuskelly@gmail.com

**Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)Professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR)e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense(UNIPAR)E-mail: jussara@bflaw.adv.br

performed by delegated agents, promotes the security and the trust required for the proper hermeneutic interpretation of the positive order according to the Rule of Law. In this way, this study intends to approach the extrajudicial act and the principles inherent to jurisdictional guardianship. Without being complete, but as the beginning of further debates.

Keywords: extrajudicial jurisdictional protection, security principle, protection of trust, extrajudicial act, access to justice.

INTRODUÇÃO

O direito como ordenador e, conseqüente, pacificador das relações sociais, requer adaptações interpretativas necessárias no ambiente histórico inserido, sem que com isso haja um abalo nas estruturas que compõe o Estado de Direito.

De forma a garantir a segurança e a confiança concedidas pela tutela jurisdicional, surgem mudanças paradigmáticas baseadas nos princípios constitucionais do acesso à justiça, levando em consideração o prazo razoável e a economia processuais.

A tutela jurisdicional extrajudicial intenta uma nova tratativa em auxílio a promoção dos princípios constitucionais, bem como, uma das formas de resolução das questões de crise estrutural judiciária.

O monopólio judicial já não perfaz os anseios sociais sobrelevado pela quantidade de acessos à justiça e pela falta de estrutura para resolução dos conflitos, sem que com isso sejam prejudicados o tempo adequado, a economia e, conseqüentemente, uma tutela com efeitos satisfativos às partes.

A desjudicialização de atos processuais e sua realização por agentes delegados, provam que o Estado possui outros meios adequados de concessão da tutela jurisdicional, como a extrajudicial. Assim, o tabelião e o registrador surgem como intérpretes efetivamente cumpridores da deontologia constitucional e concretizadores das normas dispostas. Especificamente os tabeliães têm servido a esse paradigma iniciado com a vigência da Lei nº 11.441/2007 e posteriores alterações impulsionadas pelo Provimento nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e vigente Código de Processo Civil.

Diversamente de uma visão de que apenas a tutela judicial possa garantir confiança à resolução dos conflitos, a tutela jurisdicional extrajudicial compõe meio confiável, baseado no cumprimento do formalismo notarial. Assim, tem-se uma jurisdição extrajudicial, pois o exercício dos serviços extrajudiciais estão abarcados nas regulações e funções do Poder Judiciário.

A pertinência da análise temática, condiz com a necessária mudança na tratativa de resolução de conflitos. O paradigma da jurisdição extrajudicial é sucedâneo para o monopólio da tutela judicial absorto pela demora e falta de estrutura condizente ao acesso à justiça.

Nesse sentido, faz-se uma análise do Direito Processual e Notarial readaptado nesse novo paradigma processual de uma tutela jurisdicional extrajudicial, baseada na doutrina e normas mediante uma metodologia construtiva dedutiva, sistêmica e axiológica.

1 O DIREITO POSITIVADO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

A construção do que se pretende, requer uma análise teórica do direito positivado, como parte do conhecimento do direito extrajudicial, contudo, culminando numa abordagem hermenêutica filosófica.

O direito como diretriz das relações sociais tem início antes mesmo da ciência que o define. No estudo da atividade extrajudicial dos agentes delegados (tabeliães e registradores)

há essa percepção ao constatar a existência do escriba na civilização egípcia¹. Passando, aos conhecidos *mnemons*, na Grécia, e os *notarii*, os *argentarii*, os *tabularii* e os *tabelliones*², em Roma, conjuntamente com o surgimento da teorização jurídica e consequente dogmática jurídica.

Assim, historicamente os notários eram pessoas de confiança do monarca com conhecimentos necessários para subscrever (escreiturar) fatos cotidianos e históricos, contratos, colheitas, vontades externalizadas, entre outros atos, como forma de registrá-los.

A instituição do tabelionato como profissão se deu com o imperador bizantino e unificador do império romano Justiniano I que, delimitou as funções e exigiu que os tabeliães fossem peritos em direito (BRANDELLI, 2011, p. 32). Situação de extrema importância para a observância da formalidade exigida aos negócios jurídicos solenes, por exemplo, pois para sua validade necessário obedecer às formalidades exigidas pelo direito objetivo na manifestação de vontade das partes (ALVES, 2018, p. 187).

Passada a Idade Média, é na Escola de Bolonha, Itália, no século XIII, que o notariado torna-se ciência. Além da Itália, em decorrência do histórico romano, o direito notarial evolui em países como Portugal, França e Espanha. No Brasil, os doutrinadores afirmam que o primeiro tabelião, mesmo não oficial, foi Pero Vaz de Caminha, ao narrar e documentar o descobrimento (BRANDELLI, 2011). Posteriormente, no início da colonização a igreja católica escriturava e registrava nascimentos, casamentos e aquisição de posses de terras – essa instituída pela Lei nº 601 de 1850 (TOMASZEWSKI, 2010, p. 26).

A evolução do direito escrito, portanto, culminou em sua positivação pelo Estado, concentrando nesse o poder de criar e modificar a legislação que ordena a sociedade³. Nesse sentido, mesmo diante das Ordenações Filipinas, que orientavam o Brasil colônia, e o Código Civil Brasileiro, de 1916, seguindo a era das codificações pós Revolução Francesa, a legislação específica que dispunha sobre registros públicos surge em 1973 com a vigência da Lei nº 6.015.

A despeito da crítica e tentativa de superação da interpretação positivista pela hermenêutica filosófica jurídica, diga-se necessária e adequada, o direito positivado não pode ser desconsiderado, pois dele fazem partes as normas, agregadas de regras e princípios, instituídos pelo poder constituinte num Estado Democrático de Direito.

Partindo da concepção relembra-se que a ciência jurídica requer a dogmática jurídica e a zetética para interpretar. Contudo, como afirma Ferraz Junior (2015, p. 26), o jurista no estudo estrito do direito deve procurar compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro de marcos da ordem

1 “Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima; por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, transmitiam-se em linha de sucessão hereditária. Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé pública, havia a necessidade de que os documentos por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior, a fim de alcançar valor probatório.” (BRANDELLI, 2011, p. 27).

2 Os *notarii*, escreviam com notas, semelhante ao taquígrafo moderno; os *argentarii*, eram financeiros, conseguiam empréstimo para particulares elaborando e registrando o contrato de mútuo; os *tabularii*, eram empregados fiscais, escrituravam e guardavam os registros hipotecários, declarações de nascimento, constas da administração pública, realização de inventários, dentre outras; os *tabelliones*, lavravam o pedido das partes, os contratos, os testamentos, figurando o *tabellion* como assessor das partes na elaboração dos documentos (BRANDELLI, 2011, p. 29-30).

3 O Estado impositivo e positivo pós-revolução francesa, formado pela classe burguesa com intuito de disseminar “verdades” incontestáveis por meio da codificação, pautava-se na legislação desprovida de lacunas, imperfeições ou impreviões, como forma de manutenção do poder (FERREIRA e MORAES, 2014, p. 6-7).

vigente. Essa ordem que lhes aparece como um dado, que é aceita e não negada, “é ponto de partida inelutável de qualquer investigação”, ou seja, prepondera a dogmática. No caso deste estudo, a premissa utilizada é o próprio exemplo citado pelo autor, o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e “que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 26, grifo do autor).

No âmbito do direito notarial e registral a dogmática é fundamental, não apenas em cumprimento ao Estado Democrático de Direito, mas em decorrência da função exercida pelos serventuários que exige o conhecimento legalista⁴.

A fixação do direito por meio de normas “aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento.” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 48). No direito notarial e registral, especialmente, o legalismo garante a segurança jurídica, pois não há espaço para solipsismos jurídicos. Diversamente do magistrado, que deve interpretar a norma respeitando uma hermenêutica filosófica adequada⁵, superado o ideal interpretativo positivista kelseniano para não incorrer em solipsismos, os serventuários, não podem realizar qualquer ato que não esteja expresso em lei, e as leis à que são remetidos são taxativas (quanto às atribuições, à competência, aos direitos e deveres, etc). Caso haja obscuridade ou dúvida de como o tabelião ou registrador devem proceder para realizar o ato, não lhes cabe contrariar a lei, criar norma ou decidir conforme sua consciência (solipsismo⁶).

Pontua-se como solipsismo, ou subjetivismo positivista, ou ativismo judicial, quando o sujeito que interpreta a norma (dicotomia resistente sujeito-objeto) “valoriza-a” utilizando-se de pré-conceitos próprios, criando normas contrárias aos princípios constitucionais, oriundos de um Estado Democrático (STRECK, 2011b). O que o ex-ministro Grau (2016, grifo do autor) denota “passamos a viver não mais sob um *Estado de direito*, porém subsumidos a um *Estado de Juízes*”.

Diversamente, para maior compreensão, os notários e registradores são agentes públicos⁷,

4 Conforme feita a abordagem, demonstrar-se-á que ao tabelião e ao registrador não há brechas para a discricionariedades no exercício da profissão. Como agentes delegados pelo poder público, devem seguir os ditames da aplicabilidade positivo normativa, ou seja, só podem realizar atos descritos na lei e interpretá-la restritivamente, portanto, lhes cabe apenas subsumir a norma.

5 Nesse sentido, corrobora-se dos ensinamentos de Lênio Luiz Streck, para tanto, ver: STEIN; STRECK, 2011; STRECK, 2011a, 2011b.

6 Cita-se um exemplo de impossibilidade de solipsismo: A tabeliã, Cláudia do Nascimento Domingues, de notas da cidade de Tupã, interior de São Paulo, lavrou Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva, justificando que não havia lacuna na lei e, “conforme sua consciência”, não haver impedimento legal para reconhecimento do fato (IBDFAM, 2012). (No ano de 2015, outro tabelião do Rio de Janeiro-RJ e no ano de 2016, um tabelião da cidade de São Vicente-SP, também lavraram escrituras reconhecendo a união poliafetiva). A justificativa da tabeliã é completamente equivocada, pois não há lacuna na lei, e a escritura contrariou não apenas os art. 1723 do CC/2002 mas, e principalmente, o art. 226, § 3º, expresso na CF/88, que requer a monogamia para o reconhecimento da união estável. A tabeliã incorreu em infração disciplinar (art. 31, I, Lei nº 8.935/94), pois sua função requer ao certificar atos sociais, garantir que sejam lícitos e portanto, válidos. Ademais, os documentos lavrados por um tabelião contém fé pública, ou seja, implicam reconhecimento de direitos (hereditários, partilha, previdenciários). Em razão do equívoco, houve Pedido de Providências (PP 0001459-08.2016.2.00.0000 – requerido pela Associação de Direito de Família e das Sucessões/ADFAS, Terceiro Tabelionato de Notas de São Vicente-SP) ao Conselho Nacional de Justiça, também como órgão fiscalizador e regulamentador dos serviços extrajudiciais (art. 8º do Regimento Interno do CNJ e §§ 4º e 5º, do art. 103-B, da CF/88), que decidiu em 26/06/2018 pela proibição de lavratura de escrituras desse viés (CNJ, 2018a). Diversamente do formalismo atual, o direito romano não requeria a necessidade de intervenção do Estado “na antiguidade, a família era, em geral, constituída por meio de celebrações religiosas ou por meio de convivência.” (AZEVEDO, 1995, p. 94).

7 Meirelles (2015, p. 75), conceitua da seguinte forma: “*Agentes públicos* - São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções

exercendo sua função como particulares em colaboração ao Estado. Portanto, agentes delegados⁸ pelo Poder Público de cada Estado, para exercer uma função pública em caráter privado (art. 236, CF/88)⁹. Diante disso, estão inseridos nas diretrizes específicas ao cargo, expressos na Lei nº 6.015/73 e Lei nº 8.935/94¹⁰ (federais), Código de Normas das Corregedorias Estaduais e demais leis esparsas referentes à função¹¹, bem como, princípios da administração pública expressos no art. 37 da CF/88.

Assim, diante desses direitos dados/positivados dos quais os serventuários devem se valer, para que cumpram uma interpretação adequada da lei (interpretar = aplicar), o art. 31, inc. I, da Lei nº 8.935/94¹², expressa que os notários e oficiais dos registros incorrerão em infração disciplinar quando não observarem as prescrições legais ou normativas¹³. Baseada numa hermenêutica filosófica jurídica adequada, em decorrência de sua natureza de agentes públicos, remete-se aos princípios gerais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Considera-se os princípios da administração pública expressos, no art. 37, da CF/88, deontológicos, portanto, “são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras.” (STRECK, 2011a, p. 560). Consequentemente, como princípios e regras compõem as normas jurídicas, ou seja, a aplicabilidade de um não se faz sem o outro, a aplicação das regras expressas nas legislações relativas aos notários e oficiais de registro não podem ser aplicadas sem a atuação determinante dos princípios da administração pública.

O princípio da legalidade, necessário para a abordagem, além de podermos afirmar ser regra de observância permanente e obrigatória (MEIRELLES, 2015, p. 91), mesmo que não

sem cargo. [...] Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce [...] .Agentes delegados: são particulares - pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos. – que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público” (MEIRELLES, 2015, p. 79, 85). Sobre a responsabilidade civil, após discussões judiciais e decisões ventiladas de que os notários e registradores deveriam responder objetivamente, com base no § 6º, do art. 37, da CF/88 e posterior texto do art. 22 da Lei nº 8.935/94; a Lei nº 13.286 de 2016 altera o art. 22 passando a prever a responsabilidade civil em caráter subjetivo, nestes termos é o texto da lei: “Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.” (BRASIL, 2016).

8 “[...] as atividades notariais e de registros públicos são de titularidade do Estado, mas a pessoa jurídica de direito público não pode exercê-la diretamente: deve, por força do disposto no art. 236 da Constituição Federal, delegá-la do particular.” (LOUREIRO, 2012, p. 3). Considera-se por delegação porque há necessidade de que a pessoa física para ingressar na atividade notarial ou registral depende de aprovação em concurso público estadual de provas e títulos (art. 236, § 3º, CF/88).

9 Os notários e registradores, denominados serventuários da justiça, não são funcionários públicos ou servidores públicos, pois não recebem proventos do Estado ou do Poder Judiciário mas, obtêm sua remuneração do próprio serviço que prestam, chamados de emolumentos. A competência para criação e fixação de emolumentos é do Poder Executivo Estadual (deputados estaduais) (art. 236, § 2º, CF/88 e art. 1º da Lei nº 10.169/200).

10 A Lei nº 8.935/94 que regulou o § 1º, do art. 236, da CF/88, é expresso e taxativo no que se refere às atribuições e competências dos notários e registradores, conforme art. 6º a 13. Em relação aos registros públicos isso também já era observado quando do início da vigência da Lei nº 6.015/73.

11 Como as emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, competência conforme art. (art. 103-B, § 4º, I, II e II, da CF/88; art. 8º, X, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça).

12 A despeito de gozarem de independência no exercício de suas atribuições (art. 28, Lei nº 8.935/94), a observância obrigatória, pelos notários e registradores, das normas expressas será fiscalizada pelo Poder Judiciário (art. 37 e 38, Lei nº 8935/94).

13 As infrações disciplinares podem incutir em repressão; multa; suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta dias e perda da delegação (art. 32, Lei nº 8.935/94). Poderão ainda responder civil e criminalmente por seus atos (art. 22 à 24 da Lei nº 8.935/94).

estivesse expresso é um princípio deontológico, ou seja, é base do Estado Democrático de Direito. De acordo com Canotilho, 2003, p. 256), o princípio da legalidade da administração:

Postula dois princípios fundamentais: *o princípio da supremacia ou prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes)* e *o princípio da reserva da lei (Vorbehalt des Gesetzes)*. [...] O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei). Por sua vez, o princípio da reserva da lei afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta.

Na conjuntura hermenêutica a aplicação da legalidade não pode ser compreendida a partir da metafísica jurídica kelseniana, “aplicar a legalidade, por outro lado, significa materializar um modo de ser democrático, a partir das indicações de sentido do caso e da Constituição, sempre com o objetivo de interditar as discricionariedades.” (OHLWEILER, 2013, p. 162). Essa compreensão é importante para se chegar ao princípio da segurança jurídica, pois é por meio de uma concepção histórica normativa em cumprimento aos ditames principiológicos constitucionais que figura o exercício de tutela extrajudicial dos notários e registradores em auxílio à pacificação social, evitando e solucionando conflitos.

A finalidade da função notarial e registral é **garantir a segurança e eficácia dos negócios jurídicos, assim como, a autenticidade e a publicidade (art. 1º da Lei nº 8.935/94 e art. 1º da Lei nº 6.015/73). O direito surge no âmbito social para garantir a** segurança das relações sociais, tanto o judiciário quanto os serviços auxiliares à ele e ao Estado cumpridores dos ditames da lei, garantem a segurança jurídica. Os notários e registradores garante a segurança ao autenticar e intervir em fatos, atos e negócios jurídicos para que sigam as diretrizes normativas; ao formalizar juridicamente a vontade das partes; ao conservar documentos necessários à constituição de provas. São, portanto, responsáveis pela validação dos fatos e das relações sociais, fornecendo estabilidade. Para Canotilho (2003, p. 257) “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida” e formula-a do seguinte modo:

[...] o indivíduo têm do direito poder confiar em eu aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Abrange referido princípio a *confiança*, que alguns autores consideram como subprincípio ou princípio autónomo, pois se refere à credibilidade de que os poderes que criam, aplicam e fiscalizam as normas mantém a previsibilidade de seus efeitos. Seguindo a doutrina streckiana, considera-se abrangido pelo princípio da segurança, mas será abordado posteriormente para uma construção concatenada.

1.1 PARADIGMA DO DIREITO NOTARIAL: “JURISDIÇÃO” EXTRAJUDICIAL

O Direito Notarial até pouco tempo era considerado, portanto, um auxiliar do Estado no exercício da prestação de um serviço público à dar autenticidade às relações sociais, especificamente relativas à direitos negociais de bens e direitos. Garantindo assim as normas de direito material e servindo como prova ao direito processual.

A jurisdição é “a forma do Estado resolver litígios de forma imparcial e ele faz isso fazendo valer a sua vontade (que é a da norma jurídica) em substituição à vontade das partes [...]” (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 129). O Estado seria então o detentor do poder de pacificador social, por meio da tutela do Estado-juiz.

A jurisdição deixa de ser monopólio judicial quando se concede a possibilidade das próprias partes resolverem o conflito, como os meios não estatais das *Alternatives Dispute Resolutions – ADRs*, reforçados pela doutrina e pelas alterações normativas dos últimos anos defende-se outros meios de resolução de conflitos, chamado de “sistema multiportas” (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 129).

Portanto, via de regra entendia-se a jurisdição como a intervenção do Estado-juiz na relação das partes para conceder a tutela satisfatória, cumprindo princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88). Na esteira de reconhecer uma jurisdição extrajudicial, parte-se da observação de dois pontos importantes:

Primeiro, no que se refere ao cumprimento do princípio do acesso a cesso à justiça, as normas recentes que possibilitam a realização de atos e solução de conflitos na esfera extrajudicial, não excluem a faculdade das partes de buscar o poder judiciário para suprimir lesão ou ameaça direito. O Código de Processo Civil é expresso nesse sentido no art. 3º, §§ 1º e 2º, consubstanciado ao Provimento nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e Lei nº 13.140/2015, propugnando pela viabilização de concessão da tutela jurisdicional por outros meios que não apenas o judiciário. Ademais, buscar meios alternativos concretiza não apenas o acesso à justiça, mas a concessão da tutela de forma mais célere e econômica.

Segundo, o próprio Código de Processo Civil prevê a possibilidade de jurisdição voluntária, quando “estamos diante de um ‘não processo’”, sendo a função do Estado-juiz meramente administrativa. A figura do juiz, numa jurisdição contenciosa, é necessária para substituir a vontade das partes (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 143), na voluntária há homologação da declaração de vontade das partes. Portanto, quando há consenso entre as partes e capacidade, a norma faculta, instrumentalizar a solução extrajudicialmente. A assertiva tem início mediante a vigência da Lei nº 11.441, de janeiro de 2007, que altera os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, em seus arts. 982, 983, 1.031, 1.124-A¹⁴, permitindo a faculdade do inventário, da partilha, da separação, do divórcio e dissolução de união estável mediante a lavratura de escritura pública junto à um tabelião e acompanhado por advogado constituído pelas partes.

14 Atualmente constantes no Título III – Dos Procedimentos Especiais: capítulo VI, Do Inventário e da Partilha (art. 610); capítulo XV, Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, Seção IV, Do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual de União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio (art. 733).

Assim, considera-se tutela jurisdicional extrajudicial porque há a figura de um agente delegado pelo Estado – esse responsável de promover o acesso à justiça concede o poder ao notário¹⁵ -, que tutela (defende/protege) as partes quando aplica as normas jurídicas, validando, fiscalizando e autenticando as vontades externalizadas.

O paradigma da jurisdição extrajudicial corrobora com o movimento de desjudicialização, ou seja, a retirada do monopólio da jurisdição judicial de determinados atos, com fundamento e intuito de diminuição da demanda ao poder judiciário, que demonstrou crítica com o passar dos anos pós consciência massificada da democratização do acesso à justiça, e utilização de estrutura e pessoal disponíveis para realizar a concessão da tutela satisfativa de maneira adequada.

Ainda, mister salientar, agregam-se aos atos anteriormente citados, o art. 1.071 do CPC/2015, que incluiu o art. 261-A à Lei nº 6.015/73 instituindo a usucapião extrajudicial via registro de imóveis, e a escritura pública de divisão e demarcação de terras (art. 571, CPC/2015).

1.2 COMPETÊNCIA

Continuamente à argumentação da mudança paradigmática da jurisdição notarial, inicialmente, requer-se a análise de qual órgão advém a delegação ao serventuário. Em razão da doutrina e da legislação designarem a outorga da delegação ao Poder Público não havia um consenso se referia-se ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário. Contudo, após o art. 236, §1º, da CF/88 atribuir a fiscalização dos serviços extrajudiciais ao Poder Judiciário, sendo responsável ainda pela criação e extinção das serventias, fazem parte, portanto, do mesmo órgão.

Nesse sentido, a mudança de competência da esfera judicial para a extrajudicial, não significa a mudança de órgão detentor do poder de concessão da tutela, o que fortalece o sentido e manutenção do termo jurisdição extrajudicial, como extensão do próprio Poder Judiciário.

Partindo dessa premissa, questiona-se então o princípio do juiz natural. A jurisdição materializa-se por meio do juiz natural, ou seja, “todo cidadão tem direito ao juiz natural (*droit au juge naturel*), como expressão de um órgão imparcial e independente que tem como fim a aplicação do princípio da igualdade.” (ARAÚJO, 2016, p. 137). Portanto, quando as partes não conseguem resolver o conflito passam o poder de resolução ao juiz para que, garantindo pela independência e imparcialidade, a exerça de forma igualitária.

Por certo o tabelião não irá decidir e solucionar o conflito entre as partes, quando se fala em realização dos atos de inventário, partilha, divórcio, separação e dissolução de união estável pois, tratam-se de formalização da vontade externalizada pelas partes. Entretanto, essa abordagem modifica quando torna-se possível ao tabelião realizar mediações e conciliações, conforme disposto no provimento nº 67, de 23 de março de 2018, do Conselho Nacional de Justiça - corroborando com o expresso no Provimento nº 125/2010 do CNJ, art. 3º, § 2º e art. 165 do CPC/2015 e Lei

15 Tal poder de certificação de atos, corresponde à fé pública, que de acordo com Ceneviva (2010, p. 51), significa a “confiança atribuída por lei ao que o delegado declare ou faça, no exercício da função, com presunção de verdade”, assim como, confirma a eficácia de negócio jurídico ajustado com base no declarado ou praticado pelo registrador e pelo notário” (art. 3º, Lei nº 8.935/94). Presunção *iuris tantum*, visto que mesmo sendo documento público dotado de fé pública, cabe prova em contrário.

nº 13.140/2015. Nesses casos, o mediador facilita o diálogo entre as partes para que elas mesmas proponham soluções (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 13.140/2015, art. 165, § 3º, CPC/2015) e o conciliador como terceiro facilitador que interfere sugerindo opções de solução (art. 165, § 2º, CPC/2015).

Insta coligar ainda, em comparação aos critérios exigidos ao magistrado, que: a) os tabeliães e os registradores gozam de independência no exercício de suas atribuições (art. 28, Lei nº 8.935/94), portanto não são subordinados à nenhum dos três poderes¹⁶, sendo apenas fiscalizados pelo Poder Judiciário (§1º, art. 236, CF/88 e art. 37 e 38, Lei nº 8.935/94) para o adequado cumprimento das normas expressas no ordenamento; b) devem conduzir sua atividade com absoluta imparcialidade, o que se observa nos termos do arts. 27¹⁷, 30, inc. VI¹⁸, e os arts. 22, 23, 24 e 31 atinentes ao sistema de responsabilidade civil, todos da Lei nº 8.935/94.

O poder jurisdicional é delimitado e especificado pela competência, como meio de facilitar e permitir a distribuição da atividade jurisdicional (ARAÚJO, 2016, p. 419). Conforme o demonstrado, o Estado passou a permitir que os tabeliães tenham competência para dirimir sobre questões¹⁹ passíveis de serem decididas pelas próprias partes. Ao que Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 159) denominam de jurisdição não estatal, os tabeliães e os oficiais de registros têm competência para conciliar ou mediar direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação, devendo essas serem homologadas na forma do art. 725, VIII, do CPC/2015 e do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015 (at. 12 do Provimento nº 67/2018 do CNJ, 2018b).

1.3 PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL ON-LINE

A tutela jurisdicional extrajudicial, obteve ainda mais vantagens em relação à sua celeridade e economia, quando da publicação do Provimento nº 100 de 26 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu normas gerais sobre prática de atos notariais eletrônicos em todo o país em decorrência da pandemia do Covid-19 (considerando a orientação nº 9, de 13 de março de 2020, do CNJ que dispõe sobre a necessidade de as Corregedorias-Gerais do Poder Judiciário nacional observarem medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus).

A transferência da realização de determinados atos para a jurisdição extrajudicial além de

16 Similar à independência do magistrado, essa descrita por Araújo (2016, p. 139): “Não há submissão do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo ou ao Legislativo, e suas decisões têm como fim salvaguarda da Constituição e dos direitos fundamentais”. A garantia da independência do juiz natural é assegurada pela vitaliciedade (art. 95, I, CF/88), inamovibilidade (art. 95, II, CF/88) e irredutibilidade de subsídios (ARAÚJO, 2016, p. 139). Pois bem, requisitos que também são similares à garantia da independência do tabelião: vitaliciedade, como dispõe o arts. 28 e 39, da Lei nº 8.935/94; inamovibilidade (§ 3º, art. 236, da CF/88; arts. 14 à 19, art. 29, da Lei nº 8.935/94); irredutibilidade de subsídios pois, não são remunerados pelo Estado, mas recebem emolumentos do particular pelos atos praticados (§ 2º, art. 236, CF/88 e art. 28, da Lei nº 8.935/94).

17 Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau.

18 Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro: [...] VI - guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão; [...]

19 Refere-se aqui à competência material, visto que no que tange à competência territorial, é facultado às partes a liberdade de escolherem a serventia notarial para realizar, tanto as escrituras de inventário, partilha, separação, divórcio e dissolução de união estável (conforme art. 1º, da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007), quanto para realizar as conciliações e mediações, seguindo os termos da Lei nº 13.140/2015 e Provimento nº 67/2018, do CNJ.

garantir o acesso à justiça, de forma célere e econômica, ainda denota o fato de que, como sendo particulares os delegados, em sua maioria, possuem meios de viabilizar estrutura e pessoal para tal finalidade.

Possibilitar a certificação de documentos e declarações pela via eletrônica, mesmo que observado em tempos de pandemia, conduz à ainda maiores possibilidades e facilidades facultadas à população, que a competência judicial não pode fornecer. Isso porque, assim como há Estados que não ainda não possuem processo eletrônico judicial, os prazos processuais foram suspensos a partir de 19 de março de 2020 (Resolução nº 313/2020, CNJ) até 14 de junho de 2020 (Portaria nº 79, de 22 de maio de 2020, do CNJ), à exemplo, o processo de divórcio judicial restou prejudicado, pois depende da citação para o cumprimento do devido processo legal.

A pandemia, portanto, serviu como fio condutor e alimentador da benesse da tutela jurisdicional extrajudicial. Reestruturação que teve início, como demonstrado, em 2007 com a Lei nº 11.441 e, acredita-se, se seguirá com mais direcionamentos nesse sentido.

2 TUTELA DA (DES)CONFIANÇA: PRINCÍPIO?

Coligada ao princípio da segurança, está a tutela da confiança. Inicialmente, critica-se considerar a confiança um princípio, pois como está “ligado aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, traduz o poder-dever de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação de *confiança* mútua no plano institucional” (STRECK, 2011a, p. 521-522), evita-se assim um panprincipiologismo. Nesse sentido, faz parte da força deontológica de atuação do intérprete. Embora Canotilho (2003, p. 257) entenda como princípio, aproveita-se de sua denominação de segurança jurídica:

[...] em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se o seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com vase nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.

Afirmado-se, portanto, ter caráter deontológico no exercício da função do tabelião, observa-se, no que se refere à garantia do ato, o tabelião *tutela* (protege) a confiança nas relações sociais confiabilidade.

Confiabilidade que se extrai a cláusula geral da boa-fé, tanto da atuação do serventuário quanto a garantia da *tutela* em relação à boa-fé das partes. Há confiança de que ao exercer autonomamente suas vontades as partes sejam orientadas e direcionadas pelo tabelião a adequar-

se às normas estabelecidas, na certeza de que além de possuírem um documento cercado de existência, validade e eficácia, ainda formaliza o consenso já pré-estabelecido ou extraído para a resolução do conflito.

Em decorrência da conjuntura argumentativa presidida no texto, salienta-se tratar-se a boa-fé cláusula geral, pois refere-se a texto jurídico composta por regras e princípios (DIDIER JUNIOR, 2010). Assim, “as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos *contenham*, em seu enunciado, ou *permita a sua formulação*.” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 316, grifo do autor).

Nesse sentido, como princípio, requer a interpretação do texto conforme as regras expressas no ordenamento, de acordo com as normas gerais para interpretação de qualquer ato jurídico (art. 112, 113, 114 e 423 do CC/2002) (DIDIER JUNIOR, 2020, p. 499), bem como, o respeito aos ditames constitucionais. Como regra, há determinadas consequências normativas em caso de desrespeito ao princípio, ao tabelião responsabilidade civil subjetiva (art. 22, Lei nº 8.935/94), entre as partes a verificação de responsabilidade subjetiva ou objetiva. Apesar da cláusula geral da boa-fé ser reenviada ao juiz para que este a adequa ao caso concreto, mediante fundamentada decisão²⁰, ela é entendida como modelo social de comportamento – *standart*, que caracterizam os planos da existência, validade e eficácia das relações jurídicas negociais (MARTINS-COSTA, 2000) dando amplitude à sua exigência e aplicabilidade.

Ainda, no esmiuçar do adjetivo “geral”, Martins-Costa (2000, p. 304) denota que a cláusula geral requer uma “‘previsibilidade geral’ de condutas, ao modo de ensejar o tratamento ‘me conjunto’ de um vasto domínio de casos”, bem como, a necessidade de determinar tratar-se de boa-fé subjetiva ou objetiva.

A dinamicidade tríade da cláusula geral da boa-fé (entre serventuário - partes e entre partes - partes), compõe-se: a) boa-fé subjetiva pois, leva em consideração a intenção, a consciência, a convicção ou mesmo ignorância do sujeito na relação jurídica; b) boa-fé objetiva corresponde ao dever de conduta, modelo social, “fundada na honestidade, na retidão, na lealdade” e, principalmente, na consideração com o interesse social (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411-412).

Para tanto, a boa-fé objetiva tem maior força na aplicabilidade do processo, tanto judicial quanto extrajudicial mediante a previsibilidade expressa no CPC (art. 5º)²¹, rebuscando Martins-Costa (2000, p. 394-395), de que o vínculo obrigacional considerado como uma totalidade – e aqui, portanto, também compreendido no direito processual -, um complexo de direitos, **deveres**, pretensões, etc.

Diversamente dos solipsismos interpretativos embasados no ativismo jurídico incompatíveis com a deontologia dos princípios normativos do Estado Democrático de Direito, a

20 Assim afirma Martins-Costa (2000, p. 303): “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, [...], caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual., reiterados no tempo os fundamentos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”.

21 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

atuação (fé pública – boa-fé) do tabelião tutela as relações jurídicas quando segue estritamente as normas dispositivas autenticando e certificando declarações em consonância com o ordenamento jurídico, garantindo consequentemente a segurança da relação jurídica e da boa-fé das partes ao exercerem sua autonomia. Constitui e reconhece direitos, lavrando documentos que servem como meio de prova, tanto à própria existência do ser, consubstanciado em seus direitos à personalidade e patrimoniais, portanto, protegendo direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, seja pessoa física ou jurídica.

Tal assertiva da leitura do exposto no art. 215, do CC/2002 – a escritura pública lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena -, ou, em relação aos oficiais de registros, do art. 252, da Lei nº 6.015/73 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

Tutela que se estende a atuação do tabelião na concessão da tutela extrajudicial na instrumentalização de atos consensuais ou na resolução de conflitos.

Desse modo, se tem a pretensão de afirmar que os tabeliões cumprem a adequada hermenêutica jurídica condizente aos ditames constitucionais, principalmente porque sofrem minuciosa fiscalização do Poder Judiciário.

3 OS PRINCÍPIOS E DEVERES INERENTES AO PROCESSO EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL

A segurança e confiança devem estar presentes em toda a seara pública, neste caso, tanto na extrajudicial quanto na judicial. Faz parte da ordem imposta ao direito conferir para a pacificação dos conflitos sociais. Contudo, observa-se que há uma tratativa diversa do monopólio judicial sendo estabelecida recentemente e, com o advento do vigente Código de Processo Civil, isso fica ainda mais evidente.

A crise do Poder Judiciário, demonstrada pela estrutura incompatível à quantidade de processos judiciais subsidiada, portanto, pelo princípio do acesso à justiça, além do formalismo excessivo de outrora, forçou o Estado a criar formas alternativas de pacificação, transferindo às próprias partes o poder de se autocompor. Situação que ganham reforços, quando se soma à outra crise instituída pelas decisões discricionais (solpsistas) que se tornam cada vez mais corriqueiras em afronta ao Estado Democrático, com justificativas positivo-interpretativas que já deveriam restar superadas. De certa forma, crises contumazes como essas fazem soçobrar a segurança e confiabilidade do Estado concessor da tutela jurisdicional.

Assim, entende-se que a desjudicialização e a utilização, afirma-se: mais que adequada, da tutela extrajudicial pelo agentes delegados, pode conceder a real satisfatividade às partes que pretendem buscar a solução justa. Nesse sentido, além de se manter o cumprimento do princípio constitucional do acesso à justiça, por meios alternativos, ainda cumpre-se os princípios da duração razoável do processo e da economia processual (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Isso se comprovou após a emissão da Lei nº 11.441/2007, quando procedimentos de divórcios, por exemplo, passaram a ser

realizados em menos de 30 dias²², isso se não realizados no mesmo dia do requerimento havendo disponibilidade do tabelião.

Além do exposto, restou demonstrado que o formalismo excessivo do processo judicial causa prejuízos às partes não apenas pela demora temerária mas, inclusive, pela onerosidade excessiva, tornando o processo uma forma de exclusão social.

A busca por mudanças repercute não apenas na Lei nº 11.441/2007, mas nos meios alternativos autocompositivos judiciais - como a conciliação e mediação, com maior ênfase na seara extrajudicial (Lei nº 13.140//2015 e Provimento nº 67/2018 do CNJ, 2018b).

A autocomposição é reforçada com o ato jurídico processual, agora expresso no art. 190 do CPC, bem como, pelos “princípios” fundamentais do processo da boa-fé e da cooperação, extraídos do direito material.

Constata-se que o conteúdo expresso referente a possibilidade da negociabilidade das relações sociais, para solução de conflitos, baseados na boa-fé e na cooperação, deixa transparecer a importância da tutela extrajudicial, pois já contém tais referenciais normativos para sua aplicabilidade.

O direito processual tratava da boa-fé, no aspecto de descumprimento da lealdade pelo abuso de direito tipificado como litigância de má-fé (art. 17 do CPC/1973), mantido no CPC/2015 no art. 77. Contudo, a despeito da previsibilidade, não tinha a conotação prática punitiva adequada. O código processual vigente intenta promover a seriedade prevendo a boa-fé objetiva (norma de conduta) como “princípio” fundamental do processo civil (art. 5º, CPC), o que repercute por todos os atos processuais, inclusive os consensuais. Interligando o direito material ao processual, descreve Didier Junior (2020, p. 139):

O princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.

Assim, da mesma forma que o direito material tutelado no processo extrajudicial, a boa-fé, inerente às relações consensuais e, portanto, ao Direito Notarial, se faz presente nas diretrizes judiciais, não apenas para inibir a litigância de má-fé, mas para dar respaldo ao ato incutido como meio de auxílio à uma construção menos formalista do processo.

De acordo com Tomasevicius Filho (2020) “o dever de cooperação é um dos deveres advindos do princípio da boa-fé, porque justamente se espera cooperação de quem pretende agir segundo a boa-fé.” Nesse sentido, a cooperação servirá para reduzir a deslealdade, pois para que ambas as partes busquem mais rapidamente o mesmo objetivo é preciso a ajuda mútua, portanto, “prejudicar a parte contrária é prejudicar a si mesmo [...]” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020).

Agregando o complexo de deveres, especialmente no que se refere ao dever lateral ou

²² A eficiência e presteza dos notários é um dos deveres expressos no art. 30 da Lei nº 8.395/94, e quando não cumprido será considerado infração disciplinar e punível nos termos do art. 31 e seguintes da Lei nº 8.395/94.

instrumental, portanto, ditos “deveres de cooperação e proteção de recíprocos interesses”, dos quais, têm-se: a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; b) os deveres de aviso e esclarecimento; c) os deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; g) os deveres de omissão e de segredo (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439). Assim sendo, estão referidos:

[...] à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais ‘caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens de outra parte contra os riscos de danos concomitantes’, servindo, ‘ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato’ (MARTINS-COSTA, 2000, p. 440).

Continuamente, o “princípio” da cooperação (art. 6, CPC) não minimiza a atuação decisional do juiz, mas expressa um dever de conduta para as partes e para órgão jurisdicional, que conduz o processo em uma posição partidária, com diálogo e equilíbrio em relação à autonomia/liberdade das partes. “A cooperação, corretamente compreendida, em vez de ‘determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequado do processo pelo juiz, faz com que essas dele participem” (DIDIER JUNIOR, 2020, p. 161).

Seguindo a teoria streckiana, desconsidera-se a cooperação das partes, referente à todos aqueles que compõe o processo, como “princípio” conforme disposto no Código de Processo Civil, pois entende-se que o dever de conduta leal cooperativo é inerente ao processo seja ele judicial ou extrajudicial. Falando de outra forma, é o que se espera de um processo num Estado Democrático de Direito (STRECK, 2011a).

A descrição dos referidos princípios ou deveres, serve para demonstrar que eles já compunham o processo extrajudicial, mesmo antes da onda de desjudicialização e abertura à tutela jurisdicional extrajudicial. Isso porque, tanto no processo judicial quanto extrajudicial servem para direcionar a interpretação dos atos *processuais*, onde as partes têm maior exercício de liberdade, tudo para compor um *bom processo*. Conseqüentemente, e aí está a tutela jurisdicional extrajudicial adequada, a instrumentalização da autonomia das partes observadas as normas pelo tabelião representa um acordo, portanto, ato que dá a segurança, confiança e certeza às resoluções e seus efeitos futuros²³.

23 Conclusão que se extrai da leitura de Negreiros (2002, p. 292, grifo do autor) ao citar o Ministro Eros Roberto Grau: O próprio autor, contudo, dá início ao seu ensaio com a explicitação de uma premissa: a de que *todo* o contrato tem por função dar aos contratantes segurança e certeza relativamente a transações econômicas e a seus efeitos futuros. Está aí, pois, um paradigma, isto é, uma chave de leitura do contrato, um critério de pesquisa, o qual dá primazia à segurança sobre a justiça do ajuste –, e que, segundo Eros Roberto Grau, é aplicável a todo e qualquer ajuste contratual.

CONCLUSÃO

O direito positivado, portanto, construído nos termos do Estado de Direito não pode ser desconsiderado. Por certo, o agente delegado como intérprete das normas procura de forma adequada conceder às partes a satisfatividade de uma tutela extrajudicial.

O ato extrajudicial, assim como o judicial, se reveste de princípios e cláusulas gerais rigorosamente observados pelo tabelião, despido de possíveis solipsismos interpretativos em razão de princípios constitucionais e fiscalização do Poder Judiciário, garantindo, dessa forma, o exercício da liberdade das partes em acordo com o ordenamento jurídico, consequentemente, tutelado pela segurança e confiança necessários para a pacificação das relações sociais.

A mudança paradigmática por uma tutela jurisdicional extrajudicial apresenta-se em razão da dissolução do dogma do monopólio judicial. Contudo, a jurisdição extrajudicial se justifica por ainda compor uma extensão do próprio Poder Judiciário, que fiscaliza e regula as regras seguidas pelos serviços notariais e registrais. A palavra “extra-judicial” já denota a conjectura demonstrada no decorrer do artigo.

Tutelar é proteger, e ao interpretar a lei o tabelião segue diretrizes que o direcionam a estar sempre de acordo com as normas postas. Isso não significa ser mero aplicador da lei, mas cumprem o papel de interprete de maneira a assegurar a confiança depositada na concessão da tutela extrajudicial.

Tal assertiva, tem como fundamento a observância contínua dos princípios da boa-fé objetiva e cooperação, pelos concessionários da tutela extrajudicial na resolução mais adequada ao conflito.

Conclui-se, portanto, que a estrutura extrajudicial pode garantir maior satisfatividade às partes que buscam o acesso à justiça de forma célere e econômica, sendo o ato extrajudicial lavrado pelo tabelião não apenas um instrumento da declaração daquelas, mas também um auxiliar interventor e auxiliador do consenso e da autocomposição.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo I – parte geral: atualizado com a Lei 13.256/2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. **Revista Da Faculdade De Direito**, São Paulo, v. 90, p. 91-119, 1995. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67291>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **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: 3 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110169.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: 9 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 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, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 4 jul. 2020

BRASIL. Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13286.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20responsabilidade%20civil,18%20de%20novembro%20de%201994. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 9 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. Brasília, DF: CNJ, 2018a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 100, de 26 maio de 2020.**

Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 1 jul. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 67, de 23 de março de 2018.**

Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Brasília, DF: CNJ, 2018b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>. Acesso em: 1 jul. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 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, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 9 maio 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais.** 2010. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>. Acesso em 4 abr. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Responsabilidade civil dos notários e dos registradores. Distrito Federal: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/responsabilidade-civil/responsabilidade-civil-de-tabelioes-e-registradores-oficiais#:~:text=a%20ser%20subjativa%3A-,Art.,assegurado%20o%20direito%20de%20regresso>. Acesso em: 15 jan. 2020.

FERREIRA, Jussara Borges; MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. **Contratos bancários e de planos de saúde: aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas.** Belo Horizonte: Arraes, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paul: Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Juízes que fazem as suas próprias leis. **O Globo**, [São Paulo], 11 dez. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaop/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis-20622275>. Acesso em: 6 jul. 2020.

IBDFAM - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Escritura reconhece união afetiva a três.** Belo Horizonte: IBDFAM, ago. 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 6 jul. 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos:** teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria contratual: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2020.

OHLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da administração pública e o mundo prático no direito administrativo. **RECHTD**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 150-168, jul./dez. 2013.

STEIN, E.; STRECK, L. L. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Luiz Lênio. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

STRECK, Luiz Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários à lei de registros públicos**. Florianópolis: Conceito, 2010.

Como citar: CARDOSO, Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des)confiança. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 25-43, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n2p25. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 18/01/2020

Aprovado em 21/10/2020

**A INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR EM CASO DE RESCISÃO DO
CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL**

THE SUPPLEMENTARY INDEMNIFICATION IN THE EVENT
OF TERMINATION OF THE COMMERCIAL REPRESENTATION
CONTRACT

Marcelo Sampaio Siqueira*
Álison José Maia Melo**
Victor Felipe Fernandes de Lucena***

*Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor) Professor em Direito no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) E-mail: marcelosampaiosiqueira@hotmail.com

**Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) Professor em Direito no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) E-mail: alisson.melo@gmail.com

***Mestrando em Direito no Centro Universitário Christus (Unichristus) E-mail: victorfelipejus@hotmail.com

Como citar: SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; MELO, Álison José Maia; DE LUCENA, Victor Felipe Fernandes. A indenização suplementar em caso de rescisão do contrato de representação comercial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 44-61, jul. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n2p44. ISSN: 2178-8189

Resumo: As mudanças impostas pela globalização econômica vêm gerando uma pressão social, com reflexos jurídicos, na interpretação das relações contratuais, inclusive nos contratos comerciais mais tradicionais. O presente artigo analisa, no contexto do contrato de representação comercial, a possibilidade ou não de se cobrar indenização suplementar em caso de rescisão sem justa causa, considerando o art. 27, *j*, da Lei nº 4.886/65. A partir de uma abordagem dedutiva, a pesquisa parte de uma análise das características gerais do contrato de representação comercial para, num segundo momento, avaliar a situação de rescisão contratual sem justo motivo e o impacto da falta de pré-aviso e, ao final, investigar a possibilidade de indenização suplementar na hipótese de perdas e danos superiores ao piso legal. Conclui-se que, seja numa perspectiva comparativa com a legislação espanhola e portuguesa, seja a partir da teoria do diálogo das fontes, com aplicação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, a indenização suplementar no contrato de representação comercial pode acontecer, de modo excepcional, quando verificada a ocorrência de prejuízos extraordinários ou danos morais à honra e à reputação do representante.

Palavras-chave: contrato de representação comercial, rescisão, indenização legal, dano moral.

Abstract: The changes imposed by economic globalization have generated social pressure, with legal consequences, in the interpretation of contractual relations, including in more

traditional commercial contracts. This article analyzes, in the context of the sales representation contract, the possibility or not of charging supplementary indemnity in the case of termination without cause, considering article 27, j, of Law nº 4.886/65. Based on a deductive approach, this research begins with an analysis of the general characteristics of the sales representation contract in order to, in a second moment, evaluate the situation of contractual termination without just cause and the impact of the lack of prior notice. At the end, it investigates the possibility of supplementary indemnification in the hypothesis of losses and damages that exceed the legal floor. We conclude that, either from a comparative perspective with Spanish and Portuguese legislation, or from the theory of the dialogue of sources, applying the principles of good faith and the social function of contracts, the supplementary indemnity in the commercial representation contract may occur, in an exceptional manner, when the occurrence of extraordinary losses or moral damages to the representative's honor and reputation is verified.

Keywords: commercial representation contract, termination, legal indemnity, moral damage.

INTRODUÇÃO

O contrato de representação comercial decerto qualifica-se como a mais importante modalidade de contratos de colaboração no âmbito da atividade empresarial no Brasil. Os contratos de colaboração são assim entendidos como aqueles contratos em que há uma estratégia ganha-ganha, a estimular a cooperação das partes no esforço comum de consolidar determinados produtos em mercados específicos. Silente no Código Comercial de 1850, que tratava somente do mandato e da comissão, a evolução das práticas mercantis no Brasil levou ao desenvolvimento de um modelo antigo de parceria empresarial para a expansão de marcas e produtos em mercados nacionais, remontando aos antigos caixeiros-viajantes (SIQUEIRA; SIQUEIRA, 2018, p. 111-112).

Com os avanços da pós-modernidade e o desenvolvimento do supercapitalismo, verifica-se o acirramento das relações mercantis em prol da eficiência, traduzida nas pressões entre as empresas para a redução de custos, mormente nas etapas de comercialização – na qual se insere a representação comercial –, o aumento das desigualdades econômicas com a multiplicação dos perfis empresariais (da microempresa à multinacional) e a consequente potencialização das vulnerabilidades a que empresas e empresários também restam submetidos (REICH, 2007). As mudanças hodiernas nas relações socioeconômicas, inclusive no Brasil, têm ensejado a preocupação quanto à incorporação de questões sociais nas relações privadas, a exemplo da introdução da função social, dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, o que vem acarretando uma revisita aos tradicionais institutos do direito privado (MATIAS; NOGUEIRA, 2018; SOARES; SANT'ANNA, 2019).

Questão ainda tormentosa na prática mercantil e que resvala na jurisprudência nacional em torno dessa modalidade contratual diz respeito ao momento de extinção contratual, principalmente diante da possibilidade de rescisão antecipada, e os efeitos jurídicos decorrentes. O recorte específico desta investigação recai sobre os direitos do representante comercial na indenização por rescisão unilateral voluntária (sem justa causa) por culpa da empresa representada, regulada pela Lei nº 4.886/65, modificada pelas Leis nº 8.420/92 e 12.246/2010 (art. 27, *j*) e pelo Código Civil, e a possibilidade, em face de limitação legal e contratual, de se cobrar verba indenizatória suplementar, fora o mínimo de 1/12 (um doze avos ou um duodécimo) do total de comissões atualizadas auferidas durante o período de exercício da representação.

O objetivo geral da pesquisa visa a apresentar uma solução diferenciada para situações específicas de ônus excessivo para o representante, que busquem garantir o equilíbrio econômico em respeito aos princípios e regras regentes do direito contratual empresarial, em especial a função social do contrato.

Em termos metodológicos, procura-se desenvolver a pesquisa mediante uma abordagem dedutiva em pesquisa de natureza teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal como fonte. De modo auxiliar, recorre-se ainda ao estudo comparado do tema no Direito espanhol e português. Dedicase ainda ao estudo das legislações essenciais, direitos fundamentais e princípios, a fim de elaborar uma boa análise das jurisprudências para o

esclarecimento do tema.

No enfrentamento do problema proposto nesta investigação, observa-se inicialmente a caracterização jurídica do contrato entre representante e representada na representação comercial, após o que se enfoca a questão indenizatória oriunda da rescisão prevista pela Lei dos representantes comerciais. Posteriormente, estuda-se a questão da indenização suplementar em relação à dignidade da pessoa, de forma a fundamentar sobre a possibilidade ou não de pagamento de indenização suplementar, considerando os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

1 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O regime jurídico do contrato de representação comercial remonta à tipificação contratual ocorrida com a legislação especial instituída pela Lei nº 4.886/65, ainda vigente, com posteriores alterações legislativas pelas Leis nº 8.420/92, com disciplina mais compreensiva acerca da remuneração e da exclusividade, e 12.246/2010, tratando mais especificamente da vinculação aos conselhos da categoria (MENDONÇA, 2013, p. 659-663).

O Código Civil, por sua vez, optou pela adoção da nomenclatura agência, dividindo-se a doutrina ora em identificar as duas modalidades contratuais (MARTINS, 2019, p. 224), ora em estabelecer uma relação de continência, sendo agência gênero do qual a representação seria espécie dileta para o Direito Empresarial (NEGRÃO, 2020, p. 287), ora quem até mesmo suscite tratar-se de contratos distintos, cuja natureza distintiva é a qualificação registral do contratado (ALVES, 2018, p. 128).

A relação jurídica criada na representação comercial pressupõe a existência de duas partes: a) o representado ou agenciado, a pessoa natural ou jurídica em favor de quem os negócios são intermediados e, se for o caso, quem afinal promove a entrega das mercadorias ou a realização dos serviços; e b) o representante ou agente comercial, a pessoa natural ou jurídica responsável por agenciar propostas em favor de terceiro, intermediando a transação sem adquirir por conta própria as mercadorias ou realizar a atividade contratada.

A bem da verdade, o contrato de representação comercial em sua substância nuclear equivale ao contrato de agência; entretanto, confere ao contratado mais poderes. O representante, além de demonstrar o produto e promover o negócio, também o conclui, embora mediante condição suspensiva até a anuência da empresa representada, podendo inclusive participar ativamente da execução do contrato.

Porém, há importantes vozes que buscam trazer identidade entre esses tipos contratuais: para Costa (2018), há uma coincidência da disciplina jurídica de ambos os contratos, seja do ponto de vista estático (na identificação das partes e do objeto do negócio), seja do ponto de vista dinâmico (no *modus operandi* de cumprimento do referido contrato), configurando-se um e o mesmo tipo; Haical (2012, p. 89 e ss.) entende ter havido equívoco do legislador quanto ao *nomen iuris* na Lei nº 4.886/65 pois, a despeito de adotar o nome representante comercial, estaria disciplinando tão somente o contrato de agência. Para ambos, são improcedentes os argumentos referentes à extensão dos poderes do agente e do representante, à natureza da personalidade física ou jurídica

do contratado, à especificação do espectro de atuação da representação comercial para atividades mercantis. Essa discussão referente à existência de diferenças entre o contrato de agência e o de representação comercial não é de todo irrelevante, especialmente em virtude do efeito jurídico-legislativo decorrente: o efeito prático disso para o Direito Civil seria a conclusão de que a Lei nº 4.886/65 teria sido derogada tacitamente pelo Código Civil naquilo que diverge.

Entende-se haver razões suficientes para superar essa postura interpretativa. Há que se considerar que a revogação tácita deve ser interpretada de forma estrita, no sentido de exigir do legislador um compromisso terminológico que se contradiz com o silêncio do codificador; a própria LINDB requer, no art. 2º, § 1º, a regulação inteira da matéria que tratava a anterior, no que é reforçado pelo § 2º, que estabelece a vedação de revogação de lei anterior quando a lei nova estabeleça disposições gerais. Ademais, a postura tácita do Código Civil não foi de rejeição normativa; pelo contrário, o art. 721 faz alusão expressa à possibilidade de legislação especial. No âmbito da hermenêutica civilista, prevalece a ausência de palavras inúteis na legislação e, nesse sentido, a escolha do termo agente sem alusão ao instituto do contrato de representação comercial, já conhecido pela comissão responsável pela elaboração do Código Civil, aparenta uma intencionalidade do legislador; também pode-se ventilar a solução do conflito aparente de regras (antinomia) através da prevalência da lei especial anterior sobre a lei geral posterior. Por fim, deve-se destacar ainda o fato de que o Código Civil não cuidou de unificar toda a disciplina contratual privada, restando legislações anteriores a ela em vigor, como são os casos das Leis nº 6.099/74, 6.729/79 (Lei Ferrari), 8.245/91, 8.955/94 e 9.514/97, que regulamentam, respectivamente, os contratos de arrendamento mercantil, de concessão comercial de veículos automotores, de locação de imóveis urbanos, de franquia e de alienação fiduciária.

Ademais, há um elemento distintivo importante entre as disciplinas legais do representante comercial e do agente, identificado logo no início da Lei nº 4.886/65, a saber, a exigência de registro no respectivo conselho profissional. Nesse sentido, concorda-se com Negrão (2020) quando conclui que o Código Civil aplica-se integralmente para os agentes não registrados como representantes comerciais. De um ponto de vista da evolução do Direito Comercial, há um movimento permanente de diferenciação estatutária dos diversos segmentos do mercado (CAVALLI, 2012), que não pode ser menosprezado por mera interpretação. Também sob o ponto de vista de um diálogo das fontes, há que se optar por uma solução menos radical do que a revogação tácita do estatuto do representante comercial, buscando-se a compatibilização desses regramentos; nesse sentido, as regras do contrato de agência poderão ser complementadas pelas disposições da Lei nº 4.886/65, e para essa lei as disposições do Código Civil se aplicariam supletivamente. Adota-se, portanto, a teoria de que o contrato de agência, tratado no Código Civil brasileiro, regulamenta supletivamente a atividade de representação comercial, atividade exercida de forma profissional regulada pela Lei nº 4.886/65 e suas modificações legais posteriores (REQUIÃO, 1993), e dependente de registro no conselho regional.

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para quem a aplicação da Lei nº 4.886/65 tem como “pressuposto de incidência o registro no respectivo

conselho regional, requisito estabelecido pelo microssistema normativo” (REsp 1678551/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 27/11/2018) (BRASIL, 2018). Nesse contexto, o regramento codificado possui uma postura de generalidade e subsidiariedade em relação à legislação específica, voltada propriamente para as transações empresariais e dotada de uma principiologia própria. Aliás, o próprio Código Civil faz concessão à lei especial por força do art. 721, complementada pelas regras gerais sobre mandato e comissão, naquilo que compatível (MARTINS, 2019, p. 224).

Em razão da existência de regramentos diferenciados da representação comercial autônoma para a agência *lato sensu*, o enfoque da pesquisa volta-se apenas para o contrato de representação comercial *stricto sensu*.

A relação é regulada por contrato (manifestação bilateral de vontades), não exigindo a lei qualquer formalidade ou solenidade para sua formação, embora seja aconselhável que se faça na forma escrita, porquanto imprimirá maior segurança à relação jurídica, o que seria vantajoso para ambas as partes (BERTOLDI; RIBEIRO, 2020, seção 75.4). A contratação verbal, mais adequada para negócios informais ou microempreendimentos, gera custos de transação elevados quando da ocorrência de conflitos de interpretação da vontade das partes e apreciação das provas colhidas (NEGRÃO, 2020, p. 289), bem como quanto à qualificação da relação jurídica como trabalhista ou mercantil.

Quanto ao conteúdo do contrato, o art. 27 da Lei nº 4.886/65 traz uma dezena de cláusulas obrigatórias, merecendo destaque, pela peculiaridade da contratação, a indicação das mercadorias e atividades objeto da representação (b), a definição das zonas de atuação (d) e as regras de exclusividade (g e i), inclusive se unilateral ou bilateral, e as condições de remuneração do representante (f). No que interessa à presente investigação, a cláusula referente ao prazo do contrato (c), se definido ou indeterminado, pode implicar ainda modificações quanto às indenizações no momento de eventual rescisão contratual (j) (SIQUEIRA; SIQUEIRA, 2018, p. 118).

Não há o estabelecimento de vínculo empregatício ou qualquer outra modalidade de subordinação, pois o representante comercial age com autonomia e habitualidade e com intuito mercantil (MARTINS, 2019, p. 224-225). Em relação à última característica, enquanto por um lado implica ser o proponente presumivelmente um empresário ou sociedade empresária, isso não significa que necessariamente o representante organize sua atividade econômica em formato empresarial, podendo atuar como profissional liberal (NEGRÃO, 2020, p. 290).

Além da autonomia, da habitualidade e da mercantilidade, apontam-se ainda as características de profissionalidade do representante, a delimitação geográfica atrelada com a exclusividade da representação e a remuneração ou onerosidade (MARTINS, 2019, p. 227-228); a intransferibilidade, a bilateralidade, a aproximação *inter alios*, que reforça o papel de intermediação, e a estabilidade contratual, durabilidade ou não-eventualidade (NEGRÃO, 2020, p. 288).

Nada obstante isso, o representante fica vinculado às cláusulas contratuais e às instruções do representado em relação às possibilidades e restrições quanto à atividade a ser realizada, em

especial a concessão de descontos nos preços ou dilatação do prazo para pagamento (BERTOLDI; RIBEIRO, 2020, seção 75.6).

O representante desenvolve atividade bem mais complexa e autônoma do que a exercida pelo procurador na execução de um simples mandato. As obrigações do representante comercial podem ser classificadas como de fazer: são espécie de prestação de serviço, cujo objetivo é demonstrar o produto ou o serviço ao pretense comprador e, em caso de sucesso, enviar o pedido à representada. É interessante reafirmar que o representante age em nome e no interesse de outrem.

2 A QUESTÃO DOS DIREITOS RESCISÓRIOS NO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Ao esclarecer a natureza jurídica da atividade do agente comercial e o contrato firmado entre representante comercial e empresa representada, se passa ao estudo da questão rescisória e dos direitos do representante, parte supostamente hipossuficiente. Conforme visto, o contrato de representação comercial não se constitui numa relação de trabalho, mas em relação mercantil ou interempresarial, baseada em contrato, em que o agente é um prestador de serviço da representada, e não um empregado, não lhe sendo aplicadas as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O representante comercial, pessoa natural ou jurídica, deve ter sua relação com a empresa representada regida preferencialmente por um contrato escrito, com cláusulas obrigatórias. Destaca-se, neste momento, a fixação da “indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no artigo 35 [da Lei nº 4.886/65], cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação” (BRASIL, 1965). Esse constitui o objeto de estudo deste artigo, que visa analisar a verba rescisória devida ao representante comercial que tem o contrato rescindido sem justa causa e a possibilidade jurídica do pagamento de uma indenização suplementar, não prevista expressamente na Lei nº 4.886/65.

A rescisão é aqui retratada, segundo os ensinamentos de Azevedo (2002), como a inexecução culposa da obrigação, acarretando ruptura do negócio jurídico, cujo descumprimento poderá ser unilateral ou bilateral. O que se aborda nesta pesquisa é tão somente os direitos do representante comercial na indenização por rescisão unilateral voluntária por culpa da empresa representada, quando resta devida a indenização legal ao representante comercial, sem excluir a possibilidade jurídica de uma indenização suplementar.

Assim, se a denúncia do contrato parte da empresa representada, sem fundamento nas situações previstas no art. 35 da Lei 4.886/65, haverá a ocorrência de rescisão sem justo motivo. Nesse caso, caberá à empresa representada, nos contratos de prazo indeterminado, o pagamento da indenização devidas segundo as disposições contratuais, cláusula obrigatória prevista no art. 27, *j*, da Lei nº 4.886/65. Por se tratar de denúncia sem causa justificada, se o contrato tiver prazo indeterminado e estiver vigente há mais de um semestre, deve ainda ser prevista garantia no contrato

face à denúncia imotivada ou, na sua falta, cabe a concessão do pré-aviso estipulado no art. 34 da Lei nº 4.886/65, garantida a antecedência mínima de 90 (noventa) dias do art. 720 do Código Civil, além de pagar todas as comissões não pagas e pendentes, que passam a ter vencimento antecipado.

O entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) rechaça a aplicação do art. 34, em especial o aviso prévio, a hipóteses de denúncia motivada; para o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “[n]ão seria mesmo razoável que houvesse a obrigatoriedade do aviso prévio quando uma das partes toma a iniciativa da ruptura diante de motivo justo” (REsp 417.058/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 190) (BRASIL, 2002).

Para delinear ainda mais o problema da rescisão sem justa causa do contrato de representação comercial, Siqueira e Siqueira (2018) anotam três aspectos importantes: (1) tratando-se de contrato com prazo determinado, a rescisão fundada no fim do prazo contratual implica encerramento natural do contrato, sem a possibilidade de aplicação do pré-aviso ou de indenização; (2) o art. 720 do Código Civil, a despeito de se tratar de norma geral posterior, teria modificado parcialmente o teor do art. 34 da Lei nº 4.886/65, apenas no tocante ao prazo do aviso prévio, passando de 30 (trinta) para 90 (noventa) dias; e (3) para os contratos de prazo indeterminado celebrados após a vigência da reforma promovida pela Lei nº 8.420/92, a indenização não poderá ser inferior a um duodécimo (1/12) da soma de todas as remunerações recebidas na vigência contratual, devidamente corrigidas.

As hipóteses de denúncia por justa causa estipulam rol *numerus clausus*, não comportando outras situações nele não previstas. A Lei nº 4.886/65 afasta, em dispositivo posteriormente inserido especificamente no intuito de apaziguar divergências, a situação de impedimento temporário do representante comercial em gozo de auxílio-doença (art. 45).

É interessante sempre ressaltar, quando se trata de rescisão em contrato de representação comercial por iniciativa da empresa representada, que o representante comercial tem 5 (cinco) anos para pleitear retribuições devidas e não pagas pelas empresas representadas, para o que a legislação especial (Lei nº 4.886/65) escolheu o rito sumário, procedimento extinto pelo Código de Processo Civil (CPC), adepto do procedimento único comum. Logo, o rito processual, considerando a atual legislação processual, para discussão de assuntos rescisórios relativos à representação comercial é o ordinário, sem prejuízo da possibilidade de ingresso nos juizados especiais, a depender da complexidade e do valor da causa.

O tema até aqui tratado serve para que melhor se sensibilize às peculiaridades da rescisão do contrato de representação comercial. Destaca-se mais uma vez, em conformidade com os tipos legais apresentados, que o representante poderá ter direito, ao ser injustamente descartado do contrato de agência, a pelo menos três verbas indenizatórias: a) por rescisão imotivada, segundo o art. 27, *j*, da Lei nº 4.886/65 e suas modificações; b) sobre os negócios úteis, de acordo com o disposto no art. 717 do Código Civil; e c) por falta de concessão do aviso prévio.

Com isso, a legislação brasileira fixa uma indenização tarifada, devida no momento da rescisão do contrato de representação comercial e segundo as circunstâncias específicas da rescisão (justa causa, pré-aviso), o que levaria a supor pela impossibilidade jurídica de uma indenização

suplementar. Resta enfrentar essa hipótese específica, ou seja, o problema a ser resolvido diz respeito à possibilidade de aplicação de verba indenizatória complementar, além das mencionadas pela legislação, caso remanesça dano sofrido pela rescisão do contrato e ainda não reparado.

3 CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR E POSSÍVEL AFRONTA AO

ART. 27, J, DA LEI Nº 4.886/65

A questão central da presente pesquisa é tratar de aspectos atuais da relação contratual entre representante comercial e a empresa representada, com o intuito de avaliar a viabilidade ou não da cobrança de verba indenizatória suplementar em caso de rescisão do contrato de representação comercial. A análise deve considerar a legislação brasileira, preconizada pela citada Lei especial, que fixa de forma expressa o valor das perdas e danos em caso de rescisão do contrato nessa modalidade.

3.1 análise comparada: o regime jurídico do contrato de agência na Espanha e em Portugal

Esse aspecto supostamente inviabilizaria qualquer outra cobrança a título de reparação, sendo o tratamento dispensado à verba no art. 27, j, da Lei nº 4.886/65 semelhante ao adotado na Lei espanhola (Ley 12/1992) e na legislação portuguesa, especificamente o Decreto-Lei nº 178/86, alterado pelo Decreto-Lei nº 118/93¹, que também trata do direito indenizatório aos agentes comerciais, mas com variáveis.

A legislação espanhola, com relação à indenização decorrente da rescisão injusta do contrato de representação comercial e perda da clientela, possui regramento semelhante ao contido na legislação brasileira, pois prevê expressamente em seu texto indenização em caso de rescisão e fixação do montante (arts. 28 e 29 da Ley nº 12/1992)². Assim, a indenização por perda da clientela, no âmbito do exercício profissional de agente comercial na Espanha, não pode exceder a média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos ou durante todo o período em que vigorar o contrato de representação comercial.

Como aponta Jiménez Mancha (2004), a denúncia antecipada do contrato de agência visa a impedir a clientela da empresa agenciada seja mal atendida por um agente desmotivado

1 Convém mencionar que a Constituição portuguesa prevê a modalidade legislativa do Decreto-Lei, cuja competência para elaboração recai sobre o Governo parlamentarista, nos termos do art. 198º (PORTUGAL, [2005]). O instrumento equivalente no Brasil é a medida provisória, porém não idêntico, porque tem como pressupostos específicos a relevância e a urgência da medida.

2 Ley 12/1992 (sobre Contrato de Agencia): “**Artículo 28. Indemnización por clientela.** 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. 2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. 3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. **Artículo 29. Indemnización de daños y perjuicios.** Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.” (ESPAÑA, 1992)

na continuidade do ofício, quando este não comece a operar em favor de uma concorrente. Eventualmente o agente pode ter realizado investimento de vulto para alavancar sua atividade, como última chance para recuperar a confiança de seu agenciado e, ao ser surpreendido com a rescisão, quedar-se bastante prejudicado financeiramente.

No entanto, em comparação com a Lei brasileira, observa-se que a Lei espanhola difere no tratamento da indenização por perda da clientela e da indenização por danos e prejuízos, possibilitando que se conclua pela viabilidade de responsabilização contratual da representada no direito espanhol pelos dois fatos jurídicos. É interessante afirmar que o artigo 29 ao tratar da indenização de danos não traz a fixação do limite da reparação, lacuna indicativa de que essa será devida em equivalência ao dano efetivo, caso seja comprovado.

A legislação portuguesa, como previsto no artigo 33 do Decreto-Lei nº 178/86, alterado pelo Decreto-Lei nº 118/93, também possibilita a reparação dos danos sofridos pelo representante comercial por perda da clientela derivada do término injusto do contrato de trabalho, mas, ao contrário da legislação espanhola, não fixa limite para esta (LEITÃO, 2006). Assim, entende-se que caberá ao representante comercial a prova do dano sofrido pela rescisão sem justa causa do contrato de agência e o que gerou de prejuízo a perda da clientela (lucro cessante), para que seja devida a verba indenizatória.

Fazendo uma análise comparativa, observa-se que as legislações portuguesas e, principalmente, espanhola distinguem a indenização por perda da clientela da indenização por prejuízos sofridos pela rescisão injusta. Logo, há dois fatos jurídicos passíveis de reparação, tendo a legislação do Reino da Espanha fixado limites para a indenização por perda da clientela. A quadro 1 expõe de forma didática o panorama comparativo:

Quadro 1 – Análise comparativa das legislações brasileira, espanhola e portuguesa acerca do contrato de agência e representação comercial

DIREITO BRASILEIRO: Código Civil e Lei nº 4.886/65	DIREITO ESPANHOL: Ley nº 12/92	DIREITO PORTUGUÊS: Decreto-Lei nº 118/93
- Rescisão com aviso de noventa dias (artigo 720 do Código Civil)	- Rescisão com aviso de até seis meses e previsão de indenização por falta de aviso	- Aviso de até noventa dias (art. 28 do Decreto-Lei nº 178/86 e Decreto-Lei nº 118/93)
- Indenização por falta de pré-aviso (art. 34 da Lei nº 4.886/65). - Indenização fixada pela lei em no mínimo um doze avos de todas as comissões recebidas (art. 27 da Lei nº 4.866/65) – independe de comprovação de dano por perda da clientela.	- Indenização por perda do cliente, limitada por lei. Não pode exceder a média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos ou durante todo o período de duração do contrato (arts. 28 e 29 da Ley nº 12/92)	- Indenização por perda do cliente, não limitada por lei e fixação condicionada a requisitos específicos (art. 33 do Decreto-Lei nº 178/86 e Decreto-Lei nº 118/93)
- direito a reparação: irrenunciável	- direito a reparação: irrenunciável	

Prazo prescricional – cinco anos (art. 40, parágrafo único, da Lei nº 4.886/65)	Prazo prescricional – um ano (art. 31 da Ley nº 12/92)	Prazo prescricional – um ano a contar da rescisão do contrato (art. 33 do Decreto-Lei nº 178/86 e Decreto-Lei nº 118/93)
---	--	--

Fonte: Elaborado pelos autores

No Brasil, a Lei nº 4.886/65 trata apenas de verba indenizatória, sem qualquer esboço de distinção entre reparação por perda da clientela ou dano emergente. Faz-se necessário, para oferecer resposta ao problema lançado, saber o alcance da verba indenizatória devida ao agente comercial por rescisão injusta provocada pela representada e se é possível cobrar danos morais ou reparação por perda da clientela, vez que, conforme visto, o agente comercial recebe a verba indenizatória prevista no art. 27, *j*, da Lei nº 4.886/65, com a redação dada pela Lei nº 8.420/92, como um piso legal, o que, por si só, ante à falta de menção expressa, não restringiria a cobrança de indenização por eventuais danos remanescentes comprovadamente sofridos.

Numa análise superficial da hipótese legal, o intérprete pode ser tentado a concluir que o valor tratado no art. 27, *j*, engloba todos os prejuízos do representante. É bem verdade que a legislação brasileira não traz a distinção contida nos artigos 28 e 29 da legislação espanhola, mas desde já se afirma que a regra brasileira fala de indenização mínima pela rescisão injusta, sem vedar expressamente a indenização suplementar. A jurisprudência brasileira costuma consagrar como verba reparatória devida ao representante as tratadas nos art. 27, *j*, da Lei nº 4.886/65, além aquela devida pelo descumprimento do aviso prévio, nos termos do art. 34. Veja-se o entendimento do STJ nesse sentido, cuja ementa se transcreve a seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÕES E VERBAS INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO E INDENIZAÇÃO DE UM DOZE AVOS. JUSTA CAUSA DA RESCISÃO UNILATERAL (FORÇA MAIOR) NÃO CONFIGURADA. 1. Nos termos do artigo 34 da Lei 4.886/65, a denúncia injustificada, por qualquer das partes, do contrato de representação ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante (salvo outra garantia convencionada) à concessão de aviso prévio de trinta dias ou ao pagamento de importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores. 2. Outrossim, ainda que se trate de contrato por tempo certo, caso a rescisão injustificada ocorra por iniciativa do representado, será devida ao representante (parte vulnerável da relação jurídica) indenização equivalente a um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que exercera a representação (artigo 27, letra “j”, da Lei 4.886/65). 3. Desse modo, sob a ótica do representante, as referidas verbas (aviso prévio e indenização de um doze avos) ser-lhe-ão devidas quando inexistente justa causa para a rescisão contratual de iniciativa do representado. [...] 6. Recurso especial provido, a fim de julgar procedente a pretensão do representado de cobrança das comissões pendentes e das verbas rescisórias devidas. (REsp 1341605/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 06/11/2017) (BRASIL, 2017).

No entanto, há outros entendimentos jurisprudenciais que sugerem a possibilidade de ocorrência de danos morais, desde que reste comprovada a ofensa e não se refiram ao risco inerente ao negócio; por exemplo, danos à honra e à imagem do representante comercial. A questão é analisar se é coerente o entendimento de que a legislação brasileira só permite a indenização prevista pelo citado art. 27, *j*, e, excepcionalmente, pelo art. 34, ou, em se tratando de ilicitude contratual (rescisão injusta), se é possível a aplicação subsidiária dos arts. 402 e seguintes do Código Civil brasileiro, que tratam das perdas e danos.

3.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA A RELAÇÃO ENTRE A LEI Nº 4.886/65 E O CÓDIGO CIVIL E A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012) expõem que não pode o Poder Judiciário, ao analisar conflito entre regras, desconsiderar as diferenças entre as partes envolvidas e o diálogo das fontes, sob pena de proferir uma decisão injusta e tecnicamente condenável. Através do diálogo das fontes, é possível coadunar-se o microssistema da representação comercial autônoma com a codificação civilista, pretensamente integradora das obrigações civis e comerciais, para se reconhecer a insuficiência do microssistema em situações limítrofes de desigualdade na vulnerabilidade negocial a implicar a intromissão do Código Civil como válvula de escape, em um diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade (MARQUES, 2004, p. 45).

O princípio da boa-fé objetiva, que traduz a necessidade de que as partes ajam com lealdade, constitui um princípio geral do Direito Civil, cláusula geral que acompanha todas as fases do negócio jurídico – dos pré-contratos à sua execução – à qual todos os atos jurídicos regulados pelo Código Civil devem guardar respeito. Esse princípio estabelece padrões éticos a serem seguidos pelas partes, favorecendo o resguardo de um padrão de correção e equidade na relação jurídica. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1984, p. 1298), sobre o referido princípio, arremata que na boa-fé, distinta da equidade, jaz a ideia de proteção da confiança. Araújo (2007, p. 576), ao tratar da boa-fé e da teologia contratual, acrescenta:

[...] por outro lado, trata-se também de saber, mais especificamente, se o princípio da boa fé contratual representa um alicerce tão sólido que ele seja susceptível de apoiar até a integração de lacunas, já não nos termos mais restritivos (e menos compagináveis com a discricionariedade judicial) da visão neo formalista; mas trata-se também de saber se, prosseguindo por uma metodologia contextualista, é possível ao intérprete lançar mão do princípio da boa fé contratual para desconsiderar o sentido explícito de estipulações e a vontade das partes, mormente quando não estejam em causa possibilidades de perversão iníqua das finalidades contratuais, quando não fique comprometido o fim comum das partes ou sejam feridas as legítimas expectativas da contraparte – e isto sobretudo se levarmos em conta que a boa-fé pode ser interpretada como reflexo de uma contínuo de responsabilidade de uma parte para com a outra dentro de um contrato, numa espécie de intersecção entre egoísmo e altruísmo.

A rescisão sem justa causa é permitida na legislação que regula a atividade de representação comercial no Brasil. A boa-fé objetiva não se sustenta se o posicionamento das partes antes e depois do negócio não se mantiver constante, significando que é atentatória a esse princípio a ocorrência de ganho desproporcional de um dos envolvidos em relação ao outro. É o que acontece na hipótese sob exame: a empresa representada, considerando a suposta e frequente vulnerabilidade econômica do representante comercial na prática, não age com lealdade quando, ao distratar contrato de representação, paga apenas a indenização mínima prevista na legislação, um doze avos de todas as comissões recebidas no período, e se omite na reparação em caso de dano moral ou pela perda de clientela.

Ao se fazer uma análise da natureza jurídica da indenização prevista na legislação especial, afirma-se que tem natureza patrimonial, não se identificando qualquer impedimento legal ao pleito de eventual representante prejudicado, caso tenha prova do ato ilícito e da ocorrência do nexo de causalidade e dano, que vise à reparação pelo dano moral. A legislação brasileira não regula expressamente a indenização por perda da clientela, tratada na legislação portuguesa e espanhola, mas regula expressamente a indenização por rescisão injusta de contrato de representação, levando a crer que o piso reparatório deva incluir a referida perda. A questão que permanece indefinida é quando o valor mínimo é insuficiente para reparar os prejuízos, isto é, se o ganho do representado pela clientela desenvolvida é superior ao valor indenizado.

A questão é complexa, já que a finalidade da legislação brasileira, ao fixar a indenização, é demarcar a disparidade contratual do representante em face da empresa, de maneira que não enfrente perda patrimonial significativa por rescisão imotivada. Mas tal explicação não responde ao questionamento lançado, e o fato é que o valor mínimo estabelecido a título de indenização em caso de rescisão pode não ser suficiente para reparar por completo os danos sofridos pelo representante vítima do ilícito.

Cita-se também, pela pertinência com a fundamentação ora apresentada, a aplicação do princípio da função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil, que impede o ganho desproporcional de uma parte em detrimento da outra. Afirma-se, por oportuno, que as alterações introduzidas no ordenamento brasileiro pela Lei nº 13.874/2019, que trata sobre o desenvolvimento econômico e altera o paradigma interpretativo do princípio da função social do contrato, ao incluir o parágrafo único no artigo 421 do Código Civil, não afasta o entendimento do Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), de que a função social do contrato constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Em síntese, a defesa da reparação suplementar ao representante comercial, desde que provada a insuficiência da reparação determinada pela lei (cláusula obrigatória no contrato), é medida de justiça, não sendo a complementação indenizatória atentatória ao princípio da intervenção mínima ou da excepcionalidade da revisão contratual. Na verdade, a escorreta reparação de danos ora tratada não constitui revisão da relação obrigacional.

Com isso, percebe-se que embora o contrato de representação comercial constitua relação

privada, na qual, por via de regra, o Estado não deverá intervir, sendo exceção a revisão contratual, deve ser observada a situação de dependência econômica do representante comercial em face da empresa representada e, por via de consequência, ser observada, por aplicação subsidiária, já que se está tratando de responsabilidade contratual, a regra disposta no artigo 944, *caput*, do Código Civil, a qual estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Pelo exposto, defende-se a possibilidade, conquanto excepcional, da indenização suplementar à prevista no art. 27, *j*, da Lei 4.886/65, ainda que a título de dano patrimonial ou moral, devendo o agente comercial comprovar o dano suplementar sofrido e a ser reparado, dependendo a referida indenização suplementar de prova correspondente, de modo que o ônus probatório, nesse ponto, recai sobre o representante comercial. Contudo, fogem da conotação de dano reparável o denominado fortuito interno, já que o contrato de representação comercial é em sua essência um contrato de resultado, cuja remuneração é proporcional às vendas e, portanto, o risco das negociações é inerente ao negócio jurídico.

Ressalta-se, mais uma vez, que a Lei nº 4.886/65 informa que a verba rescisória tratada no art. 27, *j*, constitui o mínimo rescisório, sendo devida independentemente da comprovação de dano, assemelhando-se à verba indenizatória por perda da clientela prevista na legislação portuguesa e espanhola. Logo, caso se prove ser a verba legal indenizatória insuficiente para reparar todos os prejuízos, nada impede o prejudicado de requerer quantia suplementar a título de perdas e danos, cabendo-lhe contudo comprovar o dano suplementar, isto é, em medida superior ao fixado pela lei, cuja previsão contratual é obrigatória. É salutar acrescentar que a fixação de verba suplementar por perda da clientela tem natureza de lucro cessante, podendo ser considerada renda. Tal conclusão é importante devido à incidência ou não de imposto de renda tendo como fato gerador a reparação paga.

Já o dano moral, cuja previsão não deve ser excluída, fica condicionado ao preenchimento de todos os requisitos legais para sua caracterização, não sendo a simples rescisão contratual suficiente para que isso ocorra. Exige-se ato comissivo do autor do dano que importe abalo na dignidade da pessoa do representante, isto é, o reconhecimento da indenização por danos morais pelas instâncias ordinárias, considerando que a questão fática não pode ser discutida no STJ, só pode ocorrer se restar comprovado abalo à imagem e à credibilidade da representante comercial perante a sociedade:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO DO CONTRATO SEM JUSTA CAUSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. A indenização por danos morais foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, ao argumento de ter havido abalo à imagem e à credibilidade da representante comercial perante a sociedade. Para infirmar as conclusões da Corte estadual seria imprescindível o revolvimento do conjunto probatório dos autos, o que é inadmissível em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/STJ. [...] (AgRg no AREsp 752.917/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015) (BRASIL, 2015).

A aplicação é excepcional e depende do exame das circunstâncias do caso concreto a ser realizado nas instâncias ordinárias. De todo modo, o STJ não vislumbrou conflitos ou inconveniências na cumulação da indenização legal com a indenização por danos morais, a sinalizar a plausibilidade também da tese de indenização suplementar por extrapolação de danos materiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do desenvolvimento da pesquisa, é possível concluir que há uma necessidade não apenas de atualização da legislação pertinente à representação comercial autônoma, mas também a revisita às relações jurídicas mercantis estabelecidas no contexto desse contrato, segundo as características e vulnerabilidades das partes envolvidas. Embora o Código Civil tenha disciplinado acerca do contrato de agência, este é gênero do qual a representação comercial seria uma espécie, dotada de microssistema próprio.

A aplicação do Código Civil se dá de modo subsidiário, sem prejuízo de que determinados dispositivos possam afetar diretamente a interpretação da Lei nº 4.886/65, em claro diálogo sistemático de coerência entre as fontes legislativas. Embora trate-se de contrato sinalagmático e dotado de onerosidade de resultados, há riscos envolvidos para o sucesso da execução do contrato que podem escapar ao fortuito interno do negócio realizado pelo representante comercial, seja como pessoa física ou jurídica, em maior ou menor nível de organização. Nesse tocante, a vulnerabilidade do representante comercial pode transparecer uma situação de disparidade contratual.

As indenizações previstas no microssistema legislativo da representação comercial funcionam como pisos legais, em favor do representante comercial, destacando uma finalidade sistêmica em favor dessa parte do negócio, embora se busque trazer uma posição isonômica de autonomia da vontade entre as partes contratantes. Considerando a possibilidade de rescisão sem justo motivo, agravada ainda mais com o pré-aviso indenizado, pelo qual o representante comercial esteja sujeito à desagradável surpresa diante de empréstimos contraídos para alavancar seu negócio, cogita-se a possibilidade de indenização suplementar.

A fundamentação em favor dessa tese gira em torno de três abordagens. Na primeira, mediante análise comparada, as legislações de Portugal e Espanha referentes ao contrato de agência não estabelecem pisos, mas a atenção ao valor do prejuízo sofrido. Em segundo lugar, a teoria do diálogo das fontes permite uma dinâmica de complementariedade e subsidiariedade entre o regime específico da representação comercial e a codificação civil unificadora das obrigações civis e comerciais. Por fim, a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos ingressam para proteger a confiança da representante comercial que é surpreendida com a rescisão unilateral injustificada e garantir a continuidade da atividade econômica por ela realizada.

Caso se prove que a verba legal indenizatória devida ao representante por rescisão injusta não é suficiente para reparar todos os prejuízos, nada impede o prejudicado de requerer quantia suplementar a título de perdas e danos, cabendo-lhe contudo comprovar o dano suplementar, isto é, em medida superior ao fixado pela lei, cuja previsão contratual é obrigatória. Aplica-se esta conclusão à reparação por dano moral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elton Nunes José. A disciplina jurídica dos contratos de representação comercial autônoma e agência. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 112-131, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/4210>. Acesso em: 24 mar. 2020.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Lisboa: Almedina, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: ????. Acesso em: ????

BRASIL. **Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965**. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14886.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 752917/MS**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Ação de Indenização. Representação Comercial. Rescisão do contrato sem justa causa. Agravo Regimental desprovido. Agravante: Kanaflex S/A Indústria de Plásticos. Agravados: Repita Representação Comercial LTDA e Nilton Miranda Pita. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 3 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 417.058/MG**. Contrato de representação comercial. Rompimento do contrato pelo representante diante da ausência de pagamento de comissões pela representada. Interpretação do art. 34 da Lei nº 4.886/65. Recurso especial não conhecido. Recorrente: Flávio Representações Ltda. Recorrido: Caderbrás Produtos de Papel S/A. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 6 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.678.551/DF**. Recurso Especial. Direito Empresarial. Representação comercial. Inaplicabilidade do regime jurídico previsto na Lei 4.886/65 a não inscritos no respectivo conselho regional. Atividade que não exige qualificação técnica específica. A ausência de registro não autoriza a recusa ao pagamento por serviços efetivamente prestados. Relação regida pelo Código Civil. Recorrente: Rádio Eldorado Ltda. Recorrido: New Business Representação Comercial de Meios de Comunicação EIRELI - EPP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 6 nov. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.341.605/PR**. Recurso Especial. Ação de cobrança de comissões e verbas indenizatórias decorrentes de contrato de representação comercial autônoma. Aviso prévio indenizado e indenização de um doze avos. Justa causa da rescisão unilateral (força maior) não configurada. Recorrente: Godoy e Companhia LTDA Comércio e Representações. Recorrido: Kepler Weber Industrial S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>.

jus.br/. Acesso em: 24 mar. 2020.

CAVALLI, Cassio. **Direito comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 1984.

COSTA, André Brandão Nery. Efeitos legais do conflito tipológico entre o contrato de agência e o de representação comercial autônoma. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 19, n. 96, p. 43-76, dez. 2018.

ESPAÑA. **Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia**. Madrid: Monarquía Real, 1992. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/05/27/12/con>. Acesso em: 24 mar. 2020.

HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos. Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia: análisis jurisprudencial y crítico. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, año 88, n. 6, p. 787-820, nov./dic. 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A indemnização de clientela no contrato de agência**. Lisboa: Almedina, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 7, Doutrina, p. 15-54, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: contratos e obrigações comerciais**. 19. ed. Atualizada por Gustavo Saad Diniz. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATIAS, João Luis Nogueira; NOGUEIRA, Mônica de Sá Pinto. Empresa contemporânea e a proteção aos direitos humanos. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 115-126, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/559>. Acesso em: 24 mar. 2020.

MENDONÇA, Vinícius de Carvalho P. O contrato de representação comercial na visão dos tribunais superiores brasileiros. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 657-701, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p657>. Acesso em: 24 mar. 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PORTUGAL. [Constituição (1974)]. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia Constituinte, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/>

constituicaoerepublicaportuguesa.aspx. Acesso em: 24 mar. 2020.

REICH, Robert. **Supercapitalism**: the transformation of business, democracy, and everyday life. New York: A. A. Knopf, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A relativização da quitação da verba indenizatória no contrato de agência à luz do direito brasileiro. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 109-139, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6811007.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SOARES, Natália de Moura; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A função social dos contratos empresariais: análise de julgados do TJRJ entre 2014 e 2016. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/107>. Acesso em: 24 mar. 2020.

Como citar: SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; MELO, Álisson José Maia; DE LUCENA, Victor Felipe Fernandes. A indenização suplementar em caso de rescisão do contrato de representação comercial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 44-61, jul. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n2p44. ISSN: 2178-8189

Recebido em 24/08/2020

Aprovado em 13/07/2021

**INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES: REESTRUTURAÇÃO
COMO POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO NO BRASIL**

TRANSPORT INFRASTRUCTURE: RESTRUCTURING AS A
DEVELOPMENT POLICY IN BRAZIL

Jeferson Sousa Oliveira*
Marcelo Benacchio**

Comocitar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Infraestrutura de transportes: reestruturação como política de desenvolvimento no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 62-82, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p62. ISSN: 2178-8189.

*Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)
E-mail: jeferson@joliveiraadv.com.br

**Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professor em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) E-mail: benamarcelo@gmail.com

Resumo: Ao longo da história moderna, a infraestrutura de transportes se mostrou um importante elemento para o desenvolvimento do mercado interno, fato este que ganhou contornos internacionais com o advento da globalização. No entanto, para que se possa maximizar a eficiência dos modais, faz-se necessário que o Estado adote uma estratégia de desenvolvimento sólida, o que não se pode verificar no Brasil, notadamente em decorrência da falta de integração entre os mesmos. Assim, objetiva-se evidenciar a importância da reestruturação dos modais brasileiros, a fim de integrá-los em prol da eficiência logística e do aumento da competitividade nacional no mercado externo.

Palavras-Chave: infraestrutura; transportes; reestruturação; integração; desenvolvimento.

Abstract: Throughout modern history, transport infrastructure has proved to be an important element for the development of the domestic market, a fact that has gained international contours with the advent of globalization. However, in order to maximize the efficiency of the modes, it is necessary for the State to adopt a solid development strategy, which cannot be seen in Brazil, notably due to the lack of integration between them. Thus, the objective is to highlight the importance of restructuring Brazilian modes, in order to integrate them in favor of logistical efficiency and increased national competitiveness in the foreign market.

Keywords: infrastructure; transport; restructuring; integration; development.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sempre foi tido como um objetivo a ser alcançado por diversos países, ensejando estudos e debates a seu respeito, o que resultou em diferentes políticas econômicas e regulatórias por todo mundo.

Compreender as razões do subdesenvolvimento não é algo simples, mas que deve estar pautado em características próprias de cada Estado, visando, com isso, corrigir os fatores causadores da estagnação econômica.

Nesse contexto, o Brasil, enquanto economia emergente, demanda uma profunda análise dos fatores que podem auxiliar no seu desenvolvimento. Para isso, a infraestrutura de transportes se mostra um importante elemento deste processo, à medida em que torna as operações logísticas internas mais eficientes.

No entanto, para que se possa falar ganho de eficiência, a integração dos modais apresenta-se como algo de significativa essencialidade, viabilizando, inclusive, maior participação nacional no mercado externo.

O Brasil, por sua vez, conta com uma infraestrutura de transportes sucateada, desprovida de investimentos e integração, o que gera uma imediata necessidade de reestruturação física, técnica e regulatória, pautada em uma sólida estratégia de desenvolvimento.

O sucateamento dos modais no Brasil é fruto de diversas políticas de expansão, voltadas ao atendimento de necessidades específicas, sem qualquer planejamento a longo prazo, o que dificulta a percepção de investimentos públicos e privados em decorrência do elevado risco do empreendimento.

Desta forma, por se tratar de um setor sensível à economia nacional, ainda que não se constitua em um fim do desenvolvimento, mas em um elemento que o viabiliza, objetiva-se analisar a necessidade de reestruturar e integrar os modais de transporte no Brasil. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, através de análise bibliográfica e legislativa, a fim de estudar do tema ora proposto.

1 DESENVOLVIMENTO E INFRAESTRUTURA

Há décadas o tema “desenvolvimento” tem estado em voga, fazendo-se presente na pauta política de diversos países, sendo alvo de repetidos debates tanto nacional quanto internacionalmente.

Vê-se, atualmente, uma distinção teórica entre o desenvolvimento puramente econômico e o desenvolvimento social, os quais atuam de forma complementar para que se possa ter um real desenvolvimento nacional (OLIVEIRA, 2020).

Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a posição de Amartya Sen (2010, p. 24), que frisa a importância de “dar o devido valor aos mercados, mas também apreciar o papel de outras liberdades econômicas, sociais, e políticas que melhoram e enriquecem a vida que as pessoas podem levar”.

Contudo, os debates sobre o desenvolvimento muitas vezes tomam contornos econômicos,

haja vista se acreditar amplamente no papel instrumental do mercado para o crescimento no país.

Embora por muito tempo tenha-se acreditado que o subdesenvolvimento seria uma etapa necessária do processo de desenvolvimento, antecedendo-o, passou-se a compreender que tal assertiva não era verdadeira, haja vista esta condição ser fruto da soma de diferentes fatores históricos, políticos e econômicos (FURTADO, 2009),

Celso Furtado (2009, p. 172) explica que o subdesenvolvimento, por se tratar de um fenômeno específico, demanda uma teorização autônoma, não convindo explicá-la através de simples analogia à experiência dos países desenvolvidos.

Nesse sentido, é possível compreender que o estudo do subdesenvolvimento deve estar pautado em fatores e características próprias de cada Estado, individualmente considerado, de modo que sua estratégia de desenvolvimento seja capaz de suprir deficiências e atender aos anseios sociais.

O Brasil, por se tratar de um país economicamente emergente, não se excetua a esta afirmação, vez que necessita de uma ampla e profunda análise dos elementos que o impedem de atingir o pleno desenvolvimento socioeconômico.

Por adotar o capitalismo como seu sistema econômico, o Brasil detém o mercado interno como patrimônio nacional, sendo este responsável por viabilizar não apenas o já mencionado desenvolvimento socioeconômico, mas também a autonomia tecnológica do país (art. 219, CF) (BRASIL, 1988).

Mais do que isso, a Constituição Federal dispõe de diversos princípios e normas que visam reger o mercado interno, definindo a existência digna como um fim a ser assegurado pela ordem econômica (art. 170, CF). Claramente, tal objetivo tem por base a dignidade humana, a qual é tida como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF) (BRASIL, 1988).

Os princípios da ordem econômica atuam não apenas como instrumentos norteadores das políticas econômicas, servindo também para orientar a atividade regulatória, tal qual dispõe o artigo 173, § 4º da Constituição Federal, ao prever a repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 1988).

Em outras palavras, diz-se que a atividade regulatória, bem como as políticas de desenvolvimento econômico, devem buscar proteger o mercado - e reflexamente a sociedade - ante sua importância para o desenvolvimento nacional, tomando por base os princípios constitucionalmente descritos, visando evitar a ocorrência de abusos e arbitrariedades por parte do Estado, o que resultaria em danos à economia em decorrência do excesso ou da ausência de sua atuação, gerando desequilíbrio entre os agentes econômicos e limitando a concorrência.

Daí a importância do Direito Econômico para o estudo de temas ligados ao desenvolvimento. Embora existam posicionamentos diversos no que se entende por Constituição Econômica, André Ramos Tavares (2011) explica que considerável parte da doutrina demonstra concordar que esta é fruto de considerável carga histórica, expressando valores consolidados no seio da sociedade.

Nesse sentido, concorda-se com Vicente Bagnoli (2017) ao entender que a Constituição Econômica integra o todo constitucional, não devendo haver qualquer rompimento à sua unidade

por meio da interpretação de núcleos isolados, ainda que Constituição Federal de 1988 traga as disposições relativas à ordem econômica e social em títulos diversos, pois a Constituição Econômica está contextualizada nas disposições da Constituição Política.¹

Tal fato decorre da exigência em se reconhecer que o Estado deve se ocupar de temas econômicos em sede constitucional, a fim de controlar positivamente os efeitos econômicos e atribuir segurança jurídica à matéria, e, assim, evitar crises como a da Quebra da Bolsa de Nova York em 1929. O Estado integra a Ordem Jurídica à Ordem Econômica, resultando na ‘ordem Jurídico-Econômica’ (BAGNOLI, 2017, p. 110).

Não obstante, a Constituição Econômica tem como conteúdo a previsão e delimitação dos direitos e responsabilidades daqueles que exercem a atividade econômica no mercado interno (TAVARES, 2011), razão esta que embasa seu papel norteador nas políticas de desenvolvimento e na atividade regulatória.

Embora inexista uma maneira totalmente eficiente de promover o desenvolvimento, é certo que compreender as razões do subdesenvolvimento é um importante passo para o aumento da eficiência econômica do país. Com isso, vale destacar que nem sempre as cláusulas constitucionais de vigilância do mercado são contrárias ao interesse dos agentes privados (TAVARES, 2017).

Destaca-se que o processo de desenvolvimento deve buscar suprir as diferentes falhas políticas e estruturais que atingem o país, o que irá refletir em um gradativo fortalecimento do mercado interno.

Para isso, a infraestrutura de transportes mostra-se como um elemento essencial na organização da economia moderna, demandando eficiência em suas operações por meio da integração dos modais, visando atender as necessidades do mercado globalizado, seja para a realização de atividades inerentes à distribuição interna de insumos e outros materiais, seja para realização de operações ligadas à exportação.

A Constituição Federal, em seu artigo 22, IX, atribui à União, privativamente, a competência para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes. Já ao tratar da ordem econômica e financeira, no título VII, o referido diploma atribui à lei o dever de ordenar o transporte aéreo, aquático e terrestre (BRASIL, 1988). Diante disso, é possível notar a essencialidade desta infraestrutura para o desenvolvimento econômico do país.

No entanto, em razão de diferentes problemas que derivam de questões históricas e políticas, a infraestrutura de transportes brasileira está comprometida em seus diferentes modais, limitando sua eficiência se comparado a outros Estados². Nessa linha, André Luiz dos Santos Nakamura (2019, p. 17) destaca que “o déficit de infraestrutura de transportes precisa ser

1 Vicente Bagnoli (2017) explica ainda que as constituições econômicas se consubstanciam em um conjunto de princípios e normas relativas à economia, previstas no seio de cada Carta. Segundo o autor, após a Constituição da República de Weimar, de 1919, diversos outros textos constitucionais passaram a incorporar em sua redação artigos, capítulos e títulos com teor econômico.

2 André Castro Carvalho (2014) destaca que inexistente um conceito jurídico comum de “infraestrutura” na doutrina nacional, mas que, em decorrência da dificuldade em conceituá-la, busca-se caracterizá-la por meio das peculiaridades que possui.

urgentemente solucionado, sob pena de perpetrar a estagnação econômica e social no Brasil.”

Segundo André Ramos Tavares (2017), parte da condição de atraso vivenciada pelo Brasil se deve à precariedade da infraestrutura nacional. O referido autor explica que na eventual falência, ainda que parcial, de qualquer dos modais, surgiria a dependência de outros menos desenvolvidos, agravando os prejuízos ao mercado e à economia nacional.

Um dos principais problemas que recaem sobre a infraestrutura de transporte no país é a falta de estratégia de desenvolvimento, vez que grande parte dos investimentos realizados nos modais buscaram atender a necessidades momentâneas, havendo seu abandono quando do atingimento de seu propósito.³

A falta de estratégia de desenvolvimento da infraestrutura de transporte é responsável pela ausência de integração entre os modais, tornando-os poucos atrativos para a percepção de investimentos em decorrência do elevado risco, tanto para o Poder Público quanto para os agentes privados.

Durante toda a história do Brasil, não se verificou, salvo no ciclo do café e no período compreendido entre o Estado Novo de Getúlio Vargas e o regime militar, a realização de um investimento estatal relevante no desenvolvimento da infraestrutura de transportes. Especialmente após o final dos anos 70, o Estado deixou de priorizar o investimento, razão pela qual hoje existe um passivo enorme a ser superado (NAKAMURA, 2019, p. 23).⁴

A falta de investimento nos modais impacta consideravelmente na competitividade nacional em relação ao comércio exterior, o qual demanda eficiência e celeridade nas relações globalizadas.

Nessa linha, André Luiz dos Santos Nakamura (2019) destaca a importância da navegação neste novo cenário econômico, pois é necessária a existência de uma eficiente rede portuária para que se possa exportar a produção interna de maneira eficiente, aproveitando as benesses do livre comércio.

Observações também podem ser traçadas em relação a infraestrutura aeroportuária, a qual deve prover tanto o transporte de pessoas quanto de cargas (NAKAMURA, 2019). Para isso, é necessária a construção de novos aeroportos, voltados a atender a demanda de pequenos e médios centros, viabilizando o aumento do volume e da velocidade no transporte entre regiões estratégicas ou de difícil acesso.

No entanto, como já destacado, não basta simplesmente investir sem qualquer planejamento, por meio de uma simples política de infraestrutura. A eficiência desta está diretamente

3 “Em regra, não houve um planejamento que aproveitasse o potencial de cada modal de transporte, visando à construção de uma rede integrada. O maior investimento estatal verificado na história do transporte no Brasil, por razões políticas e em razão das características da nossa economia, ocorreu no modal rodoviário, com um abandono dos modais ferroviário e aquaviário” (NAKAMURA, 2019, p. 21).

4 “Na primeira metade do século XX, a percepção de que o Brasil ainda constituía um imenso *arquipélago* de ilhas econômicas traduziu-se na ideologia nacionalista da *marcha para o Oeste* e, nesta linha, os governos de Vargas e de Kubitschek consagraram a integração nacional como objetivo prioritário da política pública, por meio de grandes obras rodoviárias e da construção de Brasília. E, ainda recentemente, nos governos militares dos anos 60 e 70, a integração do país vem a ser tratada como assunto de segurança nacional, sendo definitivamente consolidada” (GALVÃO, 1996, p. 184-185).

ligada à maneira como os modais se integram, mas, para que isso ocorra de forma adequada, é imprescindível a elaboração de uma sólida estratégia nacional de desenvolvimento, voltada a atender interesses públicos definidos de forma prévia e clara.

Nessa linha, Roberto Mangabeira Unger (2017, p. 24) entende que a resolução do problema que recai sobre a infraestrutura nacional está condicionada à elaboração de uma estratégia nacional de desenvolvimento, pois, historicamente, o Brasil não teve uma, ou se teve, ela foi contraditória, ou houve contradição em relação à política de infraestrutura.

O regime militar promoveu grandes obras de infraestrutura no resto do País, naquilo que eu chamei a parte extensiva. Porém havia uma contradição: os militares nunca tiveram uma estratégia de desenvolvimento que não fosse a política de infraestrutura, mas a política de infraestrutura não é estratégia de desenvolvimento, ela cria condições, mas ela não preenche o espaço de uma estratégia (UNGER, 2017, p. 25).

Logo, é possível compreender que “a política de infraestrutura, mesmo quando alcança dimensão gigantesca, não produz o desenvolvimento por si só. No máximo, eleva o emprego e cria condições para uma estratégia desenvolvimento.” (UNGER, 2017, p. 26)

É importante destacar ainda que a infraestrutura, individualmente considerada, não é algo capaz de promover o pleno desenvolvimento do Estado, sendo, na verdade, um dos elementos que viabilizam tão condição, a qual está atrelada a diversos outros fatores, como a política de incentivos, regulação e tributação. Corroborando com tal entendimento, André Ramos Tavares (2017) defende, a partir da teoria econômica, que a infraestrutura se constitui em um pressuposto do desenvolvimento econômico, não devendo ser confundido com seu objetivo.

De fato, a experiência brasileira com as recomendações do Consenso de Washington na criação de uma nova estrutura institucional e jurídica, pautada no Direito estadunidense e nas recomendações das organizações multilaterais, falharam ao tentar promover maior confiança financeira e previsibilidade econômica, ensinando que “infraestrutura só se constrói no contexto de uma dinâmica de desenvolvimento” (UNGER, 2017, p. 25).

Se por um lado é constitucionalmente inadmissível e insustentável uma política econômica voltada a reduzir a infraestrutura ou a criar empecilhos jurídicos e econômicos para o seu desenvolvimento (TAVARES, 2017, p. 43), por outro, tem-se o Estado incapaz de investir em infraestrutura por falta de recursos, imaginando ser suficiente o arcabouço jurídico e institucional para justificar o investimento privado, o que não ocorre em grande escala (UNGER, 2017, p. 27).

Destarte, torna-se visível o papel da infraestrutura para a economia moderna, consubstanciando-se em um importante instrumento para o desenvolvimento do Estado, notadamente em um cenário de integração econômica internacional, o qual requer uma ampla e eficiente estratégia de desenvolvimento, sob pena de perpetrar a estagnação comercial do país.

2 REESTRUTURAÇÃO, INTEGRAÇÃO E FINANCIAMENTO

Conforme explicado, a infraestrutura possui um caráter instrumental para o desenvolvimento do Estado, razão esta que embasa diversos estudos sobre o tema. Discute-se, também, o papel do Estado na realização de investimentos neste setor, com correntes que adotam posicionamentos bastante distintos.

As possibilidades de promoção de infraestrutura pelos Estados não é consensual entre as diferentes teorias econômicas. Os economistas clássicos e neoclássicos propõem uma separação mais sensível entre o Estado e o mercado. Teorias econômicas neoclássicas mais ortodoxas, como a de Adam Smith, em *A riqueza das nações*, sustentam que as funções básicas do Estado devem restringir-se à defesa, ao direito como regulador de alguns fatos sociais, como a propriedade privada, a estrutura da competição e da cooperação e, por fim, a ordem. As teorias estruturalistas, as quais defendem uma atuação mais extensiva do Estado na economia, defendem que as funções do Estado extrapolam a capacidade de determinação e garantia do sistema jurídico, devendo também criar condições materiais de produção, mais comumente conhecida como a infraestrutura, além de garantir a mediação entre salário e capital (ARAGÃO, 2017, p. 30, grifo do autor).

No entanto, é certo que a infraestrutura brasileira carece de investimento e de integração, o que contribui para a sua obsolescência. Assim, entende-se ser imperiosa a elaboração de uma estratégia nacional de desenvolvimento que verse sobre a reestruturação física, técnica e regulatória dos modais no país.

Para Roberto Mangabeira Unger (2017), atualmente o imperativo nacional é a elaboração de uma nova estratégia de desenvolvimento, substancialmente diversa daquela adotada na história do país.

Nakamura (2019) chama a atenção para o período de decadência que recaiu sobre o modal ferroviário após sua expansão, pois assim como os demais modais, ela não foi devidamente planejada, inexistindo qualquer previsão realmente eficiente sobre sua manutenção, conversação e expansão.⁵

Com o advento da expansão do modal rodoviário, as ferrovias foram gradativamente abandonadas, pois as rodovias não foram projetadas para complementar o sistema ferroviário, mas sim, para substituí-lo (NAKAMURA, 2019).

Embora o modal rodoviário seja o mais desenvolvido do país, o *The Global Competitiveness Report 2019* traz que, em termos de qualidade, o Brasil guarda a 116ª posição. Logo, o modal rodoviário nacional está longe de fazer frente às rodovias de países como Portugal (8º), China (45º) e Uruguai (86º) (WORLD ECONOMIC FORUM, 2019).

Por outro lado, o sistema ferroviário passou a atender apenas o transporte de cargas,

⁵ “Os traçados das linhas não eram feitos por critérios técnicos, mas políticos, visando à valorização de propriedades lindeiras às ferrovias; não houve uma padronização de bitolas, o que inviabilizou qualquer tentativa de integração entre as malhas ferroviárias” (NAKAMURA, 2019, p. 24).

conforme os interesses dos concessionários das linhas remanescentes, inexistindo qualquer serviço de transporte de passageiros à longa distância neste modal no país (NAKAMURA, 2019).

Problemas podem ser encontrados na maneira como as concessões das linhas férreas foram realizadas, pois não consideraram o sistema de forma global, inexistindo qualquer regulação que buscasse garantir a interligação do sistema⁶, o que pode ser notado com a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que ocorreu mais de cinco anos após o término das concessões do setor (NAKAMURA, 2019).

Entretanto, para tentar solucionar parte dos problemas incidentes nas concessões ferroviárias, seria necessário revê-las, além de realizar fortes investimentos na interligação do sistema, haja vista os problemas técnicos que recaem sobre o mesmo, visando, com isso, reduzir a sobrecarga dos demais modais e aliviar o caos logístico e de mobilidade que se vivencia no país (NAKAMURA, 2019).⁷

O Fórum Econômico Mundial (SCHWAB, 2019), traz dados importantes sobre este modal no país, merecendo destaque a 86ª posição em relação à eficiência dos serviços ferroviários, atrás de países como a Alemanha (16º) e México (58º).

A integração do transporte aquaviário também se mostra de suma importância, em especial, para ligar regiões mais remotas, facilitando o transporte de pessoas e cargas pelo interior do país.

Embora a formação de uma infraestrutura hidroviária eficiente demande elevados investimentos, se comparada à infraestrutura rodoviária, é inegável sua superioridade no volume de cargas transportadas em uma única viagem, além de causar menores danos ao meio ambiente. No entanto, a falta de investimento no setor, levou a infraestrutura portuária nacional ao sucateamento, sendo o modal mais precário no país. (NAKAMURA, 2019)

Em relação a infraestrutura hidroviária, merece destaque a concentração com a qual a estrutura portuária atende as demandas nacionais, gerando gargalos logísticos e demandando maior eficiência.⁸

Para o estado de São Paulo, especificamente, observamos que quase 90% do valor de todas as cargas movimentadas por esse estado correspondem a movimentações pelo porto de Santos. Para o estado de Alagoas, o porto de Maceió é responsável por 85% a 90% do valor total movimentado, ao longo dos quinze anos da amostra. Para o Espírito Santo, o porto de Vitória tem mais de 90% de participação em quase todo o intervalo estudado. Para o estado do Paraná, a participação do porto de Paranaguá não chega a 80%, mas flutua em torno de 75%, quando consideramos todas as cargas, ou entre 75% e 80%, quando levamos em conta especificamente

6 André Castro Carvalho (2014) explica a importância da homogeneidade para a eficiência da infraestrutura, vez que está diretamente relacionada à padronização técnica. Seria o caso, por exemplo, dos *standards* para as bitolas das linhas férreas

7 “A decadência do setor ferroviário e portuário, em razão da crise dos anos 30, contribuiu para que as rodovias e estradas superassem em importância e em volume os transportes realizados por trens e navios, que dependiam muito do setor exportador. No Brasil, 65% da produção é deslocada em caminhões; 20% por trens; 12% pelo transporte aquaviário; 3% pelo dutoviário; e 0,1% pelo aéreo. Não somente no setor de transportes de mercadorias o modal rodoviário é o protagonista. Na movimentação de passageiros, o predomínio ainda é maior, sendo que 90% do transporte de pessoas se dá por coletivos rodoviários ou veículos individuais” (NAKAMURA, 2019, p. 30-31).

8 Destaca-se que o Brasil, em termos de eficiência dos serviços portuários, está atrás de países como Singapura (1º), China (52º) e Argentina (81º), guardando a 104ª posição (SCHAB, 2019).

contêineres (CARVALHO *et al.*, 2015, p. 19).

No tocante à infraestrutura aeroportuária, Nakamura (2019, p. 42) explica que esta não compete com as demais, pois o transporte rodoviário atende um número maior de cidades, bem como, inexistem ferrovias que atendam os mesmos trechos que as aeronaves. Além disso, o autor destaca que, em razão do elevado custo operacional, o transporte de cargas por via aérea compreende menos de 1% do volume transportado do país.⁹

Com isso, pode-se perceber a precariedade do transporte no Brasil, o qual demanda uma profunda mudança em sua estrutura, viabilizando a integração dos modais, e, assim, criando meios para o desenvolvimento a partir de uma infraestrutura eficiente.

A competitividade do país em relação ao mercado internacional está diretamente atrelada à eficiência com a qual o mercado interno consegue atender a estas demandas, pois como bem discorre Marcos Nóbrega (2011, p. 24), “não há crescimento econômico sustentável sem condições adequadas de infraestrutura”.

Logo, a infraestrutura de transportes se mostra um setor sensível ao crescimento econômico nacional, demandando investimentos para seu pleno desenvolvimento, em especial, caso se busque fazer frente a países emergentes como a Índia, China e Rússia (NÓBREGA, 2011).

Embora os recursos sejam escassos e o planejamento de reestruturação da infraestrutura de transporte seja complexo, deve-se buscar a criação de um modelo neutro, que não vise beneficiar um modal em detrimento dos demais (UNGER, 2017), de modo a servir à iniciativa privada sem condicionar a atividade econômica, visando, com isso, permitir aos agentes econômicos atender as demandas do mercado conforme sua estratégia de negócios.

Roberto Mangabeira Unger (2017, p. 28) entende que a infraestrutura não deve ser constituída para atender apenas às grandes empresas da mineração ou do agronegócio, mas sim, para suprir a demanda dos empreendimentos emergentes brasileiros. Deste modo, “[...] ela precisa estar em todo lugar, ela precisa ter um cunho multimodal, ela precisa avançar dentro do território”.

Busca-se, com isso, fortalecer o mercado interno, na tentativa de romper com a dependência externa, não por meio do isolamento econômico, mas pela participação no mercado internacional de forma competitiva e igualitária, para que se possa, então, assegurar a soberania econômica nacional (art. 170, I, CF) (GRAU, 2015).

André Ramos Tavares (2011) destaca que atualmente inexistente um Estado amplamente soberano, principalmente se o fator econômico for entendido como uma de suas expressões, haja vista o processo de globalização ter gerado imensa dificuldade em promover o desenvolvimento de uma economia nacional de forma independente a outros sistemas econômicos internacionais.

Unger (2017) explica ainda a necessidade de adensar a infraestrutura de transportes dentro do país, fazendo-se presente localmente e servindo às políticas regionais, pois a estratégia nacional de desenvolvimento só será efetiva se compreender as reais necessidades do Brasil.

Almeja-se, assim, evitar o surgimento de grandes vazios de logística, isolando economias

⁹ Em relação a este modal, o *The Global Competitiveness Report 2019* classifica o Brasil na 85ª posição em relação à eficiência dos serviços aeroportuários, atrás de países como Uruguai (41º), Chile (54º) e Argentina (83º) (SCHWAB, 2019).

regionais¹⁰. Para tanto, faz-se importante uma considerável dinâmica de investimento público, sem o qual não é possível se falar em infraestrutura (UNGER, 2017).

Pode-se perceber, então, que sem uma correta integração da infraestrutura de transportes, de nada adiantará tentar reestruturar os modais no país. Ademais, a reordenação da infraestrutura de transportes deve obedecer a lógica da estratégia nacional de desenvolvimento, a qual seria responsável por delimitar os objetivos do Estado ao longo dos anos seguintes.

Embora busque-se evidenciar a importância de uma estratégia nacional de desenvolvimento, ao invés da adoção de uma simples política nacional de expansão da infraestrutura de transportes, cabe lembrar que o Brasil conta com diferentes instrumentos normativos que regem o Sistema Nacional de Viação.

Merece destaque a Lei nº 10.233/01, que dispõe, dentre outras coisas, sobre a criação do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT. Este Conselho, tinha como atribuição “[...] propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens [...]”, as quais deveriam estar em conformidade, entre outros, “[...] com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano [...]”, tal qual dispõe o art. 5º, I. (BRASIL, 2001, art. 5).

Importante salientar que o artigo 5º e seguintes, que tratavam do CONIT, foram revogados em 2019, por meio da Lei nº 13.844. Com isso, atribuiu-se ao Ministério da Infraestrutura a competência para tratar da “política nacional de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroaviário”, bem como sua participação no planejamento estratégico e na definição de prioridades dos programas de investimentos em transportes (art. 35, I e VI da Lei nº 13.844/19, respectivamente), além de outros temas de significativa importância para o setor (BRASIL, 2019).

A referida norma adota a integração nacional como um dos objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação (art. 4º, III, Lei nº 10.233/01). Sobre ele, pode-se dizer que ao prever tal disposição, “[...] a União direcionou a atuação do Estado e de todos os entes federados, como também dos agentes privados concedidos, rumo ao desenvolvimento de uma infraestrutura viária *integrada*” (TAVARES, 2017, p. 57, grifo do autor).

Como descrito, todo o processo de reestruturação dos modais demandará um significativo investimento público, cujo Estado nem sempre estará disposto ou poderá realizar. Logo, a participação de capital privado se torna uma opção para o financiamento de tal empreendimento.

O investimento privado não recairá sobre o projeto de infraestrutura de maneira espontânea, o que forçará o Estado a buscar meios de despertar o interesse privado para a realização deste dispêndio, notadamente pelo risco que a atividade possui.

Embora a concessão em regime de monopólio tenha sido utilizada ao longo da história nacional como instrumento de incentivo à expansão do modal ferroviário, não se tem esse tipo de política como algo eficiente, vez que o monopólio tende a apresentar-se como uma falha do mercado, limitando o desenvolvimento do setor.

10 “Por exemplo, uma ferrovia norte e sul dentro de uma realidade em que não há qualquer plano para poder atravessar de oeste a leste a Ilha do Bananal, e esses exemplos poderiam se multiplicar às dezenas.” (UNGER, 2017, p. 28).

Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas - PPP, emergem como uma alternativa à medida em que pulverizam o risco do empreendimento entre os agentes que dela participam. Como bem explica Vicente Bagnoli (2017, p. 190), estes contratos administrativos possuem interesse geral e de caráter continuado, vinculando o Estado e os agentes econômicos privados, de modo a propiciar o tão almejado desenvolvimento socioeconômico.

Não se trata de uma invenção nacional. As PPPs são utilizadas nos Estados Unidos da América como arranjos realizados entre o Estado e empresas privadas ou organizações sem fins lucrativos, em que se estabelecem funções e tarefas que cada um deverá desempenhar. Em países da Europa, no contexto da crise do *welfare state*, as PPPs despontam como alternativa, ou até mesmo necessidade, para arranjos conjunturais e estruturais (BAGNOLI, 2017, p. 200-201, grifo do autor).

A utilização da PPP como instrumento de financiamento dos projetos públicos mostra-se vantajosa em diversas frentes, gerando benesses para: “[...] o Estado, com ganhos econômicos, sociais e até políticos; as empresas, com a aferição de lucros; e, sobretudo, a coletividade, com o serviço que está sendo prestado” (BAGNOLI, 2017, p. 200).

Destaca-se, ainda, que no ano de 2016, o Brasil instituiu uma nova maneira de tentar angariar parceiros privados para a realização de obras tidas como estratégicas no setor de transportes, criando-se, assim, o chamado Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, que será abordado em capítulo próprio.

Contudo, reitera-se que a reestruturação dos modais no Brasil depende, primeiramente, da elaboração de uma estratégia nacional de desenvolvimento, para que se possa, então, realizar uma eficiente articulação entre Poder Público e a iniciativa privada na captação de recursos para este projeto.

3 REGULAÇÃO DOS MODAIS NO BRASIL

A história econômica demonstrou que o mercado necessita da presença do Estado, enquanto agente regulador, para que se possa exercer, com um mínimo de plenitude, o direito à livre iniciativa e à livre concorrência, sem que os novos agentes tenham seu espaço suprimido pela prática de abusos do poder econômico. Como explica Eros Grau (2015), o mercado não pode ser regido por suas próprias regras, sob pena de criar males permanentes.

Com isso, embora o Direito e a Economia tenham propósitos, por vezes, conflitantes, não se pode afastá-los sob o pretexto de promover o desenvolvimento, devendo, o Estado, exercer seu papel fiscalizador sem desequilibrar o fluxo das relações privadas. Nessa linha, Alexandre Santos de Aragão (2017) traz que o mercado, para sobreviver como instituição, depende da proteção externa, a qual é exercida pelo Direito.

Assim, a regulação se apresenta como um importante instrumento de controle da atividade econômica na medida em que impede a exploração das falhas de mercado e o direciona rumo ao

atendimento dos objetivos desenvolvimentistas do Estado.

A atividade regulatória é tida como uma das diferentes modalidades de intervenção do Estado na economia, razão esta que resulta em diversas discussões quanto a extensão teórica e prática deste instituto. Nessa linha, Floriano de Azevedo Marques Neto (2019) explica que a atividade regulatória enseja debates relativos à participação do Estado na economia e na sociedade, tratando-se de uma antiga pauta que questiona posicionamentos políticos e ideológicos.

Aragão (2017, p. 32-33) explica que o verbo “intervir” denota a ideia de atuação em algo alheio, o que não seria tecnicamente correto, pois o mercado só existe e se desenvolve a partir do Direito e do Estado, cabendo, inclusive, a este, tratar de matérias econômicas. Com isso, o autor defende o uso do termo “atuação” em relação ao papel do Estado na economia.

Assim, a atuação do Estado ocorre de duas maneiras, direta e indireta. A atuação direta é aquela em que o Estado age na economia, exercendo a atividade econômica, tanto por meio de monopólio quanto em regime de concorrência com os agentes privados. Já na atuação indireta, o Estado age sobre a economia, regulando o mercado por meio de normas destinadas aos agentes privados, induzindo ou inibindo comportamentos destinadas aos agentes privados. (ARAGÃO, 2017)

Por outro lado, Eros Grau (2015, p. 90-91) defende que “atuação estatal” possui um significado demasiado amplo, podendo conotar, inclusive, atuação do Estado na esfera pública, quando não devidamente qualificada.

Vicente Bagnoli (2017), por sua vez, explica que o Estado pode intervir no domínio econômico por absorção ou participação. Por absorção, quando controla em regime de monopólio os meios de produção de determinado setor. Por outro lado, a intervenção por participação é aquela que ocorre quando o Estado age em condição de concorrência com os agentes privados. Logo, quando ele intervém no domínio econômico, age como agente econômico.

Já a intervenção sobre o domínio econômico se dá por direção ou por indução. Por direção, quando o Estado estabelece o comportamento dos agentes econômicos. A intervenção por indução ocorre quando o Estado manipula o funcionamento do mercado através da lei (BAGNOLI, 2017).

Contudo, fundado na competência do Estado em regular o mercado, entende-se que este não é algo alheio àquele, no entanto, a atividade econômica propriamente considerada, desenvolvida dentro dos limites impostos pelo Estado regulador, é de competência privada, razão esta que o torna intervencionista quando age nesta seara¹¹.

De qualquer modo, busca-se aqui tratar propriamente da regulação, ou seja, da maneira como o Estado limita a atuação dos agentes privados no mercado interno. Floriano de Azevedo Marques Neto (2019) explica que a regulação não ocorre a partir de comandos binários permissivos ou proibitivos, mas, sim, com base no atingimento dos objetivos públicos, em concerto com os agentes sociais e econômicos.

11 De qualquer modo, frente a usualidade do termo “intervenção”, passa-se a adotá-lo para tratar da participação direta e indireta do Estado na economia.

Ao longo das últimas décadas, a concepção ideal de atuação do Estado na economia sofreu diversas mudanças no Brasil, onde, até meados de 1970, acreditava-se que o desenvolvimento nacional seria atingido diretamente pelo Estado, através de suas entidades administrativas, excluindo determinados setores da esfera privada por se tratarem de monopólios estatais ou serviços públicos (MARQUES NETO, 2019). Ou seja, o modelo de atuação direta (Estado prestador) era predominante na economia brasileira.

Nessa mesma época pode-se observar o surgimento das empresas públicas que tentaram salvar o setor ferroviário por meio da estatização. Na esfera federal havia a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, criada em 1957; e na esfera estadual, a Ferrovia Paulista S.A. - FEPASA, instituída em 1971.

Já a partir da década de 1980, a concepção ideal de atuação do Estado na economia passou a seguir o modelo indireto, pautado na regulação propriamente dita. O Estado Regulador não foi apenas uma tendência nacional, mas fruto de amplos debates internacionais buscando disciplinar os mercados liberalizados. No entanto, a noção de Estado Regular varia conforme o país, tratando-se de um conceito polissêmico. Diferente dos debates norte-americano e europeu, voltados à superação do Estado do Bem-Estar Social, o modelo de Estado Regulador brasileiro se deu no âmbito da Reforma do Estado, na década de 1990, associada ao processo público de tomada de decisão e às novas categorias operacionais a serem introduzidas no país (MARQUES NETO, 2019).

Bresser Pereira (2006, p. 24) dispõe que a reforma do Estado, em virtude de sua complexidade, envolve aspectos políticos, econômicos e administrativos. Mais do que isso, percebeu-se que o modelo de gestão pública utilizada até então não correspondia mais aos interesses sociais. Assim, mudanças foram necessárias para reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação dessa demanda.”

Explica Irene Nohara (2012), o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado questionou a atuação direta do Estado no domínio econômico, destacando também o interesse político em transferir para o setor público não estatal a execução de atividades que não dependiam necessariamente da atuação do Poder Público, com sua atuação se limitando a subsidia-las.

A referida autora traz ainda que o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou romper com o modelo burocrático visto até então, tendo enfoque nos resultados e não mais nos processos, iniciando a fase gerencial da Administração Pública brasileira (NOHARA, 2012).

Com o advento do novo modelo institucional, pautado na regulação através das Agências Reguladoras, o país passou por um processo de privatização, no qual apenas parte das empresas públicas foi desestatizado - abrindo novos mercados, sem que houvesse desregulação, a fim de assegurar a satisfação dos valores públicos pelos particulares -, e sem retirar do Poder Público sua competência administrativa (MARQUES NETO, 2019).

No que se refere a estrutura regulatória dos modais, como destacado, cabe mencionar a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, instituída pela Lei 10.233/01, a qual também criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

André Ramos Tavares (2017) destaca que a Lei nº 10.233/01, ao prever em seu art. 22 as competências da ANTT, limitou sua atuação em relação ao transporte rodoviário de passageiros à esfera interestadual e internacional (inc. III), enquanto, ao transporte de bens, concede atuação mais ampla, tratando do transporte rodoviário de cargas regulares, especiais e perigosas (inc. IV e VII), além das cargas perigosas transportadas por ferrovias (inc. VII).

Embora atualmente a ANTAQ detenha em sua esfera de atuação questões relacionadas a navegação, como: a porto organizado, o transporte de cargas e a exploração da infraestrutura aquaviária federal (art. 23, II, IV e V da Lei nº 10.233/01, respectivamente), a mesma não foi a primeira entidade voltada à regulação deste modal no país.

As primeiras instituições relacionadas ao transporte aquaviário são a Inspeção Federal dos Portos, Rios e Canais e a Inspeção Federal de Navegação vinculadas ao Ministério da Viação e Obras Públicas, criadas em 1911. Em 1932 é criado o Departamento Nacional de Portos e Navegação (DNPN) cuja competência era zelar pela infraestrutura da navegação. Este, em 1943, é substituído pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC). No ano de 1963 é criado o Departamento Nacional de Portos e Rios Navegáveis (DNPVN). Por fim, em 1975 é criada a Empresa de Portos do Brasil (Portobrás) que foi extinta em 1990, gerando um grande prejuízo ao setor (NAKAMURA, 2019, p. 36-37).

Ainda que as medidas de concessão dos portos e hidrovias brasileiras tenham sido iniciadas ainda em 1993, a ANTAQ, como mencionado, foi criada juntamente com a ANTT, em 2011, impedindo a elaboração de qualquer estratégia de integração e desenvolvimento do setor, transparecendo a falta de planejamento no programa de concessões (NAKAMURA, 2019).

Até o advento da Lei nº 12.815/13, a atividade portuária era regida por diferentes diplomas normativos. Essa mudança teve como principal motivação “[...] o plano de privatizações que dominou o Brasil nessa década e que passou a dar outro formato para os serviços públicos, especialmente o portuário” (JESUS, 2018, p. 27).

A infraestrutura aeroportuária, por sua vez, tem sido regulada pelo Poder Público desde 1931. Primeiramente, pelo Departamento de Aeronáutica Civil - DAC, instituída pelo Dec. nº 19.902/31, passando, em 1941, à competência do Ministério da Aeronáutica, que, até 1986, absorveu a DAC e as aviações militares, quando os serviços aeroportuários foram divididos em público e privado, em decorrência da promulgação do Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA (Lei nº 7.565, de 19.12.1986) (NAKAMURA, 2019).

Por meio da Lei 5.862, de 12.12.1972, foi autorizada a criação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, empresa pública que tinha por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária. A Infraero conseguiu, ao longo dos anos, manter um bom nível de investimentos, apesar dos períodos de crise dos anos 80 e 90. A lei 11.182, de 27.09.2005, instituiu a Agenda Nacional de Aviação Civil (Anac) (NAKAMURA, 2019, p. 41).¹²

12 A concessão dos aeroportos nacionais começou em 2011, seguindo o modelo de Estado regulador, conforme

Todas essas mudanças podem, de certo modo, comprometer o desempenho operacional dos modais no país, vez que acaba por burocratizar a formação de um plano geral de gestão do sistema, especialmente ao considerar que a eficiência do sistema se dá em virtude da atuação em rede.

Ante o exposto, é possível compreender o caos regulatório que, há décadas, assola os principais modais de transporte brasileiros, razão essa que fundamenta uma reorganização da política de expansão e regulação da infraestrutura no país, pautada em um sólido e transparente plano de desenvolvimento nacional, capaz de se sobrepor a qualquer ideologia política em prol do Brasil, tornando a logística interna mais eficiente e ampliando o potencial participativo no mercado internacional.

Há poucos anos, o Brasil, visando incentivar a reestruturação e integração dos modais, instituiu um novo modelo de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, buscando reduzir questões burocráticas e tornar mais célere a concretização deste projeto.

4 DESENVOLVIMENTO E O PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS - PPI

Frente a problemas como os apontados, o Estado brasileiro, no ano de 2016, publicou a Lei nº 13.334, fruto da conversão da Medida Provisória 727, do mesmo ano, criando o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI.

Como versa a exposição de motivos da referida MP, tal programa busca ampliar e fortalecer a integração entre o Poder Público e a iniciativa privada, a fim de viabilizar a infraestrutura nacional, a qual tem sua importância reconhecida como algo fundamental à retomada do crescimento econômico (BRASIL, 2016).

Mais do que isso, a referida norma tem por objetivo, dentre outros, ampliar as oportunidades de investimentos; expandir a infraestrutura pública com qualidade; fortalecer a função reguladora do Estado; e, fortalecer as políticas de integração dos modais de transporte, sejam eles de bens ou de pessoas (art. 2º, I, II, V, VI da Lei nº 13.334/16, respectivamente) (BRASIL, 2016).

Para isso, foram estabelecidos princípios balizadores para a implementação do Programa de Parcerias de Investimentos, cabendo menção a dois: a estabilidade das políticas públicas de infraestrutura e a garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos (art. 3º, I e III da Lei nº 13.334/16, respectivamente) (BRASIL, 2016).

Entende-se que o princípio da estabilidade das políticas públicas de infraestrutura tem o condão de assegurar a previsibilidade das ações normativas e regulatórias, o que resulta no princípio seguinte, a segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos nos contratos de PPI.

A previsibilidade quanto às regras do mercado é essencial para a avaliação dos riscos e para a tomada das decisões por parte do parceiro privado, permitindo, assim, a definição de estratégias em relação às variáveis econômicas de determinado mercado. (FURTADO, 2013)

predomina no Brasil. A fim de assegurar a participação do Poder Público na gestão dos aeroportos concedidos, a Infraero manteve 49% por cento de participação no consórcio das empresas vencedoras (NAKAMURA, 2019).

Segundo o artigo 1º da Lei nº 13.334/16, este processo de integração entre o Estado e a iniciativa privada ocorrerá através de contratos firmados “[...] para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (BRASIL, 2016, art. 1).

Não se pode negar que a busca pela desestatização é reflexo do modelo regulatório anteriormente abordado, expressando e ratificando o papel de agente regulador do Estado brasileiro. Contudo, a norma supramencionada prevê, em seu art. 1º, §1º, que apenas quatro tipos de empreendimentos podem ser objeto das PPI's¹³ (BRASIL, 2016).

O art. 5º da Lei nº 13.334/16 textualiza a importância que a infraestrutura possui dentro do Programa de Parcerias de Investimentos, à medida em que qualifica seus projetos como empreendimentos de interesse estratégico, atribuindo-lhes caráter prioritário nacional para todos os agentes públicos da esfera administrativa e controladora da Administração Pública Direta (BRASIL, 2016).

É importante destacar ainda a criação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos - CPPI, o qual possui, dentre outras competências, a de propor medidas visando a integração dos modais aéreo, aquaviário e terrestre (aqui entendido o rodoviário e ferroviário), bem como a harmonização das políticas setoriais (Art. 7º, VII da Lei nº 13.334/16) (BRASIL, 2016).

Outra importante competência do Conselho é a harmonização das políticas de transporte dos Estados, Distrito Federal e Municípios em relação às políticas nacionais de transporte (Art. 7º, IX da Lei nº 13.334/16).

Com base no que foi apresentado, entende-se que ambas as competências são uma resposta ao problema de integração, horizontal e verticalmente, pois busca-se integrar os modais na esfera federal, de modo a também harmonizar este processo à infraestrutura dos modais a nível estadual e municipal.

No entanto, esta não é uma tarefa simples, pois demanda uma perfeita articulação entre os entes federativos. Mas para isso, reitera-se a necessidade da criação de um sólido plano de desenvolvimento nacional, de maneira a otimizar o gasto com os recursos públicos e privados objeto da parceria, além de melhor definir as carências do transporte regional e os resultados dos investimentos no setor.

A Lei nº 13.334/16 também autorizou o Banco Nacional do Desenvolvimento - BNDES a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias - FAEP, que, por meio de contrato, visará a prestação onerosa de serviços técnicos profissionais especializados, tanto para a estruturação de parcerias de investimento quanto para medidas de desestatização (art. 14) (BRASIL, 2016).

13 “[...] §1º Podem integrar o PPI: I - os empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; II - os empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; e III - as demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997; e (Redação dada pela Lei nº 13.901, de 2019) IV - as obras e os serviços de engenharia de interesse estratégico. (Incluído pela Lei nº 13.901, de 2019) [...]” (BRASIL, 2016, art.1).

O FAEP possui natureza privada e patrimônio próprio, podendo celebrar em seu nome contratos, acordos e qualquer ajuste necessário à realização de sua atividade, tendo prazo inicial de dez anos, prorrogável por igual período, cabendo ao BNDES sua administração e representação judicial e extrajudicial (art. 14, § 1º, § 2º, § 4º da Lei nº 13.334/16) (BRASIL, 2016).

Cabe destacar ainda que o Programa de Parcerias de Investimentos será regulado através de decreto que definirá, entre outras coisas, as obras e os serviços de engenharia que possuem interesse estratégico (art. 4º, IV da Lei nº 13.334/16), respeitados os limites das leis setoriais e da normatização geral aplicável (BRASIL, 2016).

Embora a Lei nº 13.334/16 tenha inovado no sistema jurídico brasileiro instituindo as características gerais do Programa de Parcerias de Investimentos, foi Lei nº 13.448/17 que, por meio da definição de novos instrumentos, buscou auxiliar o referido programa no processo de desburocratização das parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada. Trata-se da prorrogação e relicitação dos contratos de parceria.

Tais institutos são aplicáveis apenas aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário (art. 1º), desde que estes empreendimentos públicos tenham sido previa e especificamente qualificados para integrar o Programa de Parcerias de Investimentos (art. 2º, Lei nº 13.448/17) (BRASIL, 2017).

O artigo 3º da Lei nº 13.448/17 expressa a importância do emprego das melhores práticas regulatórias e da incorporação tecnológica quando da celebração do contrato de prorrogação e relicitação pelo Ministério ou Agência Reguladora competente (BRASIL, 2017).

Tratando dos novos instrumentos, a referida lei, ao versar sobre a prorrogação contratual da parceira, dispõe que esta deve estar prevista expressamente no edital ou no contrato original, a qual fica a critério da entidade competente e de comum acordo com o contratado; no mais, o contrato de prorrogação antecipada segue a mesma linha do anterior, mas produz efeitos antes do termo final de vigência do ajuste; e a relicitação que consiste na extinção amigável do contrato de parceria e o firmamento de um novo ajuste negocial para o mesmo empreendimento, possuindo novas condições e novos parceiros privados, através de licitação para este fim (art. 4º, Lei nº 13.448/17) (BRASIL, 2017).

A relicitação ocorre quando as disposições contratuais de determinada licitação não estiverem sendo atendidas ou havendo incapacidade do parceiro privado em adimplir as obrigações contratuais ou financeiras firmadas, buscando-se, assim, garantir a continuidade da prestação dos serviços (art. 13º, Lei nº 13.448/17) (BRASIL, 2017).

Contudo, a relicitação se dará de maneira não litigiosa, por meio de acordo entre as partes envolvidas, atendendo aos termos e prazos fixados em ato do Poder Executivo. No mais, é de competência da entidade responsável pelo contrato de parceria firmado o dever de avaliar a necessidade, a permanência e a razoabilidade quanto à instauração do processo de relicitação (art. 14º, § 1º, § 2º, Lei nº 13.448/17) (BRASIL, 2017).

Ambos os instrumentos (prorrogação e relicitação) buscam romper com o modelo tradicional e burocrático que afeta a atividade gerencial no país. Logo, a Lei nº 13.448/17, ao instituir o Programa de Parcerias de Investimentos, se traduz em um marco para o processo de

desenvolvimento da infraestrutura de transportes no país, a qual ainda está distante de atingir padrões satisfatórios, mas que não ficou completamente olvidada pelo Poder Público.

Por fim, reafirma-se a necessidade em definir uma estratégia nacional de desenvolvimento que permita o estabelecimento de um plano real de integração dos modais de transporte, pois sua inexistência, tal como ocorre atualmente, pode ser capaz de ensejar a repetição dos problemas destacados.

Em outras palavras, para que a realização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada se mostre realmente eficiente, faz-se essencial evidenciar os fins buscados pelos projetos contratados, de modo que estes integrem um conjunto logístico que favoreça o desenvolvimento da atividade econômica no mercado interno e amplie a competitividade do país em relação ao mercado externo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como destacado, o desenvolvimento compreende um importante objetivo a ser alcançado pelo Estado, sendo, o mercado, uma das ferramentas que viabilizam tal condição. Para isso, compreender as causas do subdesenvolvimento torna-se essencial, de modo que se possa sanar as falhas causadoras da estagnação econômica.

Contudo, a infraestrutura de transportes é um elemento essencial na organização da economia moderna, haja vista as operações negociais globalizadas demandarem eficiência por parte dos agentes econômicos.

Entretanto, inexistente eficiência na infraestrutura de transportes sem haja uma sólida estratégia de desenvolvimento, capaz de integrar os diferentes modais em atendimento aos interesses públicos.

O Brasil, por questões históricas e políticas, conta com modais sucateados e não integrados, o que enfraquece o mercado interno, além de tornar o setor pouco atrativo para a percepção de investimentos públicos e privados, ante o risco envolvido.

De qualquer modo, a tão necessária reestruturação dos modais brasileiros demandará significativo aporte de capital, para o qual, é imprescindível a participação dos agentes privados, em parceria com o Poder Público, através dos contratos de Parcerias Público-Privadas, visando, com isso, pulverizar os riscos e dividir as benesses.

Somado a isso, deve-se repensar o modelo regulatório utilizado no país, se necessário, adequando as concessões já realizadas à estratégia de desenvolvimento nacional, de modo a torná-las verdadeiros instrumentos na promoção do desenvolvimento, assegurando, inclusive, a competição na utilização dos modais.

Assim, o Programa de Parcerias de Investimentos surge como uma tentativa do Poder Público de desburocratizar e integrar o sistema de transportes brasileiro, ante o seu caráter estratégico, com o auxílio de capital privado.

Destarte, nota-se que não é uma tarefa simples, mas é necessária para o aprimoramento da logística nacional, reduzindo a sobrecarga do modal rodoviário, além de contribuir para o

fortalecimento do mercado interno.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição. **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: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o programa de parcerias de investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13334.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm#art85. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In*: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. Tradução Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CARVALHO, Alexandre Xavier Ywata. *et al.* **Caracterização do fluxo de cargas e indicadores de concorrência entre os portos brasileiros**. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4371>. Acesso em: 23 maio 2020.

CARVALHO, André Castro. **Direito da infraestrutura: perspectiva pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

FURTADO, Celso. Alienação do poder econômico. *In*: D'AGUIAR, Rosa Freire (org.). **Essencial Celso Furtado**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GALVÃO; Olímpio J. de Arroxelas. Desenvolvimento dos transportes e integração regional no Brasil: uma perspectiva histórica. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 13, jun. 1996. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4015>. Acesso em: 23 maio 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

JESUS, Michael de. **Direito portuário no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte IV - Regulação. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; KLEIN, A. L. (org.). **Tratado de direito administrativo - funções administrativas do Estado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 2, p. ini-fin.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **Infraestrutura de transportes**. Curitiba: Juruá, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa. **Direitos Humanos como ordenadores da atividade econômica no Brasil**. Curitiba: CRV, 2020.

SCHWAB, Klaus. **The global competitiveness report 2019**. Geneva: World Economic Forum, 2019. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. Acesso especial à infraestrutura rodoviária e práticas administrativas inconstitucionais. **Revista do Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 1, p. 23-38, abr./jun. 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. A alternativa nacional e o setor de infraestrutura. **Revista do Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 1, p. 23-38, abr./jun. 2017.

Como citar: OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACCHIO, Marcelo. Infraestrutura de transportes: reestruturação como política de desenvolvimento no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 62-82, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p62. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 23/09/2020

Aprovado em 19/07/2021

UMA APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ÀS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA

AN APPLICATION OF THE DISCIPLINE OF UNJUST ENRICHMENT TO THE CHANCES OF CONTRACTUAL TERMINATION: THE PRESCRIPTIVE PERIOD OF THE RESTITUTORY CLAIM

Eduardo Nunes de Souza*
Rodrigo da Guia Silva**

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: eduardo.nunesdesouza@yahoo.com

**Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: rodrigo.daguiasilva@gmail.com

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Uma aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa às hipóteses de extinção contratual: o prazo prescricional da pretensão restitutória. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 83-106, jul. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n2p83. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo parte da teoria geral do enriquecimento sem causa como uma das três principais fontes de obrigações no direito civil brasileiro (ao lado da fonte negocial e da responsabilidade civil) para, em seguida, demonstrar a relevância desse pressuposto para a correta qualificação de certos deveres de restituir que, embora não derivados da cláusula geral de vedação ao enriquecimento injusto, também pertencem à mesma fonte obrigacional. Como exemplo prático de aplicação, o artigo aborda alguns casos de pretensão restitutória decorrentes de extinção contratual, em que a incorreta qualificação jurisprudencial da *fattispecie* tem levado a equívocos quanto à identificação do prazo prescricional a ela aplicável. A metodologia utilizada foi a revisão doutrinária e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: enriquecimento sem causa; obrigação de restituir; fontes das obrigações; prescrição; resolução contratual.

Abstract: This study starts from the general theory of unjust enrichment as one of the three main sources of obligations in Brazilian civil law (together with the business source and civil liability) and then demonstrates the relevance of this assumption for the correct qualification of certain duties of restitution that, although not derived from the general clause of prohibition of unjust enrichment, also belong to the same source of obligation. As a practical example of application, the article addresses some cases of restitutionary claims arising from contractual termination, in which the incorrect jurisprudential qualification of the *fattispecie*

has led to misunderstandings as to the identification of the applicable statute of limitations. The methodology used was literature review and jurisprudential research

Keywords: unjust enrichment; duty of restitution; sources of obligations; prescription; contractual extinction.

INTRODUÇÃO

A vedação ao enriquecimento sem causa experimentou uma relevante evolução na transição entre os regimes do Código Civil brasileiro de 1916 e da codificação atual. O instituto, antes reduzido à categoria dos princípios gerais do direito (mecanismos eminentemente residuais voltados a colmatar lacunas normativas)¹ e extraído da *ratio legis* de normas jurídicas esparsas, passou a estar expressamente positivado pelo Capítulo IV (“Do Enriquecimento sem Causa”) do Título VII (“Dos Atos Unilaterais”) do Livro dedicado pelo Código Civil de 2002 ao Direito das Obrigações.² No regime atual, a vedação ao enriquecimento sem causa ganhou, inclusive, uma enunciação expressa, prevista pelo art. 884 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Tal opção do codificador de 2002 traduz a consagração de uma autêntica cláusula geral do dever de restituir no direito brasileiro (SILVA, 2020), com a polivalência e a tendência expansiva ínsitas à textura aberta dessa técnica normativa (COSTA, 2018, p. 146 e ss.). Por outro lado, e ao contrário do que tal escolha legislativa poderia sugerir, embora a mencionada cláusula geral tenha adquirido proeminência no tratamento da matéria, não se tornou a técnica normativa exclusiva a disciplinar o enriquecimento sem causa, que continua contando com previsões esporádicas do dever de restituir, estipuladas na forma da técnica regulamentar.³ Em outros termos, a despeito da relevância da cláusula geral prevista pelo art. 884 do Código Civil, a disciplina do enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro não se resume a ela.

Uma compreensão mais apurada desse cenário pode ser obtida assumindo-se como premissa a qualificação funcional das obrigações no direito civil. Este é o ponto de partida do presente estudo, que, ao apresentar o perfil funcional da obrigação de restituir, pretende, em seguida, evidenciar a importância da sua correta diferenciação em face das demais fontes obrigacionais. Como exemplo central, o estudo apresentará as consequências dessa qualificação funcional adequada em relação ao prazo prescricional da pretensão restitutória, questão reiteradamente abordada na jurisprudência pátria, nem sempre com o tratamento técnico ideal. É o que se passa a expor.

1 A CLÁUSULA GERAL DE VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E AS PREVISÕES ESPECÍFICAS DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR

Não é recente o entendimento de que a percepção das similitudes e distinções funcionais entre as diferentes espécies de obrigações permite identificar a normativa mais diretamente relacionada a cada específica obrigação com a qual se depara o intérprete. De fato, apenas a partir da consideração do perfil funcional da relação obrigacional se faz possível atingir concretamente a satisfação dos interesses mercedores de tutela que estejam em jogo em cada hipótese.⁴ Nesse particular, parece correto considerar que o interesse do titular de um direito obrigacional filia-se, na maior parte dos casos, a pelo

⁴ A destacar a relevância do estudo das fontes das obrigações para a definição do regime jurídico aplicável, v. Barassi (1964, p. 1).

menos três ordens distintas de interesses: seja à realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos, seja à reparação dos danos causados, seja, ainda, à reversão de transferências patrimoniais injustificadas, a depender da hipótese fática que originou a obrigação (NORONHA, 2013, p. 440).

Em outros termos, a análise funcional das obrigações civis torna possível a sua sistematização, na generalidade dos casos, em torno de três grandes regimes, vinculados à fonte de cada obrigação: negócio jurídico, dano injusto e enriquecimento sem causa (ESPÍNOLA, 2005, p. 75-77). Nessa direção, reconhece-se uma tripartição funcional das obrigações, podendo-se apartar uma função, por assim dizer, *executória* (de um negócio legitimamente celebrado), uma função *reparatória* (de um dano injustamente sofrido) e, por fim, uma função *restitutória* (de um enriquecimento injustamente auferido).⁵ Tal sistematização permite ao intérprete identificar o regime jurídico regente de certa relação obrigacional a partir da vinculação funcional da específica hipótese de obrigação aos regimes obrigacionais fundamentais consagrados pelo direito brasileiro (SILVA, 2018a, item 1.2.2).

À luz dessa tripartição funcional, torna-se mais simples compreender, por exemplo, as quatro categorias (muito distintas entre si) reunidas pelo Código Civil de 2002 sob a alcunha de “atos unilaterais” (Título VII do Livro I da Parte Especial). A primeira delas – a promessa de recompensa – não parece oferecer dificuldade significativa: reconhece-se, desde a vigência do Código Civil de 1916, sua natureza de negócio jurídico unilateral.⁶ A gestão de negócios, por sua vez, subdivide-se em hipóteses particulares, conforme a gestão seja ou não ratificada e, neste último caso, seja ou não reputada útil ao dono do negócio: “[...] a gestão ratificada tem consequências similares ao contrato de mandato; a não ratificada, mas útil, gera obrigação de restituição por enriquecimento sem causa; a não ratificada e tida como não útil gera responsabilidade civil”.⁷ A fonte obrigacional, portanto, dependerá de se aferir, em concreto, o contexto da gestão. O pagamento indevido, por sua vez, que normalmente se traduz em ato jurídico em sentido estrito, gera obrigação funcionalmente destinada à restituição do enriquecimento sem causa.⁸

Diversamente desses casos, o enriquecimento sem causa de que trata o art. 884 do Código Civil, embora referido nominalmente pelo legislador como quarta *fattispecie* de “ato unilateral”, na realidade traduz “pura e simplesmente uma das três grandes categorias em que podem ser repartidas

5 Fernando Noronha assevera: “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, 2013, p. 439). Na mesma linha de sentido, v. Miragem (2011, p. 385-402). Registre-se que, naturalmente, um negócio jurídico pode prever obrigações de restituir – mais usualmente referidas como obrigações de *restituir* (ou *devolver*) *coisa certa*. A restituição relevante ao presente estudo, diversamente, é aquela funcionalmente direcionada não à promoção de um interesse contratualmente ajustado, mas sim à recomposição de um patrimônio injustificadamente beneficiado.

6 “Entende-se como promessa de recompensa o negócio jurídico unilateral pelo qual se estipula uma gratificação ou recompensa pelo preenchimento de certa condição, ou pela prestação de certo serviço, anunciado publicamente, de maneira a obrigar o promitente a cumprir o prometido. A natureza jurídica da promessa de recompensa constitui ponto pacífico na doutrina brasileira desde o CC1916” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, p. 687).

7 NORONHA, 2013, p. 432. Em sentido semelhante, v. Konder (2005, p. 394).

8 Assim conclui, na doutrina italiana, Pietro Perlingieri (2014, p. 299, tradução livre): “A repetição do pagamento indevido é uma ação restitutória.” O autor arremata: “O direito à repetição daquilo que se pagou indevidamente não tem natureza ressarcitória, não sendo o comportamento do *accipiens* por si ilegítimo e causador de dano” (PERLINGIERI, 2014, nota de rodapé n. 808, tradução livre). Na doutrina brasileira, Silvio Rodrigues assevera: “O pagamento indevido constitui no plano teórico, apenas um capítulo de assunto mais amplo, que é o enriquecimento sem causa. Este representa o gênero, do qual aquele não passa de espécie” (RODRIGUES, 1964, p. 185). Na mesma linha de sentido, afirma-se: “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, a rigor, são gênero e espécie. A técnica do Código Civil de 2002 desconsiderou este aspecto, e fez a espécie preceder o gênero” (MIRAGEM, 2017, p. 81).

todas as obrigações.” (NORONHA, 2013, p. 432). Em outros termos, não cogitou o legislador neste dispositivo de um *ato específico* originador da obrigação restitutória, mas, em vez disso, descreveu uma circunstância ampla o suficiente para que nela se subsumam incontáveis casos particulares de restituições. No direito positivo brasileiro, assim, a vedação ao enriquecimento sem causa manifesta-se tanto por meio dessa normativa ampla constante do art. 884 do Código Civil quanto por previsões legais específicas de restituição que ostentem a função restitutória (como algumas das hipóteses elencadas no referido Título VII e correspondentes a atos específicos).⁹

O regime da vedação ao enriquecimento sem causa não se esgota, portanto, na cláusula geral do dever de restituir, da mesma forma como, por exemplo, o regime da responsabilidade civil certamente não se esgota nas cláusulas gerais do dever de indenizar. O cotejo com a responsabilidade civil, neste ponto, facilita a compreensão da sistemática ora comentada: não há grande dissenso quanto ao entendimento de que as cláusulas gerais contidas no *caput* e no parágrafo único do art. 927 (responsabilidade civil subjetiva e objetiva, respectivamente) convivem com previsões específicas do dever de indenizar, sem que se retire destas últimas a qualificação de fontes de obrigação autenticamente reparatória.¹⁰ Basta pensar, ilustrativamente, nas diversas disposições específicas que reconhecem o direito da parte lesada a cobrar perdas e danos (v., entre outros, os arts. 12, 146, 148, 149, 154, 155, 234, 236, 239, 247, 248, 251, 254 e 255, 389, 395 e 402 do Código Civil), muito embora essa prerrogativa já se extraia, em princípio, da simples incidência das referidas cláusulas gerais.¹¹

Previsões como essas, muito comuns no direito brasileiro, por vezes apenas reafirmam a existência do dever de indenizar (com frequência, em casos nos quais o legislador quer demarcar bem a independência entre esse dever e outras obrigações funcionalmente diversas); em outras ocasiões, porém, tais regras efetivamente modificam ou afastam os requisitos gerais dessa fonte obrigacional. Não se questiona, por exemplo, a natureza indenizatória das hipóteses da chamada responsabilidade indireta prevista pelos arts. 932 e 933 do Código Civil, muito embora elas não decorram imediatamente da cláusula geral consagrada pelo parágrafo único do art. 927.¹² Assim

⁹ O presente esclarecimento talvez se preste a responder à preocupação de autores como Cláudio Michelon Junior, que sustenta uma tripartição das fontes das obrigações em que o enriquecimento sem causa assume a conotação de mera espécie da fonte mais abrangente que denominou “direito restitutivo”; o autor identifica, nesse sentido, “[...] três fontes independentes de obrigação, quais sejam (a) as declarações de vontade, (b) a ocorrência de danos imputáveis e (c) a migração injustificada de bens ou direitos de um patrimônio a outro” (MICHELON JUNIOR, 2007, p. 15). O autor afirma, ao analisar o Título VII do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002: “Um mesmo princípio jurídico fundamenta a existência dos institutos da *actio contraria* na gestão de negócios (Capítulo II), do pagamento indevido (Capítulo III) e do enriquecimento sem causa (Capítulo IV), qual seja o princípio da conservação estática dos patrimônios. A adoção desse princípio é o que explica a reunião dos três institutos em um mesmo título do novo Código Civil. Em última análise, a configuração estrutural do título em comento representa o reconhecimento pelo codificador brasileiro de uma fonte autônoma de obrigações que não orbita em torno da noção de ato voluntário e que, ao mesmo tempo, é *tertium genus* em relação à distinção entre obrigações resultantes de declarações de vontade e obrigações resultantes de responsabilidade civil” (MICHELON JUNIOR, 2007, p. 17-18). Referida formulação, pautada na rejeição da unificação funcional das obrigações restitutórias em torno da vedação ao enriquecimento sem causa e na primazia de um suposto princípio de duvidosa juridicidade (o “princípio da conservação estática dos patrimônios”), além de não contar, aparentemente, com qualquer substrato positivo no direito brasileiro, parece padecer da dificuldade de compreensão da distinção entre o regime (ou fonte) geral da vedação ao enriquecimento sem causa e a cláusula geral do dever de restituir.

¹⁰ A propósito do sistema dualista de responsabilidade civil consagrado no direito brasileiro, v., por todos, Tepedino (2008, p. 205) e Schreiber (2015, p. 19 e ss).

¹¹ A identificar a natureza indenizatória da pretensão ao pagamento de perdas e danos, v., por todos, Alvim (1965, p. 169) e ss.; Gomes (1976, p. 188-190) e Santos (1986, p. 262).

¹² Para uma análise do desenvolvimento dogmático da responsabilidade indireta, v., por todos, Pereira (2016, p. 119) e Dias (2012, p. 629 e ss). Contemporaneamente, v., ainda, Souza (2018), item 4.

também ocorre no enriquecimento sem causa: a vinculação de uma obrigação à fonte restitutória não se resume às hipóteses diretamente decorrentes da cláusula geral contida no art. 884 do Código Civil.¹³ Ainda ilustrativamente, a norma que prevê o dever de indenizar do transportador independentemente do fato de terceiro (art. 735 do Código Civil), embora claramente estipule obrigação reparatória, não apenas está prevista em dispositivo próprio como, mais ainda, restringe e particulariza a forma como a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (art. 927, parágrafo único) trata do requisito causal.¹⁴ Semelhante linha de raciocínio há de ser adotada na compatibilização entre regras excepcionais sobre o dever de restituir e a cláusula geral do enriquecimento sem causa.¹⁵

A disposição deliberadamente genérica do art. 884 do Código Civil, nessa direção, convive com previsões específicas de obrigações restitutórias – como aquelas constantes, dentre muitos outros, dos arts. 182, 236 e 239 do Código Civil, além, por certo, das previsões atinentes ao pagamento indevido (arts. 878-883 do Código Civil).¹⁶ Constata-se, assim, que, na contramão de possíveis modelos teóricos que restrinjam a restituição a previsões legais específicas, o direito brasileiro estabelece a possibilidade de deflagração do dever de restituir em hipóteses fáticas não contempladas por norma particular, mas que preenchem os requisitos gerais do art. 884 do Código Civil. Prevê, assim, o legislador pátrio, a um só tempo, tanto o regime geral das obrigações restitutórias quanto as suas eventuais modificações diante de previsões legais específicas.

2 O PROBLEMA DA INCOMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA PREVISTA POR DISPOSIÇÕES LEGAIS ESPECÍFICAS

A rigor, a qualificação do enriquecimento sem causa como uma das grandes fontes obrigacionais (ao lado dos negócios jurídicos e da responsabilidade civil) já poderia ser sustentada mesmo sob a égide do Código Civil de 1916 – vez que, partindo da perspectiva funcional, tal entendimento independe da disposição topográfica de matérias escolhida pelo codificador. No entanto, com a consagração da cláusula geral do enriquecimento sem causa pelo atual art. 884 do Código Civil, essa concepção revela-se ainda mais deliberada por parte do legislador, que passou a estruturar a fonte obrigacional restitutória utilizando o mesmo recurso técnico com o qual já estruturava, desde o regime anterior, a fonte indenizatória.¹⁷ Por outro lado, a existência de uma cláusula geral do dever de restituir, por representar experiência ainda recente no direito brasileiro, tem enfrentado grave incompreensão na *práxis* jurídica, de longa data acostumada com a crença de que o enriquecimento sem causa teria utilidade residual (e, muitas vezes, meramente retórica) no direito das obrigações.

13 Para um relato de semelhante experiência, na experiência estrangeira, a propósito da posituação do enriquecimento sem causa pela técnica de cláusula geral, v., no direito português, Leitão (1996, p. 32 e ss) e, no direito italiano, Benedetti (1959, p. 1.653).

14 Análise mais detida sobre a hipótese, que exemplifica os chamados regimes de responsabilidade civil agravada, foi desenvolvida em Souza (2018, p. 87-89).

15 A destacar a similitude entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa na experiência italiana no tocante à presença de uma cláusula geral, v. Franzoni (2010, p. 768).

16 Semelhante fenômeno é identificado, na experiência portuguesa, por Leitão (1996, p. 36-37).

17 Sobre a coexistência das cláusulas gerais de responsabilidade civil com disposições específicas sobre o dever de indenizar no direito brasileiro, v. Souza (2018, *passim*) e, em particular, item 5.

Nesse cenário de incompreensão, a positivação da cláusula geral do dever de restituir, que poderia representar a consagração do enriquecimento sem causa como um dos grandes regimes obrigacionais, acabou acarretando, na prática, o efeito oposto: acostumada a uma aparente subsidiariedade do enriquecimento sem causa,¹⁸ a jurisprudência brasileira continua tratando as previsões específicas do dever de restituir (como a repetição do pagamento indevido, o reembolso pela gestão de negócios útil não ratificada ou a devolução do equivalente diante da impossibilidade superveniente da obrigação) como hipóteses totalmente autônomas. Em outros termos, tais previsões, em vez de serem filiadas à fonte obrigacional geral do enriquecimento sem causa (como determina seu perfil funcional), são vistas pelo intérprete, muitas vezes, como escolhas arbitrárias do legislador, isto é, como se cada uma fosse dotada de uma função *sui generis* e representasse um caso isolado no ordenamento.

A cláusula geral do enriquecimento sem causa, nesse cenário, em vez de reforçar a unidade funcional que aproxima todas as hipóteses do dever de restituir (previstas por normas específicas ou não), acabou por reforçar, equivocadamente, o isolamento dos casos particulares na *práxis* judicial. Assim, em lugar de concluir que hipóteses como a devolução do pagamento indevido são especificações do regime geral do dever de restituir (o qual, por sua vez, tem como fonte a vedação ao enriquecimento sem causa), a jurisprudência brasileira frequentemente sustenta a tese oposta: a de que, justamente por estarem positivadas como institutos particulares, tais hipóteses não poderiam se relacionar com o enriquecimento sem causa, pois este último seria um instituto autônomo e excepcional, apenas aplicável à míngua de norma mais específica. Semelhante confusão tem levado à consagração de diversos entendimentos (muitas vezes consolidados em enunciados sumulares) totalmente dissonantes com a sistemática concebida pelo codificador para as fontes obrigacionais.

Pense-se, por exemplo, na discussão submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.523.744/RS), consistente em definir se a pretensão de repetição de indébito¹⁹ no

18 Merece especial menção, em razão das dúvidas que já suscitou, a regra da subsidiariedade estabelecida pelo art. 886 do Código Civil. A subsidiariedade ostenta, no contexto contemporâneo, a qualidade de pressuposto negativo de incidência da cláusula geral do dever de restituir, de modo a se assegurar o respeito à disciplina própria dispensada pelo legislador ordinário a hipóteses específicas de restituição. A atuação da cláusula geral do dever de restituir não basta, portanto, a demonstração dos requisitos ou pressupostos positivos tradicionalmente elencados – enriquecimento, obtenção à custa de outrem e ausência de justa causa –, afigurando-se igualmente relevante o respeito à regra da subsidiariedade. Tais observações em nada afetam, por outro lado, a qualificação da obrigação restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. Seja decorrente de uma previsão legal específica, seja decorrente da cláusula geral do art. 884 do Código Civil, a obrigação se vinculará ao regime geral da vedação ao enriquecimento sem causa quando ostentar a função restitutória que distingue esta das demais fontes das obrigações no direito civil. Em outros termos, não se justificam posicionamentos doutrinários que buscam desvincular obrigações de cunho claramente restitutivo em relação à sua fonte (a vedação ao enriquecimento sem causa), simplesmente invocando o argumento da subsidiariedade. Para um desenvolvimento da compreensão da subsidiariedade como pressuposto negativo de configuração do dever de restituir, v. Silva (2018), item 2.4.

19 Vale destacar, desde logo, que a controvérsia de fundo versava, ainda que acidentalmente, sobre um ponto que não costuma ter a sua relevância devidamente ressaltada. Trata-se da dúvida sobre submeter-se ou não a pretensão de “devolução em dobro” do indébito ao mesmo prazo prescricional aplicável à pretensão de devolução simples. Essa questão – digna de mais detida reflexão, o que não se lograria realizar nesta sede – assume contornos delicados a partir do reconhecimento de que o perfil funcional restitutivo que caracteriza a obrigação de repetição do indébito (ou seja, a obrigação de devolver o valor indevidamente auferido) não parece idôneo a explicar também a obrigação de pagar a parcela atinente ao *dobro*. A condenação ao pagamento da parcela sobressalente parece traduzir, em realidade, uma autêntica punição à pessoa beneficiada pelo pagamento indevido, o que talvez explique a relevância assumida pela prova do engano justificável (em juízo valorativo acerca da reprovabilidade ou não da conduta do agente). Ao propósito, já se pôde destacar: “a conclusão sobre a diversidade de perfis funcionais entre a obrigação de devolução simples (esta, sim, de cunho nitidamente restitutivo) e aquela de devolução em dobro reclama investigação da civilística acerca da disciplina jurídica aplicável especificamente à pretensão de ‘devolução’ da parcela sobressalente, a começar pelo prazo prescricional

âmbito dos serviços de telefonia deveria se sujeitar ao prazo prescricional trienal da “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” (art. 206, § 3º, IV, do Código Civil)²⁰ ou se, ao revés, deveria ser regida pelo prazo prescricional geral decenal que o legislador dispensa às hipóteses não submetidas a outro prazo específico (art. 205 do Código Civil).²¹ O recurso foi julgado, inicialmente, pela Terceira Turma do Tribunal, a qual concluiu, unanimemente, que o prazo prescricional geral de dez anos não poderia ser invocado em razão da existência de prazo prescricional específico idôneo a reger a pretensão de repetido de indébito – qual seja, o prazo trienal referente ao enriquecimento sem causa.²²

Cumprir registrar, desde logo, que a dúvida não diz respeito propriamente à identificação de qual seria o prazo prescricional da pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa, uma vez que para tal hipótese o legislador previu expressamente o prazo prescricional trienal (art. 206, § 3º, IV, do Código Civil). Trata-se, em realidade, de definir se essa previsão normativa abarca a pretensão de repetição de indébito, muito embora essa restituição não decorra diretamente da cláusula geral do art. 884 do Código Civil. Em caso afirmativo, concluir-se-á pelo potencial expansivo do mencionado prazo prescricional trienal; em caso negativo, tender-se-á a reconhecer a incidência do prazo prescricional geral de dez anos de que trata o art. 205 sobre tais hipóteses,²³ como fez o STJ no caso mencionado.

Irresignada, uma das autoras da ação interpôs embargos de divergência. A Corte Especial do STJ viu-se, então, diante da necessidade de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional na matéria, a fim de superar dissídio jurisprudencial entre as Turmas integrantes da Primeira Seção e as Turmas integrantes da Segunda Seção do Tribunal. De fato, uma consulta ao repositório jurisprudencial da Corte revela que os referidos órgãos julgadores não raramente alcançavam conclusões nitidamente opostas no tocante ao prazo prescricional regente da pretensão de repetição de indébito no âmbito de serviços de telefonia – ora no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal do enriquecimento sem causa,²⁴ ora no sentido da aplicação do prazo prescricional

sobre ela incidente. Trata-se, em suma, de reconhecer que a eventual identificação de função punitiva de certas obrigações parece desautorizar a aplicação automática do idêntico regime jurídico dispensado às obrigações de perfil restitutivo a elas associadas, a exemplo do que sucede a propósito da definição do prazo prescricional de três anos da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa” (SILVA, 2018, p. 115-116). Para o desenvolvimento da problemática, v., ainda, Souza e Silva (2018), item 4.

20 *In verbis*: “CC. Art. 206. Prescreve: [...] §3º Em três anos: [...] IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa”.

21 *In verbis*: “CC. Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

22 O acórdão restou assim ementado: “Agravo regimental no recurso especial. Empresa de telefonia. Cobrança indevida. Repetição do indébito. Prescrição trienal. Consonância entre o acórdão recorrido e o entendimento desta corte. 1. As Turmas da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendem que incide o prazo prescricional de 3 (três) anos, previsto no art. 206, § 3º, V [*rectius*: IV], do Código Civil, na ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados promovida por empresa de telefonia. 2. Agravo regimental não provido” (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.523.744/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 10.3.2016, publ. 28.3.2016).

23 A ilustrar a proposta de aplicação do prazo prescricional geral, veja-se a conclusão de Judith Martins Costa (2015, p. 278) a propósito do pagamento indevido: “[...] as obrigações resultantes de pagamento indevido são enquadradas na regra geral dos prazos prescricionais prevista no *caput* do art. 205, ou seja, 10 anos [...]”.

24 V., ilustrativamente, STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.585.124/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 13.9.2016, publ. 20.9.2016; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 708.688/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 19.5.2016, publ. 31.5.2016; e STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 729.090/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.10.2015, publ. 5.11.2015.

geral decenal,²⁵ verificando-se, de todo modo, certa tendência à prevalência desta última posição.²⁶

Ao apreciar os EREsp 1.523.744/RS, em julgamento tomado por maioria, a Corte Especial do STJ concluiu pela aplicabilidade do prazo prescricional decenal (estabelecido em caráter supletivo pelo art. 205 do Código Civil) para a regência dos casos de repetição de indébito no âmbito dos serviços de telefonia.²⁷ Afirmou-se que faltaria ao caso um dos requisitos para que se pudesse admitir a configuração de enriquecimento sem causa nos termos do art. 884 do Código Civil, qual seja: a ausência de causa jurídica. A existência prévia de um contrato celebrado pelas partes representaria, segundo se aduziu, a presença de uma causa jurídica obstativa da configuração da hipótese de incidência do dispositivo legal mencionado.²⁸ Asseverou-se, ainda, que o caráter subsidiário estabelecido pelo art. 886 do Código Civil impediria a atração da disciplina do enriquecimento sem causa para a solução de uma questão regida pela disciplina própria do pagamento indevido.²⁹

Nenhum dos dois argumentos, porém, merece prosperar. Em primeiro lugar, compreender o contrato celebrado pelas partes (usuário e fornecedor do serviço de telefonia) como *causa* da vantagem patrimonial auferida pela fornecedora diante de serviços comprovadamente não contratados (e não usufruídos) revela-se tão equivocado quanto afirmar que a ausência de consenso gera as mesmas obrigações que o consenso geraria se houvesse sido alcançado regularmente. O contrato apenas tem o condão de justificar a exigibilidade das obrigações por ele estabelecidas.³⁰ Se o intérprete já tem certeza quanto à inexigibilidade de um pagamento jamais contemplado pelo contrato, não há motivo

25 V., ilustrativamente, STJ, 1ª T., EDcl no REsp 1.446.597/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 15.5.2018, publ. 23.5.2018; STJ, 2ª T., REsp 1.660.377/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 6.6.2017, publ. 19.6.2017; e STJ, 1ª T., AgInt no REsp 1.637.547/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julg. 21.3.2017, publ. 31.3.2017.

26 “1. Segundo a jurisprudência vigente neste Sodalício, é de 10 (dez) anos o prazo prescricional aplicável às ações de repetição de indébito para ressarcimento de valores cobrados indevidamente por empresas telefônicas” (STJ, C.E., AgInt nos EREsp 1.523.591/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 16/08/2017, publ. 24.8.2017). No mesmo sentido, v. STJ, C.E., AgInt nos EREsp 1.585.124/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 15.3.2017, publ. 21.3.2017; e STJ, C.E., EAREsp 758.676/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 18.5.2016, publ. 15.6.2016.

27 Vale destacar o trecho final da ementa da decisão: “4. Embargos de divergência providos, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos – art. 205, Código Civil/2002), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ), no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto” (STJ, C.E., EREsp 1.523.744/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2019, publ. 13.3.2019).

28 A afirmação da existência de uma causa (no sentido de título jurídico), a impedir a aplicação do art. 884 do Código Civil, aparece, por exemplo, no voto da Ministra Nancy Andrighi. Nos termos da fundamentação por ela aduzida, “não parece o mais correto considerar que uma cobrança indevida, no contexto de uma relação de consumo de serviço de telefonia, seja uma forma de enriquecimento sem causa, pois, a rigor, nessas situações há uma causa, um fundamento, que é o contrato existente entre consumidor e operadora”.

29 Esses pontos centrais da fundamentação da decisão encontram-se bem sintetizados no voto do relator: “A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. [...] A discussão sobre a cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil/2002, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. [...] Verifica-se, pois, que o prazo prescricional estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil/2002 deve ser interpretado de forma restritiva, para os casos subsidiários de ação *de in rem verso*” (STJ, C.E., EREsp 1.523.744/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2019, publ. 13.3.2019). Vale destacar que o caso foi apreciado pela Corte Especial do STJ conjuntamente com outros casos cujo cerne versava sobre a mesma questão (a definição do prazo prescricional aplicável à pretensão de repetição de indébito no âmbito dos serviços de telefonia), tendo sido proclamada a mesma tese (no sentido da incidência do prazo prescricional decenal) para todos eles: STJ, C.E., EAREsp 750.497/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2019, publ. 11.6.2019; STJ, C.E., EAREsp 738.991/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2019, publ. 11.6.2019; STJ, C.E., EAREsp 622.503/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20.2.2019, publ. 11.6.2019.

30 Ou, por certo, aquelas decorrentes da lei para assegurar a promoção do programa contratual entabulado pelas partes, no âmbito da chamada heterointegração dos contratos. Ulteriores considerações sobre a relação entre a integração do conteúdo negocial pela fonte legal e sua relevância para a concretização do próprio programa contratual foram desenvolvidas em Souza (2019), item 4.

para considerar esse mesmo contrato como título justificador da transferência patrimonial almejada pela parte que já se sabe não ter razão.³¹

Em segundo lugar, a regra da subsidiariedade prevista pelo art. 886 do Código Civil para o regime geral do enriquecimento sem causa, ao contrário do que se costuma supor, tem como único propósito o de evitar que a disciplina da cláusula geral do dever de restituir seja aplicada em detrimento das normas que o legislador houver estabelecido para hipóteses específicas de obrigações restitutórias. Desse modo, a existência de uma disciplina legal própria para o pagamento indevido (arts. 876-883 do Código Civil e art. 42 do Código de Defesa do Consumidor), como deveria ser intuitivo, impede a invocação indiscriminada da cláusula geral do dever de restituição estabelecida pelo art. 884 do Código Civil. Proíbe-se, assim, a aplicação direta da cláusula geral nas hipóteses em que o legislador houver dispensado disciplina própria para a específica obrigação restitutória, sem que disso nada se pode extrair sobre a qualificação funcional das variadas obrigações restitutórias.³² Do mesmo modo, como esclarecido anteriormente, embora nenhuma regra específica assim preveja, não se podem aplicar os requisitos previstos nas cláusulas gerais de responsabilidade civil se houver disposição específica que module tais requisitos em certo caso concreto.

Em outros termos, a subsidiariedade estabelecida pelo art. 886 do Código atua, em realidade, como pressuposto negativo de incidência da cláusula geral do dever de restituir. A regra, portanto, em nada afeta a abrangência do enriquecimento sem causa como regime jurídico obrigacional, do que decorre a impossibilidade de a regra da subsidiariedade obstar a adequada qualificação das obrigações que ostentem o perfil funcional restitutivo como deveres autenticamente oriundos dessa fonte. Eis o desacerto fundamental do entendimento subjacente à conclusão do STJ: embora a regra da subsidiariedade impeça a aplicação direta da cláusula geral do art. 884 do Código Civil, ela nada diz acerca da qualificação das variadas hipóteses de obrigações restitutórias à luz da vedação ao enriquecimento sem causa, de modo que nada impede a submissão de uma específica pretensão restitutória (como a deflagrada pelo pagamento indevido) ao prazo prescricional incidente sobre as diversas pretensões que tenham em comum o perfil funcional de restituição do enriquecimento sem causa.

O tema do prazo prescricional da pretensão à repetição de indébito segue não pacificado no âmbito da Corte Superior, encontrando-se, hoje, pendente de julgamento o Tema Repetitivo n. 954, que tem por objeto, dentre outros, o “prazo prescricional incidente em caso de pretensão à repetição de valores supostamente pagos a maior ou indevidamente cobrados em se tratando de serviços não contratados de telefonia fixa advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário – se decenal (artigo 205 do Código Civil), trienal (artigo 206, §3º, IV, do Código Civil) ou outro prazo”. Enquanto persistirem, porém, as incompreensões acima assinaladas, não é difícil prever em qual direção tenderão as decisões da Corte. Apenas a devida atenção quanto à fonte da obrigação de restituir permitirá alcançar conclusões tecnicamente precisas.

Idêntica controvérsia, aliás, já pacificada junto ao STJ, é a do prazo prescricional para a restituição do pagamento indevido de tarifas de água e esgoto feito às concessionárias desse serviço

31 V. Silva (2019) item 4.

32 Para um desenvolvimento do escopo contemporâneo da regra da subsidiariedade, v. Silva (2018a), item 2.4.

público. A esse propósito, editou-se, em 2009, o verbete sumular n. 410, com a seguinte redação: “A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil”. A despeito de não especificar de qual prazo se trata (simplesmente afastando a incidência de qualquer prazo previsto no Código de Defesa do Consumidor), a interpretação unânime conferida pelo STJ ao verbete é a de que se trataria do prazo geral decenal do art. 205 – como se extrai, aliás, da simples leitura dos acórdãos paradigmáticos que conduziram à edição do enunciado. Nestes, como se encontrava em discussão a aplicação de prazos prescricionais iniciados ainda sob a égide do Código Civil de 1916, fazia-se referência ao prazo geral vintenário, que era previsto pelo art. 177 da codificação anterior como prazo geral de prescrição.³³

O fato de o enunciado sumular ter sido redigido justamente a partir de acórdãos paradigmáticos em que se discutia a aplicação do Código Civil de 1916 prejudicou ainda mais a compreensão da questão, já que, sob a codificação anterior, não havia positividade da cláusula geral do enriquecimento sem causa e não estava previsto, por conseguinte, nenhum prazo prescricional específico para a pretensão restitutória. A constatação, porém, de o enunciado n. 410 ter sido deliberadamente editado para esclarecer que não se aplicava ao caso o prazo quinquenal do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor (que trata de pretensão inegavelmente indenizatória)³⁴ já oferece, por si só, uma evidência de que a confusão quanto à qualificação do dever de restituir já se encontrava instaurada na praxis, havendo aparente dúvida, desde então, quanto à fonte daquela obrigação.³⁵

A edição do enunciado sumular nessas circunstâncias resulta, até os dias atuais, na aplicação do prazo prescricional decenal à pretensão da repetição do pagamento indevido de tarifas de água e esgoto, de natureza claramente restitutória, mesmo nos casos em que se encontra em discussão apenas a prescrição já iniciada sob a égide do Código Civil atual.³⁶ Mais ainda, a aplicação do prazo geral da prescrição pelo STJ neste caso comprova a crença de que as pretensões de repetição do indébito decorrentes de pagamentos indevidos (um dos casos em que, como se afirmou anteriormente, optou o legislador por criar uma previsão específica para o dever de restituir) seriam uma hipótese autônoma, não filiada a nenhuma das fontes obrigacionais gerais.

A multiplicidade dos exemplos, a demonstrar a relevância do tema, coincide com a própria vastidão do fenômeno restitutivo. Para além da definição do prazo prescricional da pretensão

33 Ilustrativamente: “A prescrição da ação para cobrança de preços públicos rege-se pelo art. 177, *caput*, do Código Civil de 1916, sendo portanto vintenária” (STJ, REsp 149.654/SP, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. 6.9.2005, publ. 17.10.2005). No mesmo sentido: STJ, EREsp 690.609/RS, 1ª S., Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 26.3.2008, publ. 7.4.2008; STJ, REsp 1.113.403/RJ, 1ª S., Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 9.9.2009, publ. 15.9.2009.

34 *In verbis*: “CDC. Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

35 Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do voto do relator no já mencionado REsp 1.113.403/RJ, um dos paradigmas para a edição do enunciado sumular: “Ora, o que se tem presente no caso é uma pretensão de restituir tarifa de serviço paga indevidamente. Não se trata, pois, de ação de reparação de danos causados por defeitos na prestação de serviços. Não há como aplicar à hipótese, portanto, o prazo do referido art. 27 do CDC. Também não se pode supor aplicável o prazo quinquenal estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, para restituição de créditos tributários, eis que a tarifa (ou preço) não tem natureza tributária. Quanto a esse aspecto, há mais de um precedente da própria Seção (EResp n. 690.609, Min. Eliana Calmon, DJ 7.4.2008; REsp n. 928.267, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.8.2009). Não havendo norma específica a reger a hipótese, aplica-se o prazo prescricional estabelecido pela regra geral do Código Civil, ou seja: de 20 anos, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 ou de 10 anos, previsto no art. 205 do Código Civil de 2002.”

36 Ilustrativamente: STJ, AREsp 1.481.962/RJ, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 17.9.2019, publ. 11.10.2019; STJ, AgInt no REsp 1.587.925/RS, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 29.4.2019, publ. 10.5.2019.

restitutória daquele que houver efetuado pagamento indevido (art. 876 do Código Civil), seria possível, igualmente, questionar: qual é o prazo prescricional da pretensão do gestor de negócios alheios à restituição das despesas necessárias ou úteis na hipótese de a gestão ser reputada útil ao dono (art. 869)? Ou, ainda: qual é o prazo prescricional da pretensão do possuidor à restituição das benfeitorias por parte do proprietário (arts. 1.219 e 1.220)? E assim por diante. Dentre tantos exemplos possíveis, chega-se, neste ponto da exposição, a dois casos bastante particulares de restituição (nomeadamente, os deveres de restituir resultantes da declaração de nulidade contratual e da resolução contratual), cujo tratamento pela jurisprudência pátria mostra-se igualmente problemático. É o que se passa a comentar.

3 UM EXEMPLO PARADIGMÁTICO DA INCOMPREENSÃO: O PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL À PRETENSÃO RESTITUTÓRIA DECORRENTE DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Dentre todas as hipóteses ilustrativas do problema acima relatado, atinente à incompreensão jurisprudencial sobre fonte obrigacional restitutória, um recente julgado, também de lavra do Superior Tribunal de Justiça, desperta a atenção por utilizar, em sua fundamentação, duas hipóteses igualmente representativas do dever de restituir, atribuindo-lhes, porém, qualificações diversas. Curiosamente, a *ratio decidendi* adotada nessa ocasião fundou-se expressamente em um julgamento anterior, no qual se havia conferido a qualificação correta à pretensão restitutória que se encontrava em discussão. Vale dizer: do acerto anterior derivou-se um novo julgamento, lamentavelmente atécnico. Seguindo-se a ordem cronológica dos julgamentos, narram-se, a seguir, primeiramente o caso que traduziu em grande acerto de nossa jurisprudência e, em seguida, aquele que culminou na perpetuação do já referido cenário de incompreensão.

No ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça pacificou uma controvérsia até então bastante frequente no âmbito de contratos de promessa de compra e venda de imóveis, consistente na validade ou não das cláusulas contratuais que impunham ao adquirente o dever de arcar com o pagamento de comissão de corretagem e da chamada taxa SATI (serviços de assessoria técnica-imobiliária). A questão, consolidada no Tema Repetitivo n. 938, acarretava uma segunda indagação, já conhecida a este ponto do presente estudo: qual seria o prazo prescricional para requerer a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa SATI, nos casos em que as cláusulas contratuais que as estipulavam fossem reputadas nulas? Em julgamento notável pela precisão técnica, definiu a Corte que o prazo aplicável à pretensão de restituição é o de três anos, nos termos do art. 206, §3º, IV, do Código Civil, por se reconhecer que a pretensão filia-se ao campo do enriquecimento sem causa.³⁷

³⁷ Assim restou consignado no julgamento de um dos recursos paradigmáticos que se encontravam afetados ao tema (STJ, REsp 1.551.956/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 24.8.2016, publ. 6.9.2016). Na ocasião, prevaleceu o entendimento que havia sido firmado pouco antes pela Segunda Seção, no julgamento do REsp 1.360.969/RS, de relatoria do Min. Marco Buzzi, que versava sobre outra discussão (nulidade de cláusulas de reajuste em contratos de plano de saúde). Neste último julgamento, que se deu por maioria, o relator restou vencido, tendo sido designado para lavrar o acórdão o Min. Marco Aurélio Bellizze, que sustentou a tese vencedora da aplicabilidade do prazo trienal. Ao apreciar a questão da abusividade da cobrança da comissão de corretagem e da taxa SATI, embora tenham ressalvado entendimentos pessoais quanto à aplicabilidade do prazo geral decenal, os julgadores da Terceira Turma optaram por prestigiar o entendimento que acabara de ser expresso pela Segunda Seção, tendo, por isso, prevalecido a tese do prazo trienal.

Com efeito, declarada nula uma disposição contratual, a transferência patrimonial que havia sido feita em observância àquela cláusula perde seu título justificativo, de modo que a restituição da prestação se torna imperativa, sob pena de enriquecimento injusto do credor que a recebeu. A esse respeito, importa a análise do art. 182 do Código Civil, que, ao prever a retroatividade da invalidação do negócio jurídico, determina que, não sendo possível restituir as partes ao estado anterior, serão as mesmas “indenizadas com o equivalente”.³⁸ O dispositivo mostra-se impreciso ao fazer alusão à ideia de “indenização”³⁹ – quando, em verdade, está prevendo uma obrigação legal de restituição de prestações já realizadas, a qual decorre da vedação ao enriquecimento sem causa.⁴⁰ Nos ordenamentos, como o italiano, em que não há comando legal expresso determinando a restituição, a associação desta à vedação ao enriquecimento sem causa se revela mais imediata e não desperta grande dissenso doutrinário.⁴¹ Por outro lado, em outros sistemas, como o português, parte da doutrina oscila na qualificação – muito embora isso decorra de aspectos particulares da disciplina legal das invalidades negociais e da restituição do enriquecimento sem causa, e não da lógica geral que guia o dever de restituição.⁴²

38 No ponto, ulteriores considerações podem ser encontradas em Souza (2017a, p. 245-247).

39 Assim como ocorre, em geral, na responsabilidade civil, a restituição de valores caso o contrato seja declarado nulo visa ao retorno das partes *in statu quo ante*; contudo, essa restituição pode ou não ser cumulada com perdas e danos, assim como pode acontecer de nada precisar ser restituído, caso não tenha havido qualquer início de execução para o negócio. A esse respeito, leciona Menezes Cordeiro: “deve ser restituído tudo o que tiver sido prestado, ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente, nos termos desse mesmo preceito. [...] O dever de restituir é recíproco. A doutrina estrangeira já intentou, por via doutrinária, construir aqui um sinalagma, de modo a permitir a aplicação de institutos que garantam as posições das partes. A lei portuguesa solucionou, de modo expresso, o problema, no artigo 290º: ‘As obrigações recíprocas de restituição que incumbem às partes, por força da nulidade ou anulação do negócio devem ser cumpridas simultaneamente, sendo extensivas ao caso, na parte aplicável, as normas relativas à exceção do contrato não cumprido’. [...] A nulidade ou a anulação de um negócio são, ainda, suscetíveis de causar danos ilícitos. Podem intervir institutos de responsabilidade civil e, designadamente, a *culpa in contrahendo*” (CORDEIRO, 2012, p. 936-938).

40 A esse respeito, leciona-se que, “desfeito o vínculo contratual, nenhuma pretensão poderá mais, obviamente, ser fundada sobre ele. Mais delicado é o discurso no caso em que o contrato já tenha tido execução parcial; nos casos desse gênero ingressam os remédios restitutórios, com a finalidade de permitir a recuperação do que foi prestado sem causa, a prescindir de esclarecimentos acerca da imputabilidade ou não do inadimplemento” (GALLO, 2008, p. 1075. Tradução livre).

41 Nesse sentido, v. Bianca (2000, p. 631), Alpa (2006, p. 132), Gazzoni (2015, p. 1000). Nesses ordenamentos, a questão mais debatida costuma ser a da proximidade ou distanciamento do regime da restituição em relação à disciplina legal do pagamento indevido. De fato, ao tratar da peculiaridade dos sistemas da família romano-germânica na matéria, explica Paolo Gallo que sistemas como o francês e o italiano adotaram, em linhas gerais, um modelo unitário do dever de restituir, ao passo que o sistema alemão segue um modelo binário, que trata diferentemente as restituições que decorrem do desfazimento contratual. No entanto, observa o autor, “em tempos recentes se tem observado fortes tendências de se diversificar o regime restitutório mesmo em ordenamentos como o francês e o italiano, tradicionalmente inspirados pela ideia da unidade da *condictio*. [...] Não se quer que a ausência de erro [elemento caracterizador do pagamento indevido] iniba o exercício da ação de nulidade, também para evitar que a execução consciente do contrato possa explicar um efeito sanatório” (GALLO, 2008, p. 1076-1077. Tradução livre). Na França, onde o enriquecimento sem causa foi desenvolvido pelo trabalho jurisprudencial, afirma-se que “a destruição do passado (o retorno ao *statu quo ante*) levanta sempre mais dificuldades que o desenvolvimento das situações adquiridas (a execução do contrato). A restituição lembra um pouco a repetição do indébito (art. 1376 [do *Code Napoléon*]), mas a condição de erro não é exigida” (MALAURIE; AYNÈS; STOFFEL-MUNCK, 2015, p. 358).

42 Embora pondere que “o enriquecimento sem causa seria a via natural para, perante a invalidação de um negócio, fazer reverter quanto houvesse sido prestado”, mencionando ser esta, por exemplo, a solução adotada no direito alemão, Menezes Cordeiro acaba concluindo que, no direito lusitano, a obrigação de restituir decorrente da invalidade negocial seria autônoma em relação ao princípio; leva em conta, para tanto, distinções entre essa obrigação de restituição e aquela decorrente, em específico, do pagamento indevido (tais como natureza da sentença, prazo para exercício etc.), que, em princípio, não se aplicam ao direito brasileiro (CORDEIRO, 2010, t. 3, p. 261-262). Particularmente quanto ao prazo, muitos autores diferenciam a decadência da declaração de nulidade e a prescrição da pretensão de restituição, associando esta última à vedação ao enriquecimento sem causa. Além disso, mesmo no direito português, alguns autores reconhecem a influência do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa sobre o dever de restituição decorrente da invalidade negocial. Nesse sentido, afirma Júlio Gomes: “consideramos tratar-se aqui de uma restituição de prestações fundada num enriquecimento sem causa, mas em que não é necessária uma ação autônoma de enriquecimento sem causa” (GOMES, 1998, p. 609-610). O dissídio doutrinário, destaca o autor, decorre do fato de se conceber “a obrigação de restituição fundada no enriquecimento sem causa, como visando, exclusivamente, o enriquecimento patrimonial”, o que não permite explicar a disciplina prevista pelo art. 289º, I do Código Civil português para as consequências da nulidade: “no intercâmbio de prestações, resultante da execução de um contrato sinalagmático, apenas uma das partes, quando

Nesse sentido, e sem embargo de tais divergências, parece inegável que a vedação ao enriquecimento sem causa desempenha um papel fundamental na disciplina da invalidade negocial,⁴³ previsto pelo dispositivo: o desfazimento do negócio por força do reconhecimento da nulidade ou da anulação do contrato determina para as partes o dever de restituição de prestações eventualmente já executadas sob pena de, em caso contrário, restar verificado um enriquecimento injusto.⁴⁴ A rigor, por decorrer a invalidade (do inteiro negócio ou de apenas uma de suas cláusulas – o que se denomina invalidade parcial) de um vício originário do negócio,⁴⁵ seria possível afirmar que, formalmente, sempre faltou um título justificativo à transferência patrimonial feita em cumprimento do acordo de vontades (ou que, ao menos, esse título sempre esteve maculado pelo vício). De todo modo, ainda que se compreenda que o título jurídico apenas deixou de existir após a declaração de nulidade contratual, a conclusão seria a mesma: a restituição das prestações feitas em cumprimento do negócio ainda seria regida pelas regras referentes ao enriquecimento sem causa, tendo em vista o disposto pelo art. 885 do Código Civil, segundo o qual “a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”. Resta evidente, assim, o acerto do entendimento adotado pelo STJ neste primeiro caso.

Pouco tempo depois, em 2019, novamente foi o Superior Tribunal de Justiça instado a se pronunciar sobre o prazo prescricional aplicável a uma nova pretensão restitutória. Desta vez, a controvérsia de fundo, cada vez mais frequente no direito brasileiro, consistiu na resolução de um contrato de compra e venda de imóvel na planta em decorrência do inadimplemento da construtora com o andamento do empreendimento. Mais especificamente, debatia-se, no REsp 1.737.992/RO,⁴⁶ qual seria o prazo prescricional aplicável à restituição das parcelas do preço do imóvel que já haviam sido pagas pelo adquirente até o momento da resolução. Afirmando a perda do interesse útil na entrega do imóvel em decorrência da prolongada mora da construtora, o comprador pretendia a extinção do negócio, nos termos do art. 475 do Código Civil, e, conseqüentemente, pugnava pelo retorno das partes *in statu quo ante*, com a restituição das parcelas que ele havia pago e que, com a resolução da avença, perderam seu título jurídico justificador. Surgiu, assim, a dúvida sobre o prazo prescricional incidente sobre a sua pretensão.

Surpreendentemente, a conclusão alcançada pelo STJ foi a de que deveria ser mantido o acórdão do Tribunal Estadual de origem, que aplicara à pretensão restitutória o prazo geral decenal de prescrição (art. 205 do Código Civil).⁴⁷ Como a hipótese controvertida tratava de uma aquisição

muito, poderia considerar-se enriquecida, em razão de ter recebido uma prestação de valor superior ao que dispendeu, pelo que apenas a ela caberia uma obrigação de restituição dirigida, tão-só, a essa diferença de valor” (GOMES, 1998, p. 611-612). O autor resolve a questão ao demonstrar como, a depender da natureza das prestações decorrentes do contrato inválido, as conseqüências impostas pela vedação ao enriquecimento sem causa serão distintas; assim, por exemplo, na compra e venda declarada nula ao poder de reivindicação da coisa pelo proprietário legítimo não corresponde um poder de reivindicação do preço pela parte prejudicada, eis que o dinheiro não se sujeita a esse tipo de ação, devendo sua restituição ocorrer no âmbito de uma ação fundada no enriquecimento.

43 Sobre a relevância da vedação ao enriquecimento sem causa na modulação das conseqüências da invalidade negocial, v. Souza (2017a), item 3.4.

44 Sobre a noção de enriquecimento injusto como uma perspectiva funcionalizada do dever de restituição à luz dos valores do ordenamento, v. Silva (2018), item 2.3.2.

45 Já que não se reconhece a possibilidade de existirem causas supervenientes de nulidade, como se pôde analisar em Souza (2017b, p. 12-13).

46 STJ, REsp 1.737.992/RO, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 20.8.2019, publ. 23.8.2019.

47 O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Recurso especial. Civil e processual civil. CPC/2015. Promessa de compra

imobiliária (mesma espécie contratual de que tratava o Tema Repetitivo n. 938, acima comentado), a comparação com o prazo prescricional trienal que se considera aplicável à restituição da comissão de corretagem abusiva e da taxa SATI foi inevitável. No entanto, entenderam os julgadores que a tese favorável à aplicação do prazo trienal “foi firmada no âmbito de demandas cuja causa de pedir era a abusividade da transferência desses custos ao consumidor”, ao passo que, no caso ora sob apreciação, a controvérsia dizia respeito “à aplicação dessa tese a uma demanda cuja causa de pedir é o inadimplemento contratual por parte da incorporadora”.⁴⁸ Em outros termos, sustentaram que haveria uma diferença fundamental de regime jurídico entre a restituição decorrente de declaração de nulidade de cláusula contratual e aquela motivada pela resolução contratual decorrente do inadimplemento.

No que diz respeito à fonte obrigacional, contudo, não há, a rigor, nenhuma diferença entre a restituição de valores pagos em cumprimento de uma cláusula contratual nula e a restituição de valores pagos em cumprimento de um contrato que veio a ser resolvido.⁴⁹ O ordenamento brasileiro poderia, por certo, ter seguido a experiência legislativa de alguns países da tradição romano-germânica, no sentido de positivizar uma previsão genérica acerca da aptidão da resolução contratual para deflagrar as obrigações restitutorias a cargo de ambos os contratantes. Assim sucede, por exemplo, nas codificações italiana, portuguesa e francesa. O chamado “efeito restitutivo da resolução”,⁵⁰ porém, ao contrário da restituição decorrente da declaração de nulidade do contrato (que conta com referência expressa do art. 182 do Código Civil), não costuma ser acompanhado de maior fundamentação sobre sua origem ou justificativa no direito brasileiro,⁵¹ o que parece dificultar a compreensão sobre a fonte do dever de restituir.

e venda. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega do imóvel. Pretensão de restituição de parcelas pagas, comissão de corretagem e SATI. Prescrição. Inocorrência. Necessidade de pronunciamento judicial sobre a resolução judicial do contrato no caso. Distinção com a hipótese de prescrição trienal do tema 938/STJ. Danos materiais. Ausência indicação da questão federal. Óbice da súmula 284/STF. 1. Controvérsia acerca da prescrição das pretensões restitutorias decorrentes da resolução de promessa de compra e venda por atraso na entrega do imóvel. 2. Nos termos da Súmula 543/STJ: ‘Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento’. 3. Caso concreto em que a resolução foi pleiteada com base na culpa da incorporadora, sendo cabível, portanto, a restituição integral das parcelas pagas, nos termos da referida súmula. 4. No julgamento do Tema 938/STJ, esta Corte Superior concluiu pela incidência da ‘prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênera (art. 206, § 3º, IV, CC)’. 5. Distinção entre a pretensão restitutória abordada no Tema 938/STJ (fundada na abusividade de cláusula contratual) e a pretensão restitutória do caso dos autos (fundada na resolução do contrato por inadimplemento da incorporadora). Doutrina sobre o tema da pretensão restitutória decorrente da resolução do contrato. 6. Inaplicabilidade do Tema 938/STJ aos casos em que a pretensão de restituição da comissão de corretagem e da SATI tem por fundamento a resolução do contrato por culpa da incorporadora. 7. Recurso especial desprovido, com majoração de honorários”.

48 Trechos do voto do relator.

49 Assim já se pôde sustentar em Souza (2017a), item 3.4; Silva (2018b, *passim*) e Silva (2018a), item 3.2.

50 Para um desenvolvimento da análise dos “efeitos da resolução” (quais sejam, o liberatório, o reparatório e o restitutivo), com particular destaque para o denominado efeito restitutivo, v. Silva (2019), itens 2 e 3.

51 Nesse sentido, v. Michelin Junior (2007, p. 252). Semelhante conclusão é alcançada pela doutrina italiana: “A correlação entre a caducidade dos efeitos do contrato e a obrigação de restituição da prestação parece indubitável, até mesmo banal na sua obviedade, mas constitui ainda no nosso sistema inocente um dos pontos mais tormentosos da matéria do pagamento indevido e da teoria do contrato” (MOSCATI, 2012, p. 198, tradução livre). Uma possível razão para a parca atenção usualmente dispensada à fundamentação do denominado efeito restitutivo da resolução talvez seja a tendência da sua

consagração desde o direito romano: “O direito romano deu aos contratos inominados uma dupla sanção: de uma parte, uma ação em execução; de outra parte, uma *condictio* na repetição da prestação cumprida, *condictio* que era apenas uma aplicação dos princípios romanos do enriquecimento injusto: o contratante poderia retomar sua coisa quando não houvesse obtido a contraprestação, *causa data causa non secuta*” (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1985, p. 1.120, tradução livre).

Ilustrativamente, o artigo 1.458 do *Codice Civile* italiano⁵² estabelece o “efeito retroativo” (“*effetto retroattivo*”) da resolução do contrato por inadimplemento – previsão essa interpretada no sentido da consagração do efeito restitutivo da resolução –,⁵³ ressalvada a irretroatividade a propósito das prestações já cumpridas.⁵⁴ No direito português, o artigo 433 do Código Civil⁵⁵ equipara os efeitos da resolução aos da invalidade do negócio jurídico,⁵⁶ ao passo que o artigo 434⁵⁷ prevê o “efeito retroactivo” da resolução, com as ressalvas indicadas no dispositivo.⁵⁸ Por sua vez, o artigo 1.229 do *Code civil* francês (com a redação determinada pela *Ordonnance du 10 février 2016*)⁵⁹ disciplina minuciosamente a restituição decorrente da resolução,⁶⁰ determinando a irretroatividade

52 *In verbis*: “Art. 1.458. A resolução do contrato por inadimplemento tem efeito retroativo entre as partes, salvo o caso de contratos de execução continuada ou periódica, em relação aos quais o efeito da resolução não se estende às prestações já cumpridas. [...]”.

53 Afirma-se, a propósito da consagração do efeito restitutivo da resolução: “Fala-se, então, de efeitos liberatórios *ex nunc* em relação às prestações ainda não cumpridas e de efeitos restitutivos *ex tunc* a propósito da necessidade de devolver o quanto recebido em execução do contrato resolvido” (SICCHIERO, 2007, p. 672. Tradução livre). Para uma crítica à tese da retroatividade plena dos efeitos da resolução, v. Argiroffi (1984, p. 61 e ss.). Também em perspectiva crítica, a diferenciar o que denomina “doutrina da retroatividade em sentido fraco” (“*dottrina della retroattività in senso debole*”), “doutrina da retroatividade em sentido forte” (“*dottrina della retroattività in senso forte*”) e “doutrina da irretroatividade” (“*dottrina della irretroatività*”), v. Belfiore (1988, p. 246-267).

54 Afirma-se, a propósito: “O limite de caráter objetivo diz respeito aos contratos de execução continuada ou periódica em que, como já se disse, o efeito da resolução não estende às prestações já cumpridas (art. 1.458 n° 1). A norma [...] se funda sobre o pressuposto de que nos contratos de execução continuada ou periódica as prestações se encontram em uma relação de correspectividade *a coppie* e que, portanto, seja do ponto de vista econômico ou daquele jurídico, podem ser consideradas separadamente tanto das prestações precedentes quanto daquelas sucessivas. A retroatividade operará, portanto, apenas nos limites em que a correspectividade subsiste e, então, se uma prestação não seja proporcional à outra, deverá ter lugar igualmente uma restituição parcial” (CARRESI, 1997, p. 912. Tradução livre).

55 *In verbis*: “Artigo 433º (Efeitos entre as partes). Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes”.

56 A propósito, afirma-se: “A faculdade de exigir a restituição do que já tiver sido prestado deve ser aproximada da eficácia retroactiva da resolução – artigo 434º. A restituição tem a natureza da prevista para a invalidação (433º e 289º)” (CORDEIRO, 2010, t.4, p. 139).

57 *In verbis*: “Artigo 434º (Retroactividade). 1. A resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução. Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”.

58 “A resolução do contrato determina igualmente a restituição das prestações realizadas em execução do contrato. Justamente por isso o legislador equipara o seu regime ao da invalidade do negócio jurídico (art. 433), sendo-lhe em consequência aplicável também o art. 289. Estabelecem-se apenas as restrições de que a resolução não tem efeito retroactivo se essa retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução (art. 434, n° 1), de que nos contratos de execução continuada ou periódica não abrange as prestações já realizadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas (art. 434, n° 2) e de que não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, excepto se o contrato respeitar a bens registráveis e o registro da acção de resolução preceder o desses direitos (art. 435). Esta última restrição veda, em princípio, a aplicação à resolução do contrato do regime do art. 289, n° 2” (LEITÃO, 1996, p. 470). Do mesmo autor, v., ainda, Leitão (2010, p. 271 e ss.).

59 *In verbis*: “Art. 1229. Quando as prestações trocadas não puderem atingir a sua utilidade sem a execução completa do contrato resolvido, as partes devem restituir a integralidade daquilo que tiverem entregado uma à outra. Quando as prestações trocadas tiverem atingido a sua utilidade do modo e na medida da execução recíproca do contrato, não tem lugar a restituição para o período anterior à última prestação que não recebeu a sua contrapartida; nesse caso, a resolução é qualificada como resilição [...]” (Tradução livre). A tradução de “*résiliation*” para “resilição” poderia surpreender, uma vez que ambos os remédios previstos pelo legislador francês no dispositivo mencionado (*résolution* e *résiliation*) prestam-se a tutelar uma situação de inadimplemento contratual, ao passo que a civilística brasileira reserva a expressão “resilição” para a extinção voluntária do contrato (cf. TEPEDINO; SCHREIBER; FRADERA, 2005, p. 695). À luz de tais considerações, o possível equívoco aventado, se realmente existente, parece residir não na tradução de “*résiliation*” para “resilição”, mas sim na opção do legislador francês em diferenciar as hipóteses de extinção do vínculo contratual em razão do inadimplemento (unitariamente designadas em português pela expressão “resolução”) conforme os efeitos da extinção sejam retroativos (hipótese da “*résolution*”) ou irretroativos (hipótese da “*résiliation*”). Precisamente nesse sentido, a criticar a opção do legislador francês que veio a restar consagrada na reforma de 2016, afirma-se, na doutrina francesa: “Há muito tempo, tomou-se o hábito de dizer que a resolução por inexecução, em princípio retroativa, não é assim quando afeta um contrato de execução sucessiva e que, sendo válida apenas para o futuro, ela muda de nome e é chamada de ‘resilição’ [*résiliation*]. Na realidade, esta apresentação é errônea, incompleta e largamente desmentida pela jurisprudência moderna”

(GENICON, 2015, p. 1.605, tradução livre). O autor arremata: “Em suma, a palavra resilição não diz nada sobre os efeitos (não retroativos) da aniquilação de um contrato, mas fala apenas da causa desse aniquilamento” (GENICON, 2015, p. 1.606, tradução livre). No mesmo sentido da crítica, v., ainda na doutrina francesa, Larroumet e Bros (2016, p. 806-807).

60 Para uma análise do histórico legislativo que veio a conduzir à reforma promovida pelo *Ordonnance du 10 février 2016*

ou retroatividade desta conforme, respectivamente, o adimplemento parcial tenha ou não produzido resultado útil para os contratantes.⁶¹

A referida solução francesa – semelhante, nesse ponto, à italiana – parece seguir certa tendência doutrinária no sentido da irretroatividade da resolução (notadamente do seu efeito restitutivo) no âmbito de contratos com obrigações de trato sucessivo,⁶² reconhecendo-se que as prestações e contraprestações regularmente adimplidas antes da situação do inadimplemento encontrariam *causa* legítima no contrato então vigente.⁶³ A restituição haveria de se limitar, por conseguinte, às prestações pagas sem o devido correspectivo, o que se verifica após a configuração do inadimplemento.⁶⁴ Assevera-se, nesse sentido, que “(O) efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*” (GOMES, 2007, p. 210).

Ao contrário do que ocorreu nos ordenamentos acima mencionados, a positivação expressa do efeito restitutivo (por vezes denominado simplesmente retroativo) da resolução não foi o caminho trilhado pela codificação brasileira.⁶⁵ A obrigação de restituição, nesse cenário, apenas pode se vincular, no quadro geral de fontes das obrigações no direito brasileiro, à cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa, remontando diretamente à hipótese de ausência superveniente de causa de que trata o artigo 885 do Código Civil.⁶⁶ De fato, ao desfazer o vínculo contratual, a resolução suprime a fonte que justificava as transferências patrimoniais, as quais deverão, em regra, ser integralmente restituídas a fim de se reprimir a configuração de enriquecimento sem causa.⁶⁷ O reconhecimento do efeito restitutivo à míngua de previsão legal específica parece traduzir, em suma, decorrência direta da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do Código Civil, na feição própria de ausência superveniente de causa (artigo 885 do Código Civil).⁶⁸

especificamente na matéria da resolução contratual, v. Boucard (2015, p. 165-166).

61 À propósito, v., por todos, Simler (2016, p. 46) e Benabent (2016, p. 301).

62 A regra, positivada pela reforma francesa de 2016, consagrou substancialmente o entendimento então já prevalente em sede doutrinária. À propósito, v., por todos, Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud (1985, p. 1.129) e Terré, Simler e Lequette (2013, p. 707-708).

63 “O efeito específico da resolução é extinguir o contrato retroativamente. Opera *ex tunc*. Esse efeito corresponde à intenção presumida das partes. Extinto o contrato pela resolução, apaga-se o que se executou, devendo-se proceder a restituições recíprocas, se couberem. Contudo, só é possível remontar à situação anterior à celebração do contrato se este não for de trato sucessivo, pois, do contrário, a resolução não tem efeito em relação ao passado; as prestações cumpridas não se restituem” (GOMES, 2007, p. 210).

64 “Feita exceção para os contratos de duração, a resolução tem efeito retroativo entre as partes, que são obrigadas a restituir as prestações recebidas” (ROPPO, 2006, p. 379, tradução livre).

65 Tal omissão se verificava já no Projeto de Código Civil, conforme ressaltado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Nada disse [o Projeto de Código Civil] sobre a necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior, com devolução das quantias pagas e indenização pelos danos sofridos pelo adimplente, e os casos em que isso ocorre” (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 27).

66 Nesse sentido, v. Silva (2018a), item 3.3.1. A vinculação do denominado efeito restitutivo da resolução à disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa, porém, encontra opositores na doutrina estrangeira. Para uma análise do tema, com especial destaque à relação entre a restituição e a indenização correspondente ao interesse negativo, v. Pinto (2008, p. 969 e ss.) e Pardolesi (2007, p. 493 e ss.).

67 Ao propósito, a identificar uma função restitutória da obrigação de restituição deflagrada pela resolução contratual, v., na doutrina italiana, D’Adda, 2000, p. 536. Em sentido semelhante, ainda que sem vincular expressamente o efeito restitutivo à vedação ao enriquecimento sem causa, reconhece-se a eliminação da causa justificadora da atribuição patrimonial: “A resolução elimina a causa justificadora das prestações contratuais e, portanto, obriga a restituir aquilo que se tenha recebido em execução do contrato” (TRIMARCHI, 2010, p. 72, tradução livre).

68 Semelhante conclusão é alcançada no âmbito da doutrina italiana ao se justificar o reconhecimento do efeito restitutivo a partir da exegese do artigo 1.458 do *Codice Civile*: “Coerentemente com o implemento do nosso código e com a vedação ao enriquecimento sem causa, de fato, o rompimento do vínculo, em vez de operar apenas a partir do momento em que se verifica, elimina retroativamente toda modificação produzida pelo acordo, correspondendo, assim, a norma ao comum sentimento das pessoas, já que quem não teve aquilo lhe compete pretende a restituição daquilo que tenha

Essas premissas, desconsideradas no julgamento do mencionado REsp 1.737.992/RO, resultaram, mais uma vez, na malfadada aplicação de prazos prescricionais distintos a pretensões caracterizadas por idêntica função. Não havia, como se percebe, razão idônea a justificar o discrimen a partir do qual a Corte concluiu pelo afastamento do prazo prescricional trienal dispensado às pretensões de restituição do enriquecimento sem causa. Mais adequado teria sido, portanto, a aplicação do prazo prescricional trienal do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil à generalidade das pretensões restitutórias, independentemente de terem fonte na cláusula geral do art. 884 do Código Civil ou em outras hipóteses específicas.⁶⁹

Mais do que isso, o acórdão proferido nesse julgamento ainda incorreu em outras confusões de ordem teórica. Argumentaram os julgadores, na ocasião, que, consistindo o direito à resolução em um direito potestativo, não se poderia aplicar ao caso o entendimento aplicado no julgamento do Tema Repetitivo n. 938 (comissão de corretagem e taxa SATI), pois aos direitos potestativos se aplica a decadência e não a prescrição.⁷⁰ O argumento é manifestamente improcedente, ao menos por duas ordens de razão. A uma, por ser certo que também o direito a obter a declaração de nulidade (total ou parcial) do contrato é potestativo,⁷¹ o que faz cair por terra a pretendida diferenciação. A duas, porque o direito à *restituição* de valores pagos (decorrente, como se viu, tanto do exercício do direito potestativo à declaração de nulidade quanto do direito potestativo à resolução) consiste em direito autônomo face ao direito extintivo. A natureza do direito à restituição é a de simples direito subjetivo de crédito, como ocorre nos variados casos de restituição motivada pela vedação ao enriquecimento sem causa. À pretensão restitutória deflagrada pela resolução aplica-se, portanto, o instituto da prescrição.

CONCLUSÃO

A tripartição funcional das obrigações afigura-se, em alguma medida, uma solução possível para um problema que ela própria evidencia. Com efeito, não fosse a assunção da premissa metodológica acerca do reconhecimento das funções características das obrigações no direito civil, provavelmente não se ressentiria a comunidade jurídica do tratamento assistemático da restituição. Desse modo, em razão da suposta ausência de identidade entre as diversas hipóteses de restituição, sequer pareceria lógico dispensar-lhes tratamento em alguma medida unitário. Uma vez, contudo, que se reconheça a existência de um perfil funcional comum entre obrigações restitutórias as mais variadas – destinadas a remover um enriquecimento injustificado (excluídas, portanto, *restituições* que traduzam simples obrigação de dar coisa certa alheia em cumprimento de um negócio jurídico) –, a promoção de disciplina unitária exsurge como autêntica imposição de ordem metodológica.

dado” (SICCHIERO, 2007, p. 673, tradução livre). Também a doutrina francesa alcançava conclusão semelhante antes mesmo da positivação expressa do efeito restitutivo pela reforma promovida no direito das obrigações em 2016: “[...] a resolução faz também desaparecer o contrato retroativamente. Há o retorno ao *status quo ante*, o que implica ausência de empobrecimento e de enriquecimento das partes” (TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE, 2013, p. 705, tradução livre). Ao propósito, v. Silva (2018a, p. 284-285).

⁶⁹ Ao propósito, v. Silva, 2018a, item 3.1.2.

⁷⁰ “Tratando-se de um direito potestativo, não há falar em prazo de prescrição, mas em decadência, o que por si só já afastaria a aplicação do Tema 938/STJ ao caso” (Trecho do voto do relator).

⁷¹ V. Souza (2017a, p. 210).

A dificuldade de enfrentamento sistemático das obrigações restitutórias parece remontar, nesse contexto, à resistência em se reconhecer o papel da vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações civis.⁷² Verifica-se, como visto, uma recorrente confusão entre a fonte da vedação ao enriquecimento sem causa (a determinar a incidência de um regime geral para obrigações de perfil funcional restitutivo) e a cláusula geral do dever de restituir (a fazer deflagrar a obrigação restitutória quando observados os pressupostos positivos e negativo previstos nos arts. 884 e 886, respectivamente). Transportam-se, assim, para o inteiro tratamento das obrigações restitutórias as cautelas tomadas a propósito da incidência direta da cláusula geral do dever de restituir, o que repercute, por exemplo, na usual compreensão de uma suposta subsidiariedade da fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa, em nítida demonstração da confusão entre o instituto (fonte autônoma de obrigações) e a sua respectiva cláusula geral (essa, sim, subsidiária nos termos do art. 886 do Código Civil).

Tal cenário de confusão conceitual e tratamento assistemático das obrigações restitutórias prejudica, por evidente, a determinação do regime jurídico a elas aplicável. Essas sequelas podem ser ilustradas pelo problema da definição do prazo prescricional. Com grande frequência, diante de uma hipótese de restituição disciplinada por norma específica, indaga-se: deve ser aplicado o prazo geral de dez anos (art. 205) ou o prazo trienal específico da “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” (art. 206, § 3º, inciso IV)? A verdadeira dúvida, porém, a confundir o julgador brasileiro ainda nos dias de hoje parece ser: devem ser vinculadas ao regime geral do enriquecimento sem causa as pretensões restitutórias que não decorram diretamente da cláusula geral do dever de restituir contida no art. 884 do Código Civil?

Uma vez mais, o reconhecimento da tripartição funcional das obrigações presta valioso auxílio. O fato de variadas obrigações guardarem em comum um mesmo perfil funcional aconselha, como já enunciado, a incidência de uma disciplina jurídica unitária. Não se trata de proclamar uma homogeneidade absoluta, mas tão somente um tratamento comum naquilo que disser respeito à função característica das obrigações do mesmo grupo. Reconhece-se ao legislador, de qualquer modo, a prerrogativa de estabelecer diferenciações entre obrigações de um mesmo perfil funcional, o que se verifica, por exemplo, na previsão de prazos prescricionais distintos para variadas pretensões de perfil funcional executório (vejam-se, por exemplo, no art. 206, o inciso I do § 1º, os incisos I a III do § 3º e os incisos I e II do § 5º). Não é, porém, a existência ou não de escolhas legislativas próprias para certas *fattispecie* de obrigações que irá determinar se elas se originam de uma mesma fonte – mas sim a função por elas desempenhada.

Assim, a eventual omissão (deliberada ou casual) do legislador na previsão de prazos prescricionais distintos para pretensões de idêntico perfil funcional não deve acarretar a incidência do prazo prescricional geral para as pretensões não expressamente reguladas, caso possam elas ser englobadas por uma previsão genérica que sintetize o perfil funcional em questão. Justifica-se, à luz dessas considerações, a interpretação da noção de “ressarcimento de enriquecimento sem causa” (conforme a redação conferida ao art. 206, § 3º, IV, do Código Civil) de modo a traduzir o

72 Ao propósito, v. Silva, 2018a, item 1.2.

inteiro perfil funcional restitutivo. Desse modo, parece adequado concluir pela incidência do prazo prescricional trienal para a generalidade das pretensões restitutórias, decorrentes ou não da cláusula geral do dever de restituir contida no art. 884, desde que não se lhes tenha atribuído prazo específico – tal como sucede, nos exemplos já mencionados, com algumas específicas pretensões de perfil executório.

Como se buscou demonstrar, diante da ausência de escolha expressa do legislador por um prazo prescricional específico para certa hipótese de pretensão restitutória, a solução deve necessariamente ser buscada na previsão destinada a reger a generalidade de hipóteses compreendidas pelo instituto da vedação ao enriquecimento sem causa. Com efeito, independentemente de a específica hipótese de pretensão restitutória remontar de modo direto ao art. 884 do Código Civil, será possível (*rectius*: necessário) submetê-la ao tratamento unitário dispensado às pretensões que tenham em comum o perfil funcional restitutivo. O aludido art. 884 consiste, nesse contexto, em cláusula geral do dever de restituição do enriquecimento sem causa, em convivência harmoniosa com as previsões específicas do dever de restituição nas mais variadas matérias – como sucede precisamente no caso do pagamento indevido. A identificação do perfil funcional comum a todas essas obrigações (a saber, o restitutivo) conduz, como visto, à compreensão do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil como prazo prescricional aplicável a todas as hipóteses de pretensões restitutórias (remontem elas ou não à cláusula geral do art. 884), ressalvadas aquelas para as quais o legislador, excepcionalmente, haja estabelecido prazo prescricional específico.

Nesse sentido, do ponto de vista funcional, nenhuma distinção há de ser traçada entre o dever de restituir oriundo da declaração de nulidade (total ou parcial) de um negócio jurídico e aquele ensejado pela resolução contratual decorrente do inadimplemento. Em ambos os casos, a restituição de prestações realizadas pelas partes, uma à outra, em cumprimento ao acordo (quando, evidentemente, concluir o julgador que há algo a restituir), deverá ser considerada uma manifestação da fonte obrigacional associada à vedação ao enriquecimento sem causa. Conseqüentemente, o prazo prescricional aplicável em ambos os casos não pode ser outro senão aquele especificamente previsto para as pretensões restitutórias em geral: o prazo trienal de que trata o art. 206, §3º, IV, do Código Civil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALPA, Guido. **Corso di diritto contrattuale**. Padova: CEDAM, 2006.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

ARGIROFFI, Carlo. **Caducazione del contratto ad effetti reali**. Napoli: ESI, 1984.

BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1964. v. II.

- BELFIORE, Angelo. Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie. *In*: SCRITTI in onore di Giuseppe Auletta. Milano: Giuffrè, 1988. v. 2.
- BENABENT, Alain. **Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 2016.
- BENEDETTI, Enzo. L'arricchimento senza causa. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 4, p. 1.652-1.677, dez. 1959.
- BIANCA, Massimo. **Diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.
- BOUCARD, Hélène. le nouveau régime de l'inexécution contractuelle. *In*: SCHULZE, Reiner; WICKER, Guillaume; MÄSCH, Gerald; MAZEAUD, Denis (coord.). **La réforme du droit des obligations en France: 5^e Journées Franco-Allemandes**. Paris: Société de législation comparée, 2015.
- CARRESI, Franco. Il contratto. *In*: MENGONI, Luigi (coord.). **Trattato di diritto civile e commerciale**, Milano, 1997. v. 21, t. 2.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3-4.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Coimbra: Almedina, 2012. v. I.
- COSTA, Judith Martins-. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COSTA, Judith Martins; HAICAL, Gustavo. Direito restitutivo - Pagamento indevido e enriquecimento sem causa - Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido – Prescrição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 956, jun. 2015. Disponível em: http://dspace.xmlui/bitstream/item/19379/RTDoc%20%2015-7-14%2012_24%20%28PM%29.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 julho 2015.
- D'ADDA, Alessandro. Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, v. 46, n. 4, p. 529-571, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DONATELLI, Remo. Vecchie e nuove “categorie” comprese nel “genere” dell'arricchimento senza causa. **Giurisprudenza di Merito**, [s. l.], v. 1, p. 540-543, 1995.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis**. Campinas: Bookseller, 2005.
- FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2010. v. 2.
- GALLO, Paolo. Le restituzioni contrattuali. *In*: ADDIS, Fabio *et al.* **Studi in onore di Nicolò Lipari**. Milano: Giuffrè, 2008. t. 1.
- GAZZONI, Francesco. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 2015.

GENICON, Thomas. “Résolution” et “résiliation” dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats. **Semaine Juridique**, Paris, v. 38, 2015.

GIORGIANNI, Michaela. L’arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco: una regola e due sistemi a confronto. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. CIII, I, 2005.

GOMES, Júlio. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Coimbra: UCP, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. **RTDC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 3–25, abr./jun., 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 379.

LARROUMET, Christian; BROS, Sarah. **Traité de droit civil**. Paris: Economica, 2016. t. 3.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 2015.

MAZEAUD, Henri *et al.* **Leçons de droit civil**. Paris: Montchrestien, 1985. v. 1, t. 2.

MICHELON JR., Cláudio. **Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 385-402, jul./set. 2011.

MOSCATI, Enrico. **Studi sull’indebito e sull’arricchimento senza causa**. Padova: CEDAM, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARDOLESI, Paolo. Rimedi che non rimediano e alternative risarcitorie: il disgorgement dei profitti da inadempimento. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Milano, v. 25, n. 3, set. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2020. v. 1.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1964. v. 2.
- ROPPO, Vincenzo. Rimedi – 2. *In*: ROPPO, Vincenzo. **Trattato del contratto**. Milano: Giuffrè, 2006. v. 5.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 15.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SICCHIERO, Gianluca. La risoluzione per inadempimento: artt. 1453-1459. *In*: BUSNELLI, Francesco D. (coord.). **Il Codice Civile**: commentario. Milano: Giuffrè, 2007.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusula geral de restituição do enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 103, p. 191-237, jan./fev. 2020.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas de não restituir *versus* cláusulas de não indenizar: perspectivas de delimitação dogmática a partir de uma análise funcional dos efeitos da resolução contratual. **Revista IBERC**, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 1-34, jan./abr. 2019a.
- SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa**: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018a.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Invalidez do negócio jurídico e obrigação de restituição. *In*: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (org.). **Teoria geral do direito civil**: questões controvertidas. Belo Horizonte: Fórum, 2018b. p. 253-281.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito: um diálogo necessário entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1-22, 2019b.
- SIMLER, Philippe. **Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations**. Paris: LexiNexis, 2016.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1-53, 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1-58, 2018.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017a.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-48, 2017b.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil, Constituição e unidade do sistema**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson; FRADERA, Vera. La rupture du contrat: rapport brésilien. **Le contrat**. Paris: Société de Législation Comparée, 2005.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil: les obligations**. Paris: Dalloz, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. **Il contratto: inadempimento e rimedi**. Milano: Giuffrè, 2010.

TRIMARCHI, Pietro. Sulla struttura e sulla funzione della responsabilità per arricchimento senza causa. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, v. 8, n. 3, p. 227-251, maio/jun. 1962.

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Uma aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa às hipóteses de extinção contratual: o prazo prescricional da pretensão restitutória. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 83-106, jul. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n2p83. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 02/11/2020

Aprovado em 03/07/2021

**A RESPONSABILIDADE DO GOOGLE ADS POR DANOS
ORIUNDOS DE CONTEÚDO GERADO POR SEUS ANUNCIANTES**

THE RESPONSIBILITY OF GOOGLE ADS FOR DAMAGES ARISING
FROM CONTENT GENERATED BY ITS ADVERTISERS

Rodolfo Ignácio Aliceda*
Tarcisio Teixeira**

Como citar: ALICEDA, Rodolfo Ignácio; TEIXEIRA, Tarcisio. A responsabilidade do google ads por danos oriundos de conteúdo gerado por seus anunciantes. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 107-130, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p107. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A pesquisa objetiva compreender qual o tipo de responsabilidade civil aplica-se ao provedor de aplicação Google Ads em situação de danos decorrentes de conteúdo gerado pelos seus anunciantes em seu serviço de links patrocinados. Analisou-se as características da internet, os danos e possibilidade de regulação do espaço virtual, levando-se em conta a técnica do local, a responsabilidade civil em seu conceito e função, juntamente com seus tipos objetivo e subjetivo, focando no tipo previsto no artigo 19 da Lei nº 12.965/14 -Marco civil da Internet. Referido artigo de lei leva em consideração os aspectos técnicos e legais da internet, não aplicando a responsabilidade objetiva, tanto pelo risco quanto pela vontade do legislador, aos provedores de aplicação, que devem presar pela liberdade de informação e vedação à censura. O resultado é a compreensão de que o Google Ads possui responsabilidade subjetiva por danos que o conteúdo dos links dos anunciantes venha a causar, configurando-se quando o provedor se omite em cumprir com a ordem judicial de retirada do conteúdo e/ou outras obrigações impostas pelo Judiciário, após devidamente notificado, mantendo-se inerte. Utilizou-se da fonte bibliográfica de pesquisa, doutrinária, legal e jurisprudencial, na forma dissertativa, aplicando a metodologia da dedução.

Palavras-chave: responsabilidade civil; provedores de aplicação; internet; links patrocinados; google ads.

Abstract: This research examines which type of civil liability applies to the application provider Google Ads in situations of damage arising from content generated by its advertisers in its sponsored links service. The characteristics of the Internet, the

*Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL) E-mail: rodolfo_aliceda@hotmail.com

**Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) Professor Adjunto de Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina (UEL) E-mail: tarcisio@tarcisio.com.br

damages and the possibility of regulation of the virtual space were analyzed, taking into account the technique of the site, civil liability in its concept and function, along with its objective and subjective types, focusing on the type provided in Article 19 of Law No. 12,965/14 -Civil Framework of the Internet. This article of law takes into consideration the technical and legal aspects of the Internet, not applying objective liability, both for risk and for the legislator's will, to application providers, which must preside over freedom of information and the prohibition of censorship. The result is the understanding that Google Ads has subjective liability for damages that the content of the advertisers' links may cause, which occurs when the provider fails to comply with a court order to remove the content and/or other obligations imposed by the Judiciary, after being duly notified, and remains inert. Bibliographic review and jurisprudential research were applied by using deductive reasoning.

Keywords: civil responsibility; application providers; internet; sponsored links; google ads.

INTRODUÇÃO

O negócio jurídico realizado na internet é uma prática que tem aumentado na medida em que as tecnologias de comunicação que usam da rede vão alcançando novas camadas sociais, pois é por meios delas que muitos indivíduos podem ter acesso à produtos e serviços que não teriam de maneira física, aumentando sua possibilidade de consumo, permitindo, por via de consequência, que empresas alcancem novos usuários/consumidores.

Com mais pessoas acessando a web, maior a possibilidade de que vendedores encontrem consumidores interessados em seus produtos e serviços, valorizando pequenas e médias empresas que podem ter convergência¹ entre publicidade e vendas. Para tal fim, o mercado criou os links patrocinados, diante do fato de ser comum o uso de buscador para encontrar conteúdo na rede, sendo o link de patrocínio a forma paga (pelos anunciantes) de apresentação de conteúdo de propaganda, que se vinculam ao resultado da pesquisa realizada no buscador ou rede social, expondo o link do anunciante em destaque no terminal de acesso, facilitando o resultado positivo do anúncio, fomentando o comércio eletrônico pela publicidade.

A ferramenta dominante é a do provedor Google, denominado de Google Ads. É a plataforma que será analisada no estudo, no objetivo de compreender o tipo de responsabilidade civil que pode ser aplicado a ele em caso de danos ocasionados pelo conteúdo dos anúncios pagos. A internet, que é o espaço em que se encontra o Ads, tem qualidades que facilitam a prática de dano, tanto de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial, a depender do direito ou interesse juridicamente tutelado que venha a sofrer lesão pelo conteúdo dos anúncios. Ante toda a situação, é importante que o operador do direito tenha um norte sobre a legislação que pode ser aplicada ao caso, especialmente quanto ao tipo de responsabilidade que incide ao provedor, restando importante para o direito a análise da situação, para que haja uma melhor compreensão sobre o tema e aplicação de uma responsabilização que tenha respeito com a própria técnica virtual e com os valores jurídicos.

Para alcançar a finalidade utilizou-se a forma dissertativa e o método de pesquisa dedutivo, por meio da fonte bibliográfica doutrinária, de legislação e jurisprudência para, com base no resultado, em que se analisa os pontos gerais que permeiam a temática para aplicar ao modo específico de funcionamento do Google Ads e, pela lógica, ser possível a resolução do problema. Especificamente, analisa-se os pontos gerais da sociedade informatizada, os aspectos da internet que facilitam a existência de danos, a responsabilidade civil e seus tipos subjetivos e objetivos e a Lei nº 12.965/14- Marco Civil da Internet - que prevê o tipo subjetivo ao provedor em caso de danos causados por conteúdo de terceiros (BRASIL, 2014). De forma lógica, aplicando o resultado ao problema, demonstra-se o resultado que é importante ao estudo da Responsabilidade Civil, Direito Negocial, Direito Digital e Direito Empresarial.

¹ Ao utilizar a palavra convergência infere-se sobre o contexto cooperativo das múltiplas plataformas de mídia e de internet, e sobre o comportamento do internauta que procura experiências variadas que se comunicam com outras, procurando entretenimento, compra, notícias, relacionamento, opinião e outras possibilidades com o uso da tecnologia, estando a palavra em um contexto amplo e cultural além do significado próprio do verbo, abarcando, conjuntamente, o sentimento e experiência que as mídias causam no consumidor no ambiente virtual.

1 INTERNET, DANOS E REGULAMENTAÇÃO

A sociedade está informatizada com a introdução de novas tecnologias e sua expansão para diversas finalidades, tornando necessária a atenção do direito para os efeitos de seu uso, em especial a atenção para o aumento da possibilidade de que danos ocorram em seu ambiente, diante da qualidade própria da técnica virtual que apresenta diferenciação do meio físico.

A sociedade está em contato massivo com tecnologias que proporcionam acesso à rede mundial de computadores, que pode ser definida, segundo Castells (2003, p. 6-8), como um meio de comunicação de escala global, com lógica, linguagem e limites ainda não estabelecidos e que teve a força de modificar a estrutura da economia e da sociedade, auxiliando o surgimento de redes, entendidas como interconexões entre instituições e sujeitos. Do mesmo modo que a energia elétrica teve sua importância e papel para a economia industrial, a internet é a energia que movimenta a atual sociedade, pois é ela quem distribui a força da informação, que é importantíssima para o coletivo.

O nível de interatividade está na possibilidade de a internet proporcionar diversos meios de troca de conteúdo entre seus usuários, que, por sua vez, tem efeitos no mundo concreto, tendo em vista que o conteúdo possui notícias, informações e dados que podem dizer à respeito sobre a personalidade, honra ou imagem do indivíduo, podendo causar lesão extrapatrimonial, ou ele pode prover notícias, informações e dados que causem prejuízos na esfera patrimonial, configurando o dano, que pode ser entendido como lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela, de ordem material e ordem moral, sendo o elemento central da responsabilidade civil (TERRA; GUEDES, 2020, p. 29-30). Em outro conceito, é a determinação jurídica dos efeitos de fatos humanos que produzem lesão a interesses alheios protegidos pelo direito, para que haja paz social. As ações ou omissões lesivas quebram o equilíbrio entre o mundo fático, o que onera fisicamente, moralmente ou pecuniariamente os sujeitos. Os lesados ficam imbuídos de poderes para defenderem os direitos violados em níveis diferentes, a depender da integridade patrimonial ou moral do sujeito (BITTAR, 2014, p. 14).

Ele encontra um “um novo mundo” com a massificação da tecnologia de comunicação e a internet, que aumentou as interações sociais e o ambiente em que o direito pode ser violado, devendo ter uma proteção legal para que haja equilíbrio e eficácia das situações e, para tanto, deve haver conhecimento sobre a técnica virtual. O progresso é um reflexo da técnica utilizada pelas sociedades, estando incluído a internet nesta noção. É por meio dela que a sociedade tem, como conteúdo, o fato de que vários meios (instrumento) e pessoas podem tratar e transmitir informação em tempo real, inclusive atribuindo valor econômico a elas. É a sociedade que se caracteriza por “[...] tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, as quais são utilizadas pela população no contexto social, econômico e político.” (CARVALHO, 2014, p. 2-11). Destaca-se toda a amplitude sobre as possibilidades de uso das tecnologias, abarcando, conseqüentemente, além dos resultados positivos, os resultados negativos, principalmente pelo mau uso.

A internet tem características próprias, pois trata-se de um espaço sem território físico, em que as situações ocorrem em um plano virtual, autônomo, que funciona sob suas próprias regras, formado por bits, em que todos seus aspectos são maleáveis, oriundos de uma arquitetura que define e modifica os códigos (LORENZETTI, 2004, p. 29-34). A desterritorialização carrega consigo a qualidade de não possuir uma autoridade central, sem hierarquias, com anonimato, sendo um local atemporal e transnacional. É aqui que há o primeiro ponto da análise, que é a de não possuir uma jurisdição certa, haja vista a falta de território e a falta de uma autoridade para sancionar o indivíduo que cause danos, sendo o aspecto territorial de suma importância para compreensão da diferença entre os danos na web e os ocorridos no mundo físico. O espaço é um dos fatores que define a jurisdição e as leis que serão aplicadas ao caso. Na web é comum que um indivíduo localizado em um continente possa causar um dano a alguém que esteja em outro continente, tornando a aplicação do direito discutível à luz das jurisdições, posto a incerteza do local onde o ato ocorreu, o que influi no dano. O direito pode existir em um país e em outro não, como, por exemplo, a liberdade de expressão e livre disponibilização de conteúdo da rede, positivado como fundamento e princípio pela Lei nº 12.965/14 – Marco Civil da Internet-, em seus artigos 2º e artigo 3º, inciso I (BRASIL, 2014). Em outro país de viés mais fechado, como na Coreia do Norte, não há a mesma liberdade ao uso da tecnologia para que se compartilhe notícias e conteúdo, havendo danos ao brasileiro que é cerceado em sua liberdade de expressão na rede, enquanto em outro local pode não existir a lesão, pois o direito não prevê o direito, nem o interesse mediante fundamentos e princípios (PINTO, 2018).

Em continuidade, há de ressaltar o aspecto temporal. Não há dia ou noite, existindo uma rapidez que distorce qualquer distância existente no espaço físico, diante do fato de ser diverso do ordinário, podendo expandir a incidência de um ato danoso pela eternidade, posto a rapidez como o conteúdo se propaga e do alcance infinito do espaço. Além, o tempo é importante no contexto da responsabilidade, nonexo causal. Como terceiro aspecto há a incerteza do sujeito virtual, que pode ser de difícil individualização, havendo um anonimato perigoso que o indetermina. É pela existência do anonimato que muitos danos são ocasionados na rede, onde o causador tenta se aproveitar da circunstância para lesar outrem, sem que seja identificado facilmente (LORENZETTI, 2004, p. 43-48). No caso de lesões à interesses protegidos pelo direito, a incerteza do causador do dano dificulta que haja efetiva reparação sobre os resultados de seu ato, podendo causando injustiças caso a lei não se adeque a esta qualidade.

Por todas as referidas características (lugar, tempo e sujeito), nota-se que o direito, para atribuir a devida atenção à situação, deve conhecer os elementos. Dá-se maior destaque ao sujeito que, no âmbito das relações comerciais na web, principalmente de consumo, é mais aparente. Marques (2004, p. 52-55) escreve que os riscos para negócios consumeristas na web pode abarcar desde a dificuldade do consumidor em experimentar o produto, da possibilidade de não receber aquilo que foi negociado, da perda do valor que foi pago, da vulnerabilidade a manipulações e exposição a falsas ofertas, até chegar no risco de que dados sensíveis sejam utilizados para violar a privacidade e intimidade dos internautas, sendo todos os riscos descritos vinculados à dificuldade

que se tem de saber se o sujeito que ofertou os produtos é o que apresenta ser. Não bastasse, há de se ressaltar a insegurança. Martins (2008, p. 181-208) escreve sobre a possibilidade de invasão de crackers em sites, que podem, com a invasão, tirar proveitos ou arditosamente prejudicar alguém com as informações obtidas, sem que se saiba exatamente o sujeito que está invadindo. Também há códigos maliciosos, como “vírus”, cavalo de tróia, worms, spywares, keyloggers, bots e rootkits, que todos têm a possibilidade de causar danos ao usuário para obtenção de favorecimento ilegal, mediante artifício.

Em contrapartida, embora haja a insegurança, juntamente com todos os aspectos já destacados (local, tempo e sujeito), não é só do ilícito que há o dano. O dano pode ocorrer em atitudes lícitas, como ressaltava Moraes (2003, p. 179) referindo que o dano injusto ocorre “[...] quando, ainda que decorrente da conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderando os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida [...].” Assim, da liberdade de expressão, da livre iniciativa na web, da vigilância legal, dentre outras situações lícitas que não são possíveis de serem enumeradas, quando ultrapassam seus limites causam danos.

O que se conclui do ponto, é que pelas qualidades da internet existe dificuldade de se aplicar o direito por simples analogia, tornando necessário para ter maior eficácia na situação que haja a elaboração de normas que respeitem a técnica informática, que conheçam da estrutura do meio virtual e sejam pensadas no contexto total da rede. Não só o direito deve regular as situações para que se tenha eficácia à proteção no ciberespaço, mas deve conviver em conjunto com normas sociais, econômicas e com a própria técnica virtual, pelo uso de arquiteturas de controle, para que, com a junção destes quatro elementos, haja maior justiça, como defende Lessing (2006, p. 122-123). Por sua vez, Rodotà (2008, p. 181-195) entende que a tecnologia deve ser regulamentada para que se respeite as garantias constitucionais e direitos fundamentais, com perigo de haver um retrocesso cultural, em caso de ignorar os valores do direito e humanos.

É neste caminho que leis devem compreender a técnica específica da situação que buscam regular, inclusive pensando não só na norma jurídica, mas na moral coletiva, da arquitetura do local e das regras econômicas e, como norte, os valores primordiais do direito. Deixar a internet sem leis é um erro, pois as garantias constitucionais devem ser preservadas, haja vista a web ser um espaço constitucional que não se resume a práticas comerciais. Por essa razão, devem ser elaboradas leis que estejam em comunhão com as proteções humanas e valores do direito para o aplicar ao ciberespaço, juntamente com as características da rede, provendo segurança e justiça. A lei deve prever garantias e conhecer da técnica.

Ainda, há de referir sobre os atores responsáveis pela manutenção do sistema e pela realização dos serviços “online”, que são os provedores, que podem dividir-se *backnone*, de acesso, correio eletrônico, hospedagem, conteúdo e informação, além de outros (LEONARDI, 2019, p. 11). Os provedores de conteúdo, por exemplo, pela imensidão de serviços e pelo aumento de possibilidade de compartilhamento, vão tomando posições distintas, por vezes eles vão assumindo papel de editores e limitadores do que pode ser compartilhado na rede e, por outras,

transmitem as mensagens sem conhecimento do conteúdo (PAESANI, 2013, p. 66). Todas as possibilidades que a rede mundial de computadores proporciona só é possível pela existência deles, havendo diferenciação de responsabilidade conforme o tipo de provedor, pois, cada um tem uma estrutura de funcionamento diferente do outro e com importâncias morais, mercadológicas, legais e de arquitetura que merecem ser conhecidas para que se legisle sobre, estando o tipo de responsabilidade neste todo, posto que os danos no espaço virtual são mais propensos a não serem reparados pela dificuldade da técnica e, ao observar a natureza do provedor e seu papel na situação, pode-se alcançar eficácia para a reparação, sem causar injustiças a algum dos polos.

Assim, diante desta breve análise entre internet e danos, o presente estudo focará em entender sobre a responsabilidade civil e seus tipos subjetivo e objetivo, buscando compreender qual deles adequa-se melhor para danos causados por serviços de provedores de aplicação por conteúdo de terceiros, qual respeita a técnica virtual atrelada ao caso.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

A responsabilidade civil é o meio pelo qual o direito empreende equilibrar as relações em que tenha ocorrido danos, subordinando o agente causador às consequências de seu ato, na finalidade de alcançar a paz social e prover meios de ressarcimento ao direito ou interesse lesado do indivíduo. Seu conceito origina-se do verbo *respondere*, que significaria a obrigação que alguém tem para sofrer as consequências jurídicas de sua atividade. A palavra também remonta ao entendimento de *spondeo*, que seria uma espécie de fórmula que possuía o Direito Romano para vincular a pessoa que assumiu um contrato verbal com a sua referida dívida (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 45-47).

O âmbito jurídico possui dois tipos de responsabilidade, o criminal e o civil. Essa pressupõe um dano privado, proibindo o indivíduo de punir alguém que lhe cause um dano, cabendo à sociedade democrática de direito julgar em um tribunal constituído, se aquele determinado caso é cabível uma indenização pelo dano sofrido (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1977, p. 6-7). “A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior [...]; a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado, sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação” (DIAS, 1997, p. 7-9).

Há variações doutrinárias quanto as compreensões da responsabilidade civil. Para Dias (1997, p. 15-16) seria o ônus imposto como forma de obrigação ao autor do dano, de sofrer as consequências de seu ato. É a imputação da prática danosa ao autor, para que repare o que causou. Em outra posição, Mazeaud, Mazeaud e Tunc (1977, p. 3) compreende ser o dever de reparar um prejuízo atribuído a uma pessoa que esteve em um conflito. Savatier (1945, p. 81-90) compreende ser o efeito das consequências de uma atividade em que houve abuso da liberdade do indivíduo, sendo a responsabilidade civil uma expansão da própria liberdade humana, como resposta pelo seu excesso. Já, para Cavalieri Filho (2018, p. 13), trata-se de um dever de reparar o prejuízo causado por alguém que descumpriu com seu dever originário de conduta social imposta pelo

ordenamento jurídico. É uma sucessão de deveres. A responsabilidade nasce da violação de uma obrigação original, uma violação a um dever jurídico primário. Há um dever jurídico preexistente que foi violado, nascendo a responsabilização do agente violador em recompor os danos causados. Enquanto, para Rosenvald (2016, p. 32), o objeto possui função além da reparatória, sendo uma obrigação de prevenção, de cuidados para com o outro, de agir de maneira a prevenir possíveis danos. Seria a obrigação de prevenção à prática de ilícitos previstos no ordenamento jurídico, incluído normas, leis e princípios. Ela sai do ideal moral de conduta para focar no homem e seu valor coletivo/social.

Nota-se, pelo apresentado, que há uma divergência desde o que é o objeto, se um dever, ônus ou obrigação, como sobre o que seria a função da responsabilidade, se seria apenas um dever de reparar ou se **há** uma obrigação preventiva e/ou punitiva atrelada. Sobre o que é, há de concordar com a compreensão de ser uma obrigação de reparar oriunda do descumprimento de uma conduta imposta pela lei, sendo uma conduta que ofenda diretamente um direito ou mesmo que ofenda o interesse tutelado. O artigo 927 do Código Civil é direto em referir que se trata de uma obrigação de reparar nascida de um dano. Sobre a função, o mesmo artigo de lei menciona que compreende a **reparação ao** dano causado por ato ilícito. Em convergência com a lei, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e a solidariedade social como um princípio (artigo 3º, inciso I), denotando a visão de que a responsabilidade é um fator de restituir prejuízos em prol do humano e da solidariedade, com a função de reparação **à vítima** (TERRA; GUEDES, 2020, p. 2). Acrescenta-se o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante indenização em face de danos materiais e morais.

Há foco na reparação, onde a punição não parece acompanhar a função da responsabilidade. Como menciona Moraes (2003, p. 263), a responsabilidade civil é para reparar prejuízos oriundos do dano indenizável, havendo uma exceção em reconhecer seu caráter punitivo apenas para o fim de servir de exemplo para uma resposta à sociedade, quando houver uma conduta específica que cause relevância coletiva, ou quando o ato tem um potencial de atingir muitas pessoas.

Estabelecido o conceito e a função, é importante demonstrar a evolução que teve em seus elementos, na busca de ressarcir a vítima, onde o dano, o nexo de causalidade e a culpa foram moldados, principalmente o último elemento, que foi substituída pelo reconhecimento do risco em vários casos específicos.

2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Há variação quanto aos tipos de responsabilidade, o que irá modificar os elementos para que ela exista, iniciando-se a análise pelo tipo subjetivo que tem na culpa seu elemento primário, em que se analisa a subjetividade do sujeito que agiu em ato ou omissão perante alguma situação.

Como elemento que leva em consideração o psicológico do agente, apresenta-se a culpa como um grande fator de evolução da sociedade antiga, que tinha o objetivismo de imputar o dano a alguém, em um viés vingativo, sem levar em considerações aspectos pessoais, psicológicos do

indivíduo. O Direito Romano, por meio da *Lex Aquilia*, incorporou (de maneira bem sucinta, já saindo da ideia de vingança) o conceito à **responsabilidade extracontratual**, avaliando se em situações privadas houve uma ação contrária a lei, materializada, quase como uma causalidade objetiva. Mas foi no Código de Napoleão em que ela foi alocada como fundamento normativo da responsabilidade, compreendido como uma avaliação subjetiva da conduta do agente, surgindo seu conceito clássico em que ela é elemento para que exista o dever de ressarcir. Neste tipo só responde o autor do dano quando preencher as condições para que haja imputação, que são: a existência do dano, a culpa e o nexo de causalidade entre o fato culposo e o dano. A culpa é, neste tipo, elemento primário do objeto (SILVA, 1962, p. 37-44).

O **Código Civil brasileiro aderiu a noção de culpa** no artigo 186, que estabelece que comete ato ilícito quem, por ação ou omissão, age com negligência, imprudência ou imperícia, violando direito e causando danos a outrem. A culpa demonstra, no contexto legal, um juízo moral de censura ao comportamento do agente, impondo uma obrigação de indenizar (TERRA; GUEDES, 2020, p. 103-105). Em análise, percebe-se que a responsabilidade subjetiva **é a que leva em consideração** o elemento subjetivo do ato ou omissão, avaliando a postura tomada pelo indivíduo, sendo ela indispensável para a responsabilização do agente, juntamente com o nexo de causalidade e o dano, pautado no contido do artigo 186 do Código Civil. Para aferi-la, deve ser avaliado se a situação trata de uma conduta humana voluntária, exteriorizada através de uma ação ou omissão e que produz consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 43). A partir daí, deve haver três bases para que exista. A primeira é a voluntariedade do comportamento do agente, onde a atuação deve ser direcionada ao resultado, ou assumindo o risco. A segunda é a previsibilidade do prejuízo que o ato ou omissão possa causar e, a terceira, é a violação a um dever de cuidado (STOLZE; GAGLIANO, 2012, p.176).

Por ser um elemento que tem a atuação livre do sujeito como parâmetro, há nítida visão liberal em seu conceito, oriundo da Revolução Francesa, em que se pune quem faz mau uso da liberdade individual, o que justificaria a oportunidade de os particulares atuarem até o limite de sua autonomia privada (SCHREIBER, 2012, p. 12). Para avaliar a culpa, Savatier (1945, p. 93-101) afirma que o direito francês divide em dois pontos: o primeiro é o dever violado e o segundo é a imputabilidade dessa violação a um agente livre que deveria cumprir com o dever. Sobre o primeiro há uma avaliação do conteúdo, sendo um ato objetivo, pois só há falha se houver contrariedade ao direito, podendo ser uma falha contratual ou uma falha “quase delitual”, que são derivadas da lei. Porém, não só obrigações legais configurariam o conteúdo, pois os deveres morais também fazem parte desta avaliação, apresentando como exemplo, dentre outros, o dever de não mentir e o de não causar mal ao próximo, que uma vez violados, tipificariam no conteúdo da culpa. O segundo ponto é a avaliação moral do ato do indivíduo. Uma vez que usufrui de sua liberdade e decide agir de forma injusta ou imprudente a ponto de ultrapassar as condições que se poderiam permitir, sem tomar as precauções devidas, havendo, como via de consequência, o resultado danoso que deverá ser imputado a ele.

Entretanto, a evolução no reconhecimento da culpa como integrante da responsabilidade

causou dificuldades ao julgador e às vítimas. A vulnerabilidade do lesado perante as novas tecnologias, além de outros fatores, tornava impossível comprová-la, tornando-se quase que uma “prova diabólica”. Ressalta Cavalieri Filho (2003, p. 49) que “**a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que confortar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo**”. É por este motivo que a culpa, juntamente com a prova do nexu causal, já foi chamada de filtro da responsabilidade civil, pois, sem a prova de que o agente agiu com culpa, não haveria sua responsabilização (SCHREIBER, 2012, p. 17-18).

Com o tempo, as decisões judiciais e a doutrina reconheceram que a culpa deveria ser objetivada novamente, levando-se em conta padrões de comportamento estipulados pela lei, tendo como parâmetro o “homem médio”, o que se denominou de culpa normativa. Há a saída da investigação da vontade do agente para observar se o seu comportamento é condizente com o que prevê a norma, se está adequada ao *standard* estabelecido pela lei, levando-se em consideração como agiria um homem mediano naquela mesma situação. “[...] a aferição da culpa é realizada por meio da comparação entre o arquétipo de conduta esperado diante da específica situação delineada, e o comportamento efetivamente adotado pelo agente.” (TERRA; GUEDES, 2020, p. 106).

A concepção normativa baseia-se na ideia de erro na conduta, pois, quando não há uma norma específica, há um dever jurídico de conduta proveniente do dever geral de não lesar ninguém. “**É um desvio de modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média [...]**.” Trata-se de uma forma de aferição do grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, se corresponde ou não ao *standard* objetivo de adequação. A culpa, neste tipo, continua a ter papel fundamental, porém, sua aferição se torna mais objetivada aos padrões de conduta. “Através da nova concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta [...] presentes no contrato humano, de modo que os parâmetros, entre tipos, serão variáveis [...].” Este padrão faz mensurar a culpa em três graus, leve (violação a diligências razoáveis, normais, de conduta), grave (quando há violação da diligência mínima) e a culpa levíssima, que estaria em desuso (MORAES, 2003, p. 211-216).

Os modelos “estandardizados” fizeram com que a prova fosse realizada, agora, pelo agente causador do dano, que deverá provar que agiu conforme estipulado pela lei, sob pena de responsabilizar-se pelo resultado. É a presunção de culpa como uma solução para as injustiças de casos em que a vítima não conseguia demonstrar a culpabilidade do agente. Com isso, a noção foi se afastando da moral, pois não se analisa mais se o sujeito agiu em conduta reprovável, mas se agiu contrário ao comportamento médio previsto na norma.

Ocorre que, mesmo a culpa normativa não foi capaz de prover a devida reparação para situações em que **há dano indenizável**, principalmente em situações em que o risco depreende maior vulnerabilidade da vítima perante o agente, além de o tipo normativo **não observar as vantagens** auferidas pelos sujeitos que praticam determinadas atividades de risco. Os civilistas voltaram-se, assim, para a boa-fé objetiva, oriunda do direito contratual, para buscar no comportamento leal, *probo*, respostas para a situação em que a parte menos vulnerável deve cooperar para que a outra

não se lesione na relação, sendo fonte criadora de deveres jurídicos, concluindo que a culpa resulta em apenas um dos possíveis critérios de imputação da responsabilidade, sem deixar de existir utilidade para outros padrões que não possuem ela como núcleo (SCHREIBER, 2012, p. 48).

Vê-se que pode haver responsabilização sem que haja o elemento culpa, surgindo seu tipo objetivo pela lei ou pelo risco. O direito brasileiro mantém o elemento culpa como essencial à responsabilidade civil, como expresso no artigo 186 do Código Civil. Todavia, mas há situações em que **não é necessário haver** esse elemento para que haja a responsabilização, o que pode ter importância quando se trata de danos oriundos de novas tecnologias, como se verá à frente.

2.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Evoluindo o sistema de culpa normativa, notou-se que ainda havia situações de risco que demandam maior vulnerabilidade da vítima e, desta forma, o sistema de responsabilidade evoluiu a ponto de retirar a culpa como elemento, objetivando-a, sendo este o tipo que para existir necessita apenas do ato/omissão do agente, dano e nexos de causalidade entre eles. Destaca-se que com a introdução de novas atividades que surgiram com implementação de tecnologias e industrialização, no século XIX, o legislador e a doutrina notaram que algumas lesões não nascem apenas de atos ilícitos, mas também de atos lícitos. A doutrina foi paulatinamente voltando-se para a construção de situações empresariais ou econômicas que causavam riscos ao sujeito e, por este motivo, caberiam a quem cria o risco arcar com os resultados, sejam eles bom ou danoso.

O ideal libertário irradiado pela Revolução Francesa e reconhecido no Código de Napoleão, onde estava prevista a culpa, provinha do fundamento do direito em apenas duas fontes, sendo a vontade expressa da lei e a vontade individual, sem comunicação entre elas. Entretanto, vencidos os tempos em que se defendia a liberdade sem igualdade e solidariedade, reconhece-se o homem como integrante do coletivo, do social, em que se devem ter leis e resultados normativos que proporcionem uma melhora coletiva, inclusive nos direitos tidos como individuais. **É neste sentido de busca por um valor social**, que a responsabilidade objetiva foi evoluindo, saindo do pensamento individual da culpa para ter como norte a equidade e a solidariedade, na ânsia de alcançar os interesses sociais e não apenas os interesses simples e particulares vinculados à autonomia privada (SILVA, 1945, p. 240-259).

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 927, parágrafo único, estabeleceu a cláusula geral de riscos e, conjuntamente, tipificou que há situações em que a responsabilidade independe de culpa, por vontade do legislador. Nota-se que o legislativo optou por objetivar situações de risco, reconhecendo que há desequilíbrio entre as partes e potencial lesivo nessas situações, além de que há a necessidade de que assegure reparação à vítima, independente se há risco ou não (TERRA; GUEDES, 2020, p. 113-114).

Sobre a atividade de risco, a **não taxatividade do que seria gera dificuldade jurisprudencial e doutrinária em sua definição**, mas, segundo Schreiber (2012, p. 22-25), o legislador pretendia se referir a atividades que efetivamente carregam consigo um padrão de risco mais elevado do que perigos comuns. A teoria do risco tem como escopo impor responsabilização

com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviço, reconhecendo que a cláusula se aplica apenas nas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano. Quem age na atividade deve arcar com toda a situação, “Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 225). Porém, a teoria não se funda apenas pelo exercício de uma atividade perigosa como defende a teoria do risco criado, que leva em consideração a intensidade do risco criada pela atividade do agente, considerando algumas atividades mais perigosas do que outras, não levando-se em conta o proveito econômico, que dificulta à vítima demonstrar que a outra parte ganhou algo com aquilo, focando em objetivar as atividades de risco quando se converte em dano de gravidade relevante (TERRA; GUEDES, 2020, p. 116-117). Já, o risco proveito, seria toda atividade que, com regularidade, seja potencialmente nociva ou danosa ao direito de terceiros e que, em troca, tenha o indivíduo auferido algum proveito de natureza econômica (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 189).

Entendida a objetivação pelo risco e a divergência alguns de seus conceitos, deve-se ponderar sobre a vontade do legislador em estabelecer responsabilidade sem culpa, que é a outra possibilidade prevista pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Antes da reforma da lei, já havia leis especiais que previam a responsabilidade sem culpa. O **Código, por sua vez, rompeu** com a orientação do anterior e consagrou essa hipótese, assim, quando o legislador opta por tornar uma situação objetivada, independente do risco, ele mantém o que as legislações especiais já vinham realizando, caminhando na mão da necessidade de reconhecer que em determinadas situações deve ter maior responsabilidade para um dos lados (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 187-188). Há várias objetivações de responsabilidade pela vontade do legislador, como destaca Gonçalves (2016, p. 50), como os artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, dentre outros, dando ênfase no artigo 933, em que pais, donos de hotel, curadores, empregadores, respondem independente de culpa pelos danos causados pelas pessoas das quais tem o dever de cuidados, ressaltando que não há risco nestas situações, apenas vontade do legislador.

Ao entender que a responsabilidade objetiva deriva do risco e da lei, há a necessidade de conceituá-la. Schreiber (2012, p. 29-30) define que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa, mas pelo resultado, distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas. Cavalieri Filho (2018, p. 229) entende que “Em suma, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa”. Posto toda a análise deste tipo de responsabilidade e sua evolução, há ressaltar que algumas situações jurídicas dependem de conhecimento do que se busca regular para saber qual o tipo de responsabilidade aplicar, como ocorreu com o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, que é legislação específica sobre situações que ocorrem na rede e prevê tipo específico para provedores de aplicação em caso de danos oriundos de conteúdo gerado por terceiros.

2.3 MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/14) E RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO POR CONTEÚDO DE TERCEIROS

A responsabilização dos provedores de aplicação por publicações de conteúdo disponibilizado por terceiros, antes da Lei nº 12.965/14, era controverso e fundamentado por diferentes situações. Aliás, é a referida lei quem explica o conceito legal do que são os provedores de aplicação, no artigo 5º, inciso VII, que é “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, sendo este o tipo de tipifica o provedor que promove conteúdo através de serviços de pesquisa e de publicidade, pois são as diversas funcionalidades desenvolvidas no mundo virtual cotidianamente, conectadas à internet, sendo uma “categoria” de provedor de conteúdo (LIMA, 2015, p. 156).

Antes da lei, a doutrina e jurisprudência responsabilizavam os provedores utilizando a cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, considerando como de risco a atividade deles. Quando não, fundamentavam pelo ganho econômico auferido, utilizando da teoria do risco proveito. Em outras situações, tipificavam-no como fornecedor de serviço, à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo a responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo fato e vícios de seu serviço (TERRA; GUEDES, 2020, p. 77-79).

Todos os fundamentos não eram de todo convergentes com a técnica da internet e com o próprio funcionamento dos provedores. Eles **não agem** em atividade de risco ou alta periculosidade. Como já se analisou, atividade de risco é aquela que promove alta possibilidade de dano e prover espaço para conteúdo não se encaixa nessa “alta possibilidade”. Devido ao grande fluxo de dados e interações, eles não são capazes de exercer controle sobre o que é postado em suas funcionalidades e nem seria condizente com a sistemática da internet obriga que fizessem, Estabelecer a objetividade nestes casos, pelo risco ou pela vontade do legislador, seria o mesmo que obrigar os atores² da internet a controlar e fiscalizar os dados, o que é oposto à liberdade de expressão que funda o espaço virtual, pois promove censura diante do juízo que será feito pelo provedor de o conteúdo do internauta ser ou não danoso. Rememora-se que as empresas que atuam na internet não são órgãos democraticamente responsáveis por julgar se algum conteúdo causou danos, papel do Judiciário. Se a doutrina brasileira aderisse à teoria objetiva, poderia ocasionar um retrocesso econômico sobre a área de provedores de aplicação, que historicamente foram construídos como local de livre debate de ideias, em que se fomentam a função social e valorização do trabalho, acesso às informações, interação e mobilização social, além de crescimento econômico que as plataformas promoveram com a inserção de pequenos e médios produtores que utilizam de seus serviços para venderem e gerarem riquezas, promovendo, inclusive, a inovação de empresas nacionais (LEONARDI, 2019, p. 77-80).

Em evolução, ainda antes da legislação específica, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os provedores não responderiam objetivamente pela divulgação de conteúdo por terceiros, e que não têm obrigação de fazer controle prévio dessas postagens, mas a partir do

2 Atores é expressão genérica utilizada para descrever os sujeitos, instituições e empresas que são responsáveis em promover a estrutura e os serviços concretizados na internet, estando os provedores abarcados na nomenclatura.

momento que tiverem conhecimento inequívoco sobre algum ilícito, deveriam retirá-lo, juntamente à obrigação de o provedor manter um sistema mínimo e eficaz de identificação de seus usuários (TERRA; GUEDES, 2020, p. 78). Destaca-se a decisão da Ministra Nancy Andrighi no julgamento de Recurso Especial nº 1.186.616, julgado pela 3ª Turma do STJ, em que se estabeleceu a natureza da empresa Google, na aplicação do “Orkut”, concluindo ser provedor de conteúdo e reconhecendo que se aplica o C.D.C., pois mesmo o serviço sendo gratuito configura-se a relação de consumo (BRASIL, 2011). Porém, mesmo aplicando-se a lei consumerista, a atividade do provedor não é fiscalizatória, não configurando como defeituoso o serviço que não controla o que é postado pelos usuários. Também não haveria risco pela atividade, usando como fundamentado o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil, que aponta que o risco só existirá quando a atividade causar maior ônus a determinado grupo de pessoas ou membros da coletividade, não sendo o caso dos provedores de conteúdo.

Outros fundamentos, além do risco e da objetivação prevista na lei de consumo, estava a utilização de analogia para averiguar a responsabilidade civil extracontratual pela transmissão de informação na rede. Algumas doutrinas atribuíam a responsabilidade aos provedores pelo poder de edição que possuía em seu serviço, como uma espécie de jornal, ou meio informativo. Editando o conteúdo, haveria a responsabilidade solidária do provedor, juntamente com o autor do conteúdo. Quando não é editor, a responsabilidade do provedor iniciar-se-ia com o conhecimento do conteúdo danoso, oportunidade em que deveria removê-lo sob pena de ser responsável (RAMOS FILHO, 2005, p. 168-225).

Na contramão, surgiram os defensores pela isenção da responsabilidade, em contradição aos que pregavam a objetivação pelo risco ou pela lei. Lorenzetti (2004, p. 458- 460) apresenta os argumentos destes defensores, de que os provedores são meros intermediários do conteúdo e não seus autores diretos, não podendo ser responsabilizados pelo que o usuário faz com o serviço, utilizando, como exemplo, o serviço de telefonia, em que a empresa não se responsabiliza pela conversa dos usuários. A imposição de consequências drásticas ao provedor dificultaria que seu serviço fosse prestado, perdendo a sua natureza, além de que, como dito, o controle de conteúdo seria censura e lesão à liberdade de expressão, situações contrárias a existência e técnica da internet. **É o que já previa a legislação estadunidense.** A seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA),³ impõe a isenção de responsabilidade de provedores de serviços de internet por material ilícito apresentado pelos usuários, pois o provedor é um intermediador. Contudo, a isenção em determinadas situações se mostrou meio para injustiças, o que culminou na elaboração do *Digital Millenium Copyright Act* DCMA⁴, que estipula a responsabilidade subjetiva dos provedores, apresentando ao mundo o sistema *notice and take down* (LEONARDI, 2019, p. 75), que foi adotado pela jurisprudência brasileira, que começou a compreender a importância de as leis apegarem-se à técnica virtual e focarem que a objetividade não está totalmente em convergência com a dinâmica

3 Primeira lei americana que buscou regulamentar sobre material pornográfico na internet, sendo acrescido, durante sua vigência, regulações oriundas das legislações de liberdade na internet. (LEONARDI, 2019, p. 75)

4 Texto normativo adotado pelos Estados Unidos da América, em 1998, visando adequar a legislação aos casos de proteção à propriedade intelectual e proteção a direitos autorais – buscando evitar a livre circulação de dados, desestimulando a pirataria (ROTUNDO, 2018, p. 60).

da internet e com a natureza do provedor de aplicação.

Na Europa, o sistema de notificar o provedor para que retire o conteúdo foi levemente modificado, com a Diretiva 2000/31/CE, em seu artigo 14. O que mudou é **que a notificação** não poderia ser extrajudicial, mas uma comunicação oriunda de uma ordem judicial, sendo a interpretação dada pelos Tribunais Europeus sobre o artigo 14, pois **só o Judiciário** pode dizer se o conteúdo é lesivo, dentro de um sistema democrático de livre compartilhamento de ideias (LEONARDI, 2019, p. 76). A **sistemática** foi adotada pela lei brasileira no que se refere à responsabilização dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, com o advento da Lei nº 12.965/14 de 23 de abril de 2014. A lei é oriunda do Projeto de Lei nº 2.126/2011 que teve como fundamento, dentre outros, a de que estavam havendo decisões conflitantes no Poder Judiciário, diante da diversidade das relações existentes na web e que deveria haver uma legislação que privilegiasse a responsabilidade subjetiva, para preservação das conquistas das liberdades de expressão (TEIXEIRA, 2016, p. 24). O objetivo da lei brasileira foi assegurar liberdades e estabelecer o devido processo legal como forma de decisão para os exercícios de direitos na web. “O objetivo foi justamente assegurar liberdades públicas, limitando o poder Executivo de interferir na rede brasileira, concretizando assim os preceitos da Constituição Federal.” (LEMOS, 2015, p. 80-81).

O Marco Civil da Internet apresentou em seu artigo 19, para assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, que o provedor de aplicação da internet (artigo 5º, inciso VIII do M.C.I.)⁵ somente será responsabilizado civilmente se, após notificado judicialmente, não tomar as providências necessárias. A finalidade foi assegurar garantias constitucionais, obrigando que adotem medidas que estejam ao seu alcance, para retirada do conteúdo. (TEIXEIRA, 2016, p. 110-111) O provedor somente será responsabilizado se, após judicialmente notificado, manter-se inerte. A culpabilidade estaria na omissão culposa ou dolosa do provedor em não cumprir, sem motivos, com a ordem judicial imposta.

Após a elaboração legislativa, algumas críticas surgiram e houve uma dualidade de teorias, onde parte acredita ter sido um sucesso o atendimento a ordem judicial para, assim, iniciar o *standard* de comportamento esperado pelo provedor, pois é o Judiciário a instituição adequada para emitir parecer se o conteúdo é danoso ou não, impedido lesão à liberdade de expressão. Do outro lado, a escolha pela responsabilidade subjetiva seria um retrocesso, onde se protege a empresa em detrimento da vítima de danos, o que é um caminho oposto ao que a doutrina civilista estava percorrendo até então (QUEIROZ, 2019, p. 114-117). Os defensores do sucesso da lei, referem que a regra do artigo 19 trouxe segurança jurídica, assegurando as garantias constitucionais. Por ter vários tipos de provedores de aplicação, além da dinâmica própria de rede de interconexão entre serviços, a regra garante que um provedor não seja responsabilizado por ato de outro (CARVALHO, 2014, p. 132-133).

Em situações em que o provedor participar da edição do conteúdo, aplicar-se-á a

5 Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Artigo 5º, inciso VIII: aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet (BRASIL, 2014).

responsabilidade do Código Civil, aferindo se houve conduta negligente, imprudente ou sem perícia na atividade de editor. Porém, no caso específico do Marco Civil, no artigo 19, em que o provedor não participa do conteúdo gerado, **deverão estar presentes** todos os elementos da responsabilidade subjetiva para que responda solidariamente com o causador do dano (ROTUNDO, 2018, p. 87-108).

O sistema apresentado pelo artigo 19 do MCI é utilizado desde o ano de 2009 pela Lei Eleitoral Brasileira (Lei nº 9.504/97), em seu artigo 57-F, que estabelece que o provedor somente pode ser responsabilizado se, após prazo concedido pela Justiça Eleitoral, contado da notificação, não retirar a propaganda ilegal. A remoção por ordem judicial se demonstra mais madura e menos propensa a outros danos, pois leva em consideração as peculiaridades da própria sistemática de liberdade da web e os aspectos próprios dos provedores de aplicação. A retirada, por simples notificação de qualquer pessoa, que se sentisse ofendida com algum conteúdo gerado, lesiona a liberdade de expressão, culminando em vários pedidos infundados, causando insegurança jurídica (LEONARDI, 2019, p. 86-88). O exemplo do direito eleitoral de 2012 demonstra convergência com a situação narrada, quando o provedor Google recebeu “[...] 316 pedidos para retirada de 716 conteúdos, [...] dos quais apenas 35 pedidos resultaram na ordem judicial e foram acatados.” (CARVALHO, 2014, p. 134).

Como resultado, percebe-se que a responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros é subjetiva, devendo haver a culpa do provedor (por omissão a obediência de ordem judicial), o nexo de causalidade e o dano indenizável para que responda solidariamente com o produtor do conteúdo, privilegiando-se a segurança jurídica, a análise correta de situação lesiva e a liberdade de expressão. O Marco Civil é lei que respeita a técnica da internet e suas características, juntamente com os fundamentos e princípios constitucionais.

3 LINKS PATROCINADOS: GOOGLE ADS E SUA RESPONSABILIDADE COMO PROVEDOR DE APLICAÇÃO

O contexto negocial vivenciado pela rede mundial de computadores fez surgir diversas ferramentas para facilitar o encontro entre fornecedor e usuário online, sendo o link patrocinado um dos tipos desse gênero, promovendo publicidade paga na web, que tem potencial de convergir pesquisas em visitas aos domínios virtuais, focando em promoção às marcas e empresa, na busca pela celebração de negócio jurídico, notadamente de compra e venda, sem prejuízo de outros. Eles podem ser definidos como um “modelo de propaganda onde o anunciante não paga pela sua exposição, ele paga apenas quando o internauta clica no anúncio. Este modelo também é chamado de campanha segmentada por palavra-chave ou PPC (pay-per-click), já que o anúncio é mostrado para uma determinada palavra-chave.” (MONTEIRO, 2006, p. 5).

São anúncios pagos, onde cria-se uma campanha e paga-se para que as páginas dos anunciantes apareçam em destaque nos buscadores ou parceiros que permitem a disponibilização do serviço (PEREIRA, 2016, p. 175-181). São “[...] um leilão em que quem paga mais aparece em uma posição mais destacada. Esse é um investimento 100% garantido em retorno de visitas, uma

vez que o pagamento é feito após o clique ter sido efetuado.” (ZACHO, [2010?]). O benefício do uso de referida ferramenta, para o anunciante, é aparecer em destaque no provedor, ter um retorno no investimento de publicação de sua marca, facilitando que seu público o encontre, havendo um rápido resultado mediante um orçamento pré-determinado pelo próprio anunciante (PEREIRA, 2016, p. 175-181).

O Google Ads é a ferramenta de link patrocinado da empresa Google, sendo o provedor dominante no segmento. A empresa detém cerca de 56% de todas as pesquisas realizadas no mundo (MONTEIRO, 2006, p. 6). Nele, os anúncios podem ser feitos por intermédio de quatro tipos de mídia: anúncios de texto, anúncios gráficos, anúncios em vídeo ou anúncios de aplicativos (ESCOLHER..., 2020). O anúncio inicia-se com o cadastro do usuário que, logo em seguida, vai escolher a campanha ou “projeto de divulgação”, escolhendo o público-alvo, o tipo de mídia que será utilizada e seu alcance. Ato contínuo, deve-se escolher a vinculação de palavras chaves, que são aquelas que vinculam a pesquisa do usuário ao link da anunciante (MONTEIRO, 2006, p. 16-46). É neste momento que o link poderá ser atrelado à palavra ou expressão que desejar, não havendo óbices impostos pela provedora sobre a escolha. Aqui está o ponto de maior importância para aferir a responsabilidade do Ads, pois, quando o internauta digitar a palavra-chave que deseja procurar no buscador Google, aparecerão os links patrocinados atrelados àquela palavra, em destaque. O Google não exerce qualquer papel de edição nas palavras escolhidas pelo anunciante, mantendo a escolha livre e desimpedida ao patrocinado que terá que dar um lance para conseguir vincular o seu link à palavra (TERMOS..., 2020).

No funcionamento, é notório que o Ads não edita ou participa dos conteúdos que serão destacados no link, tão pouco nos que estão no domínio que o link remete, mantendo o provedor a conduta de não realizar censura prévia de análise para que não lese o anunciante. Ocorre que, muito embora o provedor não exerça comandos para editar ou controlar as palavras escolhidas, tão pouco tem ingerência sobre o conteúdo que está no domínio que os links remetem, pode ser que o anúncio em si cause danos, podendo causar lesão de cunho extrapatrimonial, como danos à imagem, honra e à personalidade, e danos patrimoniais, como desvio de clientela e diminuição da integridade da marca, dentre outras situações, quando há o mau uso da ferramenta.

3.1 RESPONSABILIDADE DO GOOGLE ADS POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

O Google Ads é um provedor de aplicação, conforme artigo 5º, inciso VIII, do Marco Civil da Internet e, por esta razão, aplica-se a responsabilidade subjetiva por conteúdo gerado por terceiros, fundamentado pelo artigo 19 do M.C.I. Como responsabilidade subjetiva, remete-se que deve haver os elementos de culpa, nexos de causalidade e dano indenizável para que configure.

A culpa ocorrerá quando agir em omissão à ordem legalmente emitida para, no âmbito e no limite técnico de seu serviço, dentro do prazo assinalado na ordem, tornar o conteúdo indisponível. Omissão entendida como uma inatividade culposa, que o agente se abstém de agir dentro da conduta devida (CAVALIEIRI, 2003, p. 44). Nota-se que não se trata de uma omissão qualquer, mas uma omissão dentro de sua livre determinação, em que, se há a capacidade técnica para tanto, deve a

empresa agir, sob pena de ser solidária ao agente causador do dano (GONÇALVES, 2016, p. 34). É o que prevê o artigo 186 do Código Civil quando estipula a omissão voluntária, negligente ou imprudente.

Entende-se, na análise do Ads, que a negligência seria a omissão do provedor na retirada do conteúdo; a imprudência como um ato ativo, apressado e afoito, que não observa toda a ordem judicial imposta para a retirada, não a cumprindo fielmente; a imperícia quando o provedor não utiliza de técnicas aptas para cumprir com a ordem judicial (TERRA; GUEDES, 2020, p. 105). No caso de danos diretos do conteúdo dos anunciantes não há outra responsabilidade a ser imputada além da Lei nº 12.965/14, pois o provedor não participa como editor do conteúdo disposto no link, que é de propriedade do anunciante, que controla e edita. Se há algum dano como resultado do anúncio, seja patrimonial ou extrapatrimonial, foi diretamente cometido pelo proprietário da propaganda. A atividade não é de risco, tão pouco é sua obrigação fiscalizar o que há no site de seu anunciante, sob pena de serem reconhecidos como censuradores de conteúdo e violadores da cidadania digital (LIMA, 2015, p. 160).

Não se pode aplicar o tipo de responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor, reputando como defeituoso o link de propaganda por causar danos. Muito embora haja a relação de consumo entre o provedor e o usuário, mesmo o serviço sendo gratuito, isso não é suficiente para alcançar a obrigação de o provedor fazer a filtragem sobre o conteúdo que o internauta pesquisa, não podendo reputar como defeituoso o fato de o serviço apresentar links patrocinados e orgânicos que, porventura, podem conter algum ilícito na página do anunciante, ou mesmo no anúncio, que só será acessado pelo internauta se pesquisar a palavra chave para ver a propaganda e clicar para adentrar ao domínio, saindo do espaço da Google. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante, em Recurso Especial nº 1.444.008 – RS, tendo como relatora a Excelentíssima Ministra Nancy Andrigli (BRASIL, 2016). No mesmo sentido foi a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, processo nº 1033575-12.2019.8.26.0100, que versa sobre uso do Ads com a finalidade de lesar a concorrência, em que o anunciante utilizou como palavra-chave uma expressão de uma marca concorrente no intento de desviar o fluxo de usuários que pesquisavam a expressão referida. Firmou-se, na ocasião, a compreensão de que o provedor de aplicação de link patrocinado que apenas relacionam as empresas anunciantes não deve exercer filtro subjetivo e pretérito sobre a pesquisa (SÃO PAULO, 2020, p. 21).

Em questão de comparação, há de se referir ao julgamento do processo ECLI:EU:C:2010:159, apensos C-236/08 a C-238/08, do Tribunal de Justiça Europeu, em que o Ads, antigo Adwords, teve sua responsabilidade julgada perante links que remetia a marcas registradas e, interpretando o artigo 14 da Diretiva 2000/31/CE, reconheceu-se que um serviço de referenciamento na internet, que não tenha tido papel ativo que lhe poderia imputar o conhecimento ou controle do conteúdo armazenado, não é responsável pelo resultado que o conteúdo causar em terceiros, a menos que assim que tomar o conhecimento do caráter ilícito não tenha o retirado imediatamente, sendo este um dos julgados parâmetros para aferir a responsabilidade do objeto em estudo.

Também não se aplica a súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, pois o Ads não

é uma publicação de imprensa, mas uma plataforma de publicidade. A súmula refere sobre a solidariedade do proprietário com quem escreveu a notícia em veículo de imprensa. Inclusive na publicidade há um aspecto da liberdade de expressão, pois não só da natureza de debate de ideias políticas se desdobra o direito fundamental, mas na propagação de opiniões privados e de cunho econômico, integrando a zona afastada e de menor intensidade (SARMENTO, 2018, p. 283-284).

Além da responsabilidade do provedor ocorrer apenas se após notificado judicialmente deixar de cumprir à ordem, há outras obrigações previstas no Marco Civil que também devem ser respeitadas. No artigo 20 há a obrigação de que o provedor notifique diretamente o causador do dano pelo conteúdo, se tiver conhecimento de seu endereço, comunicando os motivos da retirada, possibilitando o contraditório e a ampla defesa, caso a Justiça não tenha emitido expressa ordem em contrário. Para o caso de necessária identificação do indivíduo que disponibilizou o conteúdo, é expressa a obrigação do provedor em manter o registro de acesso de aplicações em ambiente controlado, pelo prazo de seis meses, como prevê o artigo 15 do M.C.I. E. Todavia, mesmo não cumprindo com esta obrigação, não haverá responsabilização em eventuais danos que o conteúdo do terceiro venha a causar, como descreve o artigo 17 da lei. Se for o caso de o anúncio, por algum motivo, possuir cena de nudez ou atos de conteúdo sexual, a culpabilidade do provedor iniciar-se-á com a notificação extrajudicialmente para retirada, como prescreve o artigo 21 da Lei nº 12.965/14. Essa é uma exceção à necessidade de ordem judicial, posto os interesses e direitos vinculado à situação, sendo considerado responsável subsidiário se houver a manutenção do conteúdo. E, quando as causas versarem sobre ressarcimento de danos à personalidade, honra ou reputação, poderá ser ajuizado a demanda e o pedido de retirada perante o Juizado Especial Cível, conforme artigo 19, §3º do M.C.I.

Portanto, em caso de danos pelo conteúdo do link, nota-se que o responsável direto é o anunciante detentor do domínio que o atalho leva, e do próprio editor do conteúdo do anúncio. O Google não deve censurar o que é publicado na propaganda. São os empresários/anunciantes que devem respeitar as regras de seus negócios para não lesarem concorrentes e marcas, não causando danos patrimoniais, bem como, não causarem lesões extrapatrimoniais, não usando nomes de terceiros, imagens de pessoas ou outros atributos da personalidade alheia, restando às empresas ou pessoas que se sentirem lesadas com os links, procurar o Judiciário e requerer a retirada do conteúdo do ar, nascendo a obrigação do provedor ao receber a ordem judicial⁶, sob pena de responsabilizar-se solidariamente ao editor do conteúdo em caso de omissão culposa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca da compreensão de entender qual o tipo de responsabilidade civil aplica-se ao Google Ads por danos que seus links de propaganda possam causar por conteúdo disposto pelo anunciante, chega-se à conclusão de que é o tipo subjetivo, descrito no artigo 19 da Lei nº 12.965/14, diante da tipificação do Ads como provedor de aplicação à luz do artigo 5º, VII da lei, tanto para situação de danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

⁶Neste mesmo sentido: Aliceda Rodolfo (2019).

Analisou-se as qualidades da internet e a forma como elas incidem no dano que, na rede, possui tempo, local e sujeito incerto, o que culmina em propagar-se de maneira atípica e com possibilidade de alcance infinito, em um local incerto que dificulta a aplicação da lei e no nexo causal, com indeterminação do sujeito, tornando dispendioso descobrir o real causador do dano. Não há como a cláusula geral, descrita no artigo 927 do Código Civil aplicar-se satisfatoriamente a todos os danos oriundos deste local, restando ao direito adequar-se à técnica virtual e as qualidades do espaço, de onde erige a Lei nº 12.965/14 - Marco Civil da Internet – que é uma legislação elaborada após debates sobre o local e seu funcionamento, tanto no âmbito nacional quanto internacional, para legislar adequadamente ante a técnica virtual.

A referida legislação foi fundamentada na prática de outros países, em que a lei já estava consolidada a mais tempo, precisamente a DCMA (americana) e a Diretiva2000/31/CE (europeia), em seu artigo 14, que leva em consideração os aspectos técnicos da internet no que se refere à responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros. Com a posição há preservação à liberdade de expressão, segurança jurídica e democracia na web, para que responsabilize apenas se o provedor não cumprir com a ordem judicial que o obriga a retirada do conteúdo. Estabelecer a responsabilidade objetiva, pelo risco ou pela lei, oneraria o provedor em atividades distintas de sua natureza, o que é contrário ao funcionamento da web, culminando em obrigá-lo a controlar o que os usuários estão postando em seus próprios domínios ou páginas, causando censura, o que é contrário a democracia e a liberdade de expressão.

Foi exposto que a responsabilidade subjetiva evoluiu, mediante doutrina e jurisprudência, para o reconhecimento do valor social da reparação e de que, com a tecnologia, há maior vulnerabilidade do sujeito perante a técnica, demandando uma objetivação à essas situações. Contudo, o tipo subjetivo escolhido pelo M.C.I. está condizente com a moral coletiva, pois mantém um espaço livre para exercício de práticas comuns da web. Com o mercado, pois não onera a empresa para que haja em atividade de vigilância, diversa de seu serviço, garantindo liberdade para pequenos e médios fornecedores promoverem publicidade. Condizente com a arquitetura da rede, pois reconhece o papel de o provedor servir de fonte de informação sobre os reais causadores do dano e, por fim, condizente com o próprio valor constitucional, pois valoriza a liberdade de expressão, livre iniciativa, valorização do trabalho e dignidade humana, todos fundamentos da República Federativa do Brasil, descritos no artigo 1º da Constituição Federal.

O tipo de responsabilidade que prevê o Marco Civil deve ser aplicado ao Google Ads, em que há anúncios de propaganda paga, criados e editados por anunciantes, onde o provedor não edita ou participa da escolha das palavras que vão vincular-se ao link, tão pouco controla o conteúdo que está no domínio da página ou site do anunciante. Do contrário, correr-se-ia o risco de inviabilizar a própria ferramenta, a evolução do comércio virtual e, ao invés de privilegiar a vítima, causar novos danos pelo desconhecimento da dinâmica da internet.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1186616 MG**. Civil e Consumidor. Interent. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de Conteúdo. Fiscalização Prévia do Teor das Informações Postadas no Site Pelo Usuário. Desnecessidade. Mensagem de Conteúdo Ofensivo. Dano Moral. Risco Inerente ao Negócio. Inexistência. Ciência da Existência Descontido Ilícito. Retirada Imediata do Ar. Dever. Disponibilização de Meios para Identificação de Cada Usuário. Dever. Registro do Número de IP. Suficiência. Recorrente: Google Brasil Internet. Recorrido: Alexandre Magno Silva Marangon. Relatora: Min. Nancy Andrigh, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078237/recurso-especial-resp-1186616-mg-2010-0051226-3-stj/inteiro-teor-21078238>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ**. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de Pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição de resultados. Não Cabimento. Conteúdo Público. Direito à informação. Recorrente: Google Brasil Internet. Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrigh, 6 de junho de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.444.008- RS**. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa voltada ao comércio eletrônico. Intermediação. Ausência. Fornecedor. Não configurado. Recorrente: Universo On Line. Recorrido: José Leandro Gougues. Relatora: Min. Nancy Andrigh, 09 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/403394736/andamento-do-processo-n-2014-0064646-0-recurso-especial-09-11-2016-do-stj>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 221**. São civilmente responsáveis pelo

ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1999. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=221>. Acesso em: 7 set. 2020.

CARVALHO, Ana Cristina P. Azevedo. **Marco civil da internet**: análise da lei 12.965/14 e do direito de informação. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A galaxia da internet**: reflexões sobre a internet, negócios e sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

ESCOLHER o tipo certo de campanha. **Google Brasil**. 2020. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2567043?hl=pt-BR&co=ADWORDS.IsAWNCustomer=false>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4.

LEMOES, Ronaldo. Uma breve história da criação do marco civil. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto Filho; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). **Direito & Internet III**: marco civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 3.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do direito digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LESSING, Lawrence. **Code version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 110, p. 155-176, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115489>. Acesso em: 18 abr. 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 35)

MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Henri; TUNC, Andre. **Tratado teórico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-

America, 1977. t. 1, v. 1.

MONTEIRO, Ricardo Vaz. **Google Adwords: a arte da guerra: a batalha dos links patrocinados na Google**. Rio de Janeiro: Brasport, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAESANI, Lilian Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Felipe. **Seu site no topo: guia prático de SEO para subir na pesquisa do Google e atrair milhares de visitantes e clientes**. [S. l.]: Digai, 2016. *E-book*.

PINTO, Ana Estrela de Souza. Sem Internet nem redes sociais, norte-coreanos ainda falam ao celular. **Folha UOL**, São Paulo, 1 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/sem-internet-nem-redes-sociais-norte-coreanos-ainda-falam-ao-celular.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2021.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade civil na rede: danos e liberdade à luz do Marco Civil da Internet**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

RAMOS FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODOLFO, Aliceda,. A responsabilização dos provedores de aplicação por uso de marcas em links patrocinados: o entendimento dos tribunais para casos envolvendo o Google Adwords. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 20, n. 99, p. 143-165, maio/jun., 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTUNDO, Rafael Pinheiro. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: à luz da lei 12.965/14**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1033575-12.2019.8.26.0100**. Ação cominatória, pedido de abstenção do uso de Marca (“Pillowmed”), cumulado com indenização alegação de uso indevido de marca e prática de concorrência desleal, incoerência, “Link patrocinado” ferramenta Google Ads que se distingue da Google Shopping, publicidade comparativa. Relator: Sérgio Shimura. Data de julgamento: 1 de Dezembro de 2020.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et AL.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1945.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e a socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardos Alvares S.A., 1962.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Almedina, 2016.

TERMOS do programa de publicidade Google. **Google Brasil**. 2020. Disponível em: <https://payments.google.com/u/0/ntsinfofinder?hostOrigin=aHR0cHM6Ly9wYXltZW50cy5nb29nbGUuY29tOjQ0Mjk.&sri=-21>. Acesso em: 11 ago. 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz; Fundamentos do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Processos apensos C-236/08 a C-238/08**. Marcas – Internet – Motor de busca – Publicidade a partir de palavras-chave (‘keyword advertising’) – Exibição, a partir de palavras-chave que correspondem a marcas, de links para sítios de concorrentes dos titulares das referidas marcas ou para sítios nos quais são propostos produtos de imitação. Google France SARL, Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), e Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08), 23 de março de 2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.docid=83963&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156159>. Acesso em: 8 jun. 2021.

ZACHO, Ricardo. **Guia básico sobre links patrocinados**: aprenda conceitos fundamentais sobre essa ação. [S. l.: s. n.: 2010?]. *E-books*.

Como citar: ALICEDA, Rodolfo Ignácio; TEIXEIRA, Tarcisio. A responsabilidade do google ads por danos oriundos de conteúdo gerado por seus anunciantes. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 107-130, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p107. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 10/01/2021

Aprovado em 11/06/2021

PANORAMA DO DIREITO DAS COISAS NA ALEMANHA

OVERVIEW OF THE LAW OF THINGS IN GERMANY

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Como citar: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Panorama do direito das coisas na Alemanha. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 131-150, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p131. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: O presente artigo examina o tratamento dado pelo direito alemão ao direito das coisas. Apresenta os princípios fundamentais que regem a matéria, merecendo destaque o princípio da abstração, uma peculiaridade do direito alemão que não é adotada no Brasil. Estuda a noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão, a qual não mais se confunde com a situação dos animais. O texto ainda analisa o direito de propriedade na Alemanha, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Por fim, o estudo panorâmico da matéria procura instigar o leitor a melhor compreender o papel socioeconômico do direito das coisas e a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Palavras-chave: direito das coisas, direito alemão; vinculação social da propriedade; princípio da abstração; segurança jurídica.

Abstract: This article analyzes the treatment given by the German law to the rights in rem. It presents the fundamental principles that regulate the matter, highlighting the principle of abstraction, a peculiarity of German law that is not adopted in Brazil. It studies the notion of things adopted by the German Civil Code, which is no longer confused with the situation of animals. The text further analyzes property rights in Germany, including their limitations, restrictions, forms of defense, content, as well as the social link required by the German Constitution. This is a research that

*Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) Livre-docente em Direito na Universidade de São Paulo (USP) e professor no Centro Universitário Central Paulista (UNICEP) e Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)
E-mail: assiszanini@gmail.com

uses a descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential, and legislative research. Finally, the panoramic study of the subject seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of the rights in rem and to seek solutions in German law to problems existing in Brazil.

Keywords: law of things; german law; social obligation of property; principle of abstraction; legal certainty.

INTRODUÇÃO

O direito das coisas, em particular o direito de propriedade, tem grande significação política, econômica, social e ambiental. Nas discussões atuais sobre os valores fundamentais da democracia há especial atenção para o problema da propriedade privada e as formas como se deve lidar com ela, donde emergem questões muito sensíveis, em particular relativas à política habitacional.

Na Alemanha a situação não é diferente, mesmo porque o direito das coisas é um dos assuntos que guarda maior uniformidade entre os países de direito romano-germânico. Contudo, a legislação alemã apresenta algumas peculiaridades, demandando-se o estudo dos fundamentos do direito das coisas antes de uma análise mais acurada do direito de propriedade. E nesse ponto, como fruto do direito de tradição germânica, merece destaque a compreensão do princípio da abstração (*Abstraktionsgrundsatz*), uma peculiaridade do direito alemão, que não encontra reflexo no direito brasileiro.

Superada a análise dos fundamentos do direito das coisas e da noção de coisa adotada pelo Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), passa-se ao estudo do direito de propriedade, incluindo suas limitações, restrições, formas de defesa, conteúdo, bem como a vinculação social exigida pela Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz - GG*).

Desse modo, o presente texto objetiva apresentar os fundamentos da legislação alemã sobre o direito das coisas. Trata-se de um estudo no qual a metodologia utilizada é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Ao mesmo tempo em que informa, o estudo panorâmico da matéria também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito alemão para problemas existentes no Brasil. Igualmente, são feitos apontamentos específicos sobre eventuais aproximações e diferenças existentes entre o direito alemão e brasileiro, que certamente permitirão uma melhor compreensão do papel socioeconômico do direito das coisas, especialmente da propriedade.

1 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS ABSOLUTOS E DIREITOS RELATIVOS

Os direitos subjetivos podem ser classificados de diferentes formas. A distinção mais importante na Alemanha, como também ocorre no Brasil, é entre direitos absolutos e direitos relativos.

A propriedade, no direito alemão, está protegida contra qualquer pessoa, constituindo, portanto, um direito absoluto (MEDICUS, 2010, p. 33). O oposto é o caso dos direitos que são dirigidos somente contra uma pessoa determinada e que apenas podem ser exigidos dessa pessoa, isto é, os direitos relativos, aí se incluindo os direitos obrigacionais (KLINCK, 2018, p. 1271).

Entretanto, é importante frisar que as pretensões individuais, que constituem direitos relativos, podem resultar do direito de propriedade ou de outros direitos absolutos (SCHAPP, 2010, p. 20-21). Assim, se um objeto for destruído ou danificado culposamente, o proprietário tem contra o ofensor uma pretensão ao pagamento de indenização (§ 823, 1 do BGB), que é um direito relativo (LEIPOLD, 2007, p. 72-73).

O direito alemão divide os direitos absolutos da seguinte forma: a) direitos de domínio sobre uma coisa (e.g. propriedade, penhor, usufruto); b) direitos da personalidade (direito geral da personalidade e direitos particulares da personalidade, como, por exemplo, o direito ao nome e o direito à própria imagem); c) direitos sobre bens imateriais (direitos de domínio sobre bens imateriais: direito de autor, direito de patente, direito de marca, entre outros) (LEIPOLD, 2007, p. 73).

Desse modo, tirante a relação dos direitos absolutos, da qual faz parte o direito das coisas, os demais direitos são classificados pelos alemães como direitos relativos.

2 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DAS COISAS E DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No direito alemão também é tradicional a distinção entre direito das coisas e direito das obrigações.

O direito das coisas existe sobre determinados objetos, em número limitado e somente com autorização da lei. São direitos absolutos, que devem ser respeitados por todos, pois o direito concede ampla proteção contra a sua violação por parte de terceiros (PRÜTTING, 2017, p. 8).

O direito das obrigações, por outro lado, não está limitado a determinados tipos previstos em lei, admitindo-se a sua criação em consonância com a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). São direitos relativos, pois vinculam somente o credor e o devedor, não afetando terceiros (SCHELLHAMMER, 2017, p. 649).

Outrossim, os negócios jurídicos em matéria de direito das coisas diferem consideravelmente dos negócios jurídicos de direito das obrigações. Tanto no direito alemão como no direito brasileiro um contrato de compra e venda de uma coisa móvel, por exemplo, apenas cria para o vendedor a obrigação de transferir a propriedade do objeto da compra¹.

Isso porque os negócios jurídicos obrigacionais não têm influência imediata sobre a situação jurídica de uma coisa. De fato, é imprescindível, para alterar a situação jurídica da coisa, a realização de um negócio jurídico adicional, um negócio jurídico de disposição (*Verfügungsgeschäft*). Assim sendo, as diferenças entre o direito das obrigações e o direito das coisas não têm natureza meramente teórica, possuindo considerável significado prático (EISENHARDT, 2018, p. 480).

Nesse ponto, vale notar que o negócio jurídico de disposição também constitui uma construção jurídica que não existe no direito brasileiro, pelo menos segundo a doutrina brasileira majoritária, o que representa um grande diferencial entre o direito das coisas na Alemanha e no Brasil (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2020, p. 115).

3 FONTES DO DIREITO DAS COISAS

O protótipo do direito sobre uma coisa é a propriedade, a qual encontra proteção na Lei Fundamental alemã (art. 14, GG) (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 209).

O direito das coisas faz parte do direito privado alemão, tanto que está previsto no terceiro livro do BGB (§§ 854 a 1296), intitulado “Direito das Coisas” (*Sachenrecht*) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 5). Nele está positivado o essencial acerca das regras que regem as relações jurídicas entre um sujeito de direito (*Rechtssubjekt*) e uma coisa (*Rechtsobjekt*), o que inclui a propriedade, a posse, bem como numerosos outros direitos reais limitados (DECKENBROCK; HÖPFNER, 2017, p. 249).

Entretanto, o terceiro livro do BGB não contém todas as disposições de direito material acerca das coisas, uma vez que existem ainda normas esparsas sobre a matéria em outros livros da codificação civil (KLINCK, 2018, p. 1271). Na Parte Geral do BGB, por exemplo, existem regras sobre coisas nos §§ 90 a 103, que contêm uma espécie de parte geral do direito das coisas, valendo destacar o estabelecido nos §§ 90 e 90a, este último introduzido em 1990 no BGB (SCHELLHAMMER, 2017, p. 633).

Além disso, existem algumas leis especiais, bastante relevantes, que tratam de determinados assuntos de direitos das coisas fora do âmbito do BGB (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 8). Esse é o

¹ “§ 433 *Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen*”. Tradução livre: § 433 do BGB: “Deveres contratuais típicos no contrato de compra e venda. (1) Pelo contrato de compra e venda, o vendedor de uma coisa se obriga à sua entrega ao comprador e a lhe transmitir a propriedade sobre a coisa. O vendedor deve entregar a coisa ao comprador livre de vícios materiais e jurídicos. (2) O comprador está obrigado a pagar ao vendedor o preço de compra convencionado e a receber a coisa comprada”.

caso da lei relativa ao direito de superfície (*Erbbaurechtsgesetz*), da lei relativa à copropriedade em prédios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), da lei relativa a navios (*Schiffsgesetz*), e ainda da lei sobre minas (*Bundesberggesetz*) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 249).

4 A NOÇÃO DE COISA COMO OBJETO CORPORAL

O conceito de coisa é fundamental para a compreensão do direito das coisas. Na Parte Geral do BGB, em seu § 90, encontra-se a noção de coisa (*Begriff der Sache*), que se entende como todo objeto corporal (*körperlicher Gegenstand*), tangível, que forma uma parte delimitável da matéria (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 128).

Retomando as ideias do movimento pandectista, a concepção legal alemã considera que somente as coisas corpóreas podem ser possuídas² e que a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias somente podem existir sobre objetos corpóreos (CANDIAN; GAMBARO; POZZO, 1992, p. 317-318).

Com isso, fala-se em um gênero (*Oberbegriff*), que seria o “objeto” (*Gegenstand*), o qual engloba todos os objetos de direito (*Rechtsobjekte*), isto é, as coisas corpóreas (móveis e imóveis) e os direitos não corpóreos (LEIPOLD, 2007, p. 500). Coisas em sentido legal são então somente os bens corpóreos, concepção restrita do direito alemão, que tem sua origem na vontade dos redatores do BGB, que queriam distinguir claramente o direito das coisas do direito das obrigações (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 249).

Somente se considera coisa o objeto que é tangível (apreendido fisicamente), delimitável e passível de domínio (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 209). É necessário que haja matéria no sentido físico, sendo irrelevante se a matéria está no estado sólido, líquido ou gasoso. Não é necessário então que o objeto seja sólido, pois se puder ser apreendido, qualquer que seja seu estado (sólido, líquido ou gasoso), será considerado coisa. Ainda, conforme entendimento majoritário da doutrina, o som, a eletricidade e a luz não são consideradas coisas (KALLWASS; ABELS, 2018, p. 231), pois não podem ser possuídas ou transferidas, bem como não há que se falar na existência de um direito de propriedade sobre elas (WEBER, 2015, p. 28).

Em relação ao corpo da pessoa viva, não são aplicáveis as regras relativas às coisas. O corpo é o suporte material do ser humano (sujeito de direito), de modo que o corpo não é ele próprio objeto de direitos de outras pessoas. Os embriões (criopreservados ou *in vitro*) também não são considerados coisas, não sendo objeto de propriedade (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 8). No que toca ao cadáver, com exceção de múmias, esqueletos e peças anatômicas, não são aplicáveis as regras atinentes às coisas (MEDICUS, 2010, p. 480). Por outro lado, as partes separadas do corpo da pessoa viva, como o cabelo cortado ou o dente arrancado, são qualificadas como coisas (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 5).

Outrossim, diante dessa concepção, bens imateriais, como marcas, patentes, programas de computador, dados eletrônicos, direitos autorais, a firma (como nome do comerciante e da empresa) e o *good will*, não podem ser qualificados como coisas e não podem ser objeto de propriedade. São eles objetos de direito que têm grande importância prática, mas como não são corpóreos, não são coisas (LÜKE, 2018, p. 4), pois não podem ser considerados como uma parte espacialmente limitada da natureza (STRACK, 2011, p. 6).

O mesmo raciocínio se aplica aos direitos da personalidade e aos direitos de crédito (*Forderungen*) (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 250). O suporte material desses direitos, por outro lado, pode ser considerado coisa, distinção que fica clara quando se separa a propriedade do livro do direito de autor sobre o texto que ele contém (HUBMANN, 1967, p. 86).

Por conseguinte, fica evidente que a definição de coisa não busca resolver um problema de

2 No direito brasileiro não há regra tão precisa quanto a do BGB, mas, conforme a doutrina amplamente majoritária, o livro do direito das coisas é voltado para os objetos corporais (PENTEADO, 2014, p. 48).

ordem física ou lógica, mas simplesmente atender à conveniência jurídica (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 128).

5 OS ANIMAIS

Os animais (*Tiere*) eram tidos como coisas até 1º de janeiro de 1991. Atualmente não são mais coisas, devendo ser protegidos por leis especiais. A eles são aplicadas as disposições sobre coisas, por analogia, na medida em que não se estabeleça algo distinto (§ 90a do BGB)³.

A regulamentação da situação dos animais sofreu alteração legislativa, datada de 20.8.1990, tendo sido introduzido o § 90a no BGB. A codificação alemã passou então a trazer disposição especial em relação aos animais, destacando que eles não são coisas, mas que na falta de disposição especial, as regras atinentes às coisas lhes são aplicadas, conforme determina o § 90a, 3 do BGB (SCHELLHAMMER, 2017, p. 634).

Larenz e Wolf justificam a distinção de tratamento pelo fato de que os animais são seres viventes, e não meramente coisas. Desta feita, a sua configuração legal não é, em linhas gerais, a da propriedade (§ 903), mas sim fundada em leis especiais de proteção, o que, porém, não lhes outorga a autodeterminação e a responsabilidade próprias dos seres humanos (LARENZ; WOLF, 1997, p. 387).

Com efeito, após a referida alteração, o BGB passou a distinguir os animais (*Tiere*) das coisas (*Sachen*), considerando legalmente como coisas apenas os objetos corporais, as parcelas existentes da natureza dominável (§ 90) (BROX; WALKER, 2007, p. 400). Apesar da distinção, em realidade, no âmbito do direito civil alemão não existem disposições especiais relativas aos animais, que são tratados como coisas móveis e regidos pelas normas atinentes à propriedade e à posse (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 129).

Outrossim, vale notar que, segundo muitos estudiosos, essa alteração não passa de uma ficção, uma banalidade, decorrente de motivação política, que procurou implantar a pauta de proteção dos animais no âmbito do BGB. A alteração é realmente objeto de fortes críticas na Alemanha, afirmando-se que, no fim das contas, os animais continuam tendo tratamento como coisas na esfera do direito civil (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 210).

Em todo caso, como alerta Medicus (2010, p. 480), é um absurdo a pretensão de dar tratamento aos animais como sujeitos jurídicos⁴. E para reforçar seu entendimento, exemplifica com um pedido teratológico de chamamento de focas para participação em um litígio administrativo sobre a poluição do Mar do Norte.

6 COISAS MÓVEIS E IMÓVEIS

Seguindo a tradição existente no direito dos países de *civil law*, o Código Civil alemão distingue as coisas móveis (*bewegliche Sachen - Mobilien*) das coisas imóveis, ou terrenos (*Grundstücke - Immobilien*) (LÜKE, 2018, p. 10). Isso tem bastante relevância, pois, tal como se passa no direito brasileiro, o regime jurídico dos móveis e imóveis é diverso, particularmente no que toca à sua forma de transferência (EISENHARDT, 2018, p. 482).

Com efeito, ao reconhecer a *summa divisio* entre as coisas móveis e imóveis, a doutrina alemã divide o direito das coisas em dois grandes blocos, chegando-se, inclusive, a falar na

3 Tradução livre do § 90a do BGB: “Animais não são coisas. Eles são protegidos por leis especiais. Até onde não for diversamente determinado, a eles são aplicáveis os correspondentes preceitos válidos para as coisas”.

4 No Brasil, a despeito de algumas decisões isoladas, é certo que a legislação considera os animais como coisas, ou melhor, como semoventes (art. 82 do Código Civil). Não se pode negar, entretanto, que muitos animais, especialmente os mamíferos, devem ser considerados como seres sencientes, o que demandaria uma revisão na legislação brasileira. Nessa linha, o caminho adotado pelo BGB parece ser o mais salutar, uma vez que os animais foram excluídos da categoria das coisas, mas continuam sendo objetos de direito, isto é, os animais não pertencem à categoria dos sujeitos de direito (WOLF; NEUNER, 2016, p. 301-302).

existência de um direito das coisas móveis (*Mobiliarsachenrecht*) e de um direito das coisas imóveis (*Immobilarsachenrecht*) (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 7). E nessa linha, os estudiosos alemães se encarregam de distinguir as duas categorias, uma vez que a legislação não traz maiores esclarecimentos (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 12).

Em face da ausência de definição legal, para que se compreenda a distinção, faz-se mister que se parta do conceito de coisa imóvel. Apesar de não ser expressamente consagrada pelos §§ 93 a 98 do BGB, a doutrina define coisa imóvel como “uma parte delimitada da superfície terrestre que está registrada no registro imobiliário como uma parcela independente” (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 210). Trata-se de um conceito técnico-jurídico que é compreendido a partir do conteúdo do registro imobiliário (*Grundbuch*). Assim sendo, a ideia de *Grundstück* não coincide com a repartição do solo na natureza (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 12).

De fato, todo o território alemão está dividido em parcelas cadastrais. Os terrenos (*Grundstück*) são criados a partir de um ou mais lotes. O Registro Imobiliário fornece as informações sobre se uma parcela ou se várias parcelas constituem um imóvel (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 131).

Nesse ponto, o Código Civil alemão, diferentemente do direito brasileiro⁵, utiliza para determinar a categoria dos imóveis a noção de terreno (*Grundstück*). Ao lado dos terrenos propriamente ditos, a noção de coisa imóvel também abrange as coisas móveis que se tornaram suas partes constitutivas essenciais (*wesentliche Bestandteile*), cuja previsão consta dos §§ 93 e 94 do BGB (SCHELLHAMMER, 2017, p. 635). Desse modo, todos os demais objetos que não constituam um terreno ou uma parte constitutiva essencial do terreno são considerados coisas móveis (WOLF; NEUNER, 2016, p. 302).

O direito alemão, somente de forma excepcional, admite a dissociação da propriedade imobiliária entre o terreno e o edifício (ZANINI, 2016, p. 46), como acontece na legislação relativa ao direito de superfície (*Erbbaurecht*).

Por conseguinte, de forma residual, toda coisa corpórea que pode mudar sua posição espacial, bem como que não se classifique como imóvel (*Grundstück*), é considerada uma coisa móvel (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 12). Em contraposição, as coisas imóveis têm definição técnico-jurídica e não podem mudar a sua localização espacial (WOLF; NEUNER, 2016, p. 302).

7 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS COISAS

O direito das coisas é regido por determinados princípios fundamentais, que não são expressamente mencionados pela legislação alemã. Como tais princípios orientam a utilização e a interpretação das disposições sobre a matéria, seu conhecimento é muito importante (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 27).

A seguir será feita uma breve exposição sobre os seguintes princípios: a) taxatividade; b) publicidade; c) especialidade; d) abstração e separação. Entre os princípios fundamentais do direito das coisas também se inclui o caráter absoluto (*Absolutheit*), que já foi tratado anteriormente.

7.1 NUMERUS CLAUSUS DOS DIREITOS REAIS

Como sucede nos países do ramo da *civil law*, o direito alemão também adota o princípio de que os direitos reais são enumerados de forma limitada pela lei, a qual também determina o conteúdo e a forma de transmissão desses direitos (SCHELLHAMMER, 2017, p. 651).

5 Conforme ensina Lôbo, o bem imóvel pode ser definido, no direito brasileiro, como “a parte da superfície da terra, chão ou solo, e tudo o que se edifique sobre ela ou se incorpore em caráter permanente, pela mão do homem ou pela natureza” (LÔBO, 2018).

O *numerus clausus* dos direitos reais tem então dois significados: a) *Typenzwang*, isto é, as partes não podem criar novos direitos reais, uma vez que esses direitos somente podem ser criados por lei (LÜKE, 2018, p. 12); b) *Typenfixierung*, ou seja, o conteúdo dos direitos reais é fixado pela lei (KLUNZINGER, 2013, p. 631), não se admitindo que seja alterado por negócio jurídico (BREHM; BERGER, 2014, p. 22). E isso ocorre pelo fato de que os direitos reais têm efeitos *erga omnes*, o que demanda que sejam conhecidos e previamente definidos de forma clara e sempre reconhecível (BÄHR, 2013, p. 423).

Com efeito, em virtude do princípio do *numerus clausus*, as partes não podem criar um direito real novo, desconhecido por terceiros, nem alterar o conteúdo de um direito real existente. Os direitos reais são então apenas aqueles determinados pela lei e o contorno desses direitos também deve ser estipulado pela lei (BREHM; BERGER, 2014, p. 22).

O princípio da tipologia imperativa (*Typenzwang des Sachenrechts*) se opõe à liberdade das partes em matéria contratual (*Vertragsfreiheit*), largamente aplicado no âmbito do direito das obrigações. Há então limites muito mais estreitos no âmbito do direito das coisas do que no direito das obrigações (FÖRSCHLER, 2018, p. 140). Consequentemente, o direito das coisas é constituído, predominantemente, por normas cogentes (*zwingendes Recht*) (EISENHARDT, 2018, p. 481).

Em todo caso, a lista dos direitos reais prevista pelo BGB é muito próxima daquela constante do art. 1.225 do Código Civil brasileiro. E o mesmo pode ser dito em relação à forma de atuação do princípio da taxatividade, que guarda bastante semelhança com o que ocorre no direito pátrio (ZANINI, 2020, p. 16-18).

7.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O direito alemão estabelece que as relações jurídicas atinentes a direitos das coisas devem estar acompanhadas de medidas que permitam levar ao conhecimento de terceiros a sua existência. Isto é, a lei exige que os negócios jurídicos no âmbito do direito das coisas devem ser visíveis externamente (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 38).

De acordo com o princípio da publicidade (*Publizitätsgrundsatz*), a constituição, a modificação, a transmissão e a extinção de direitos das coisas devem ser realizadas por meio de ato jurídico dotado de visibilidade exterior (*Publizitätsmittel*), que permita a qualquer pessoa conhecer a existência de direitos sobre determinada coisa (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 252).

A publicidade do direito das coisas determina o modo como se dará a sua transmissão (*Übertragungswirkung*), possibilita a aquisição a *non domino* (*Gutgläubenswirkung*) e ainda fundamenta uma presunção legal em favor dos direitos das coisas (*Vermutungswirkung*) (LÜKE, 2018, p. 13).

Como regra, tal visibilidade é assegurada, em matéria imobiliária, pela inscrição no livro de registro imobiliário (*Grundbuch*), conforme dispõe o § 930 do BGB. No que toca aos bens móveis, a publicidade ocorre pela transferência da posse (§ 929 do BGB), isto é, pela tradição (*Übergabe*) (MEDER; CZELK, 2018, p. 6).

Em todo caso, vale frisar que no sistema econômico atual a posse sofreu forte perda de sua função como meio de publicidade, uma vez que muitos bens jurídicos são usados por possuidores que não são proprietários, o que ocorre quando se está diante de figuras como o *leasing*, a reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*) ou a propriedade fiduciária (*Sicherungseigentum*) (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 29).

7.3 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Como se sabe, uma das principais tarefas do direito das coisas é a ligação de um sujeito de

direito a um objeto jurídico. Para tanto, a titularidade sobre uma coisa deve estar clara e inequívoca, exigência que está em consonância com a segurança jurídica. Um negócio jurídico de direito das coisas somente é eficaz se a coisa em questão for determinada de forma inequívoca, isto é, especializada (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 213).

O princípio da especialidade (*Spezialitätsgrundsatz* ou *Bestimmtheit*) é bastante importante e significa que o direito das coisas deve incidir somente sobre uma coisa individualizada (FÖRSCHLER, 2018, p. 139). Em toda transferência é necessário que o seu objeto seja precisamente designado, de forma que seja possível distingui-lo de outras coisas (SCHELLHAMMER, 2017, p. 650).

Outrossim, é importante observar que o BGB ignora a existência de direito das coisas sobre universalidades (*Sachgesamtheiten*). Com isso, um conjunto de coisas e de direitos, como um fundo de comércio, não pode ser objeto de um mesmo direito das coisas. Sua transmissão não poderá ser feita senão organizando a transferência da propriedade de cada coisa pertencente à universalidade (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 249). Desse modo, é necessário elaborar um inventário com todos os bens individualizados (MEDER; CZELK, 2018, p. 7). E nesse ponto o direito alemão certamente é mais exigente que o direito brasileiro.

Por conseguinte, uma pessoa deve ser capaz de identificar, com base somente no negócio jurídico de disposição, quem tem o direito real sobre determinada coisa (LÜKE, 2018, p. 12).

7.4 PRINCÍPIOS DA ABSTRAÇÃO E DA SEPARAÇÃO

O direito alemão apresenta uma grande particularidade que é a adoção dos princípios da abstração e da separação (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*). Entre os países do sistema da *civil law*, a Alemanha, por influência de Savigny, tomou um caminho bastante peculiar, consagrando os princípios da abstração e da separação, o que gera bastante dificuldade de compreensão por parte dos estudiosos estrangeiros (DECKENBROCK; HÖPFNER, 2017, p. 31).

A matéria está regulada na Parte Geral do BGB, pois diz respeito à noção geral de negócios jurídicos. Assim sendo, o direito alemão realiza distinção bastante nítida entre dois tipos de negócios jurídicos, isto é, os negócios criadores de obrigações (*Verpflichtungsgeschäfte*) e os negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*) (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 32). Tal distinção corresponde ao princípio da separação (*Trennungsprinzip*), que é um pressuposto necessário para a existência do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*) (LEIPOLD, 2007, p. 81).

De fato, a transferência da propriedade, seja de um móvel ou de um imóvel, não se opera no âmbito do contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*), que não tem qualquer efeito translativo, criando apenas obrigações (§ 433 do BGB). Para que ocorra a transferência da propriedade é imprescindível a realização de um negócio jurídico distinto, um segundo negócio jurídico, ainda que tal negócio seja frequentemente celebrado simultaneamente com o contrato que cria as obrigações (WITZ, 2018, p. 113). Esse acordo de vontades, que tem como objetivo a transferência da propriedade, é denominado *Einigung*. Em matéria imobiliária a *Einigung* é feita diante de uma autoridade competente, normalmente um notário, recebendo denominação específica de *Auflassung* (PRÜTTING, 2017, p. 144-145).

Ademais, para que a transferência se concretize, além da *Einigung*, é necessário um ato real que dê publicidade à transferência. No caso de coisas móveis esse ato real é a entrega do bem ao seu adquirente, isto é, a tradição (*Übergabe*, § 929 do BGB). Em relação às coisas imóveis, a transferência se conclui com a inscrição da mudança da situação jurídica no registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*, § 873 do BGB) (MEDER; CZELK, 2018, p. 178).

Desse modo, o princípio da separação, que encontra suas raízes no direito romano, significa, para o direito alemão, a existência de dualidade de negócios jurídicos, isto é, um negócio

jurídico obrigacional, que pode ser uma compra e venda, e um negócio jurídico de disposição, a *Einigung* (PIETREK, 2015, p. 29-30).

No direito brasileiro também se admite a existência do princípio da separação, mas em um sentido um pouco diverso, visto que, da mesma forma que no direito alemão, o negócio jurídico obrigacional não transfere a propriedade, uma vez que é necessária a realização de um ato real, que pode ser a tradição ou o registro no cartório de registro de imóveis. E nesse ponto, é importante que fique claro que no direito brasileiro não se exige um segundo negócio jurídico, o negócio jurídico de disposição, que como foi visto, recebe no direito alemão o nome de *Einigung*.

Ao lado do princípio da separação, a doutrina alemã desenvolveu no século XIX o princípio da abstração. Savigny é considerado o responsável pela elaboração do modelo alemão da abstração, cujo objetivo seria garantir maior segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 212).

Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico obrigacional é independente do negócio jurídico de disposição (LEIPOLD, 2007, p. 81), de maneira que eventuais problemas relacionados com o negócio jurídico obrigacional (e.g. nulidades, vícios de consentimento etc.) não afetam o negócio jurídico de disposição, que permanece eficaz⁶. É juridicamente irrelevante a causa da transferência, não interessa se foi feito, por exemplo, um contrato de doação ou uma compra e venda.

A doutrina alemã divide a abstração em dois aspectos. Por um lado, o negócio jurídico real não depende da existência de uma causa (*inhaltliche Abstraktion*) (LÜKE, 2018, p. 15). Por outro lado, o negócio jurídico real é independente do negócio jurídico obrigacional (*äußerlich Abstraktion*) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 55).

Ademais, como os atos de disposição são abstratos, as ações fundadas em enriquecimento sem causa (§§ 812 e seguintes do BGB) ganham bastante importância no direito alemão, visto que são ajuizadas pelo alienante para a obtenção da devolução da coisa, o que será possível, a menos que a coisa tenha sido transferida nesse entretempo a um terceiro.

Todavia, existem casos em que a mesma causa pode gerar a nulidade tanto do negócio jurídico obrigacional como do negócio jurídico de disposição (*Fehleridentität*) (LEIPOLD, 2007, p. 81). Isso ocorre, como regra, tanto em matéria de incapacidade jurídica (*Mängel der Geschäftsfähigkeit*) como em caso de dolo ou de coação ilegítima. A situação é, entretanto, diferente na hipótese de erro. Realmente, como o único objetivo do negócio jurídico de disposição é provocar a transferência da propriedade, geralmente ele não é afetado por erros cometidos quando o negócio gerador da obrigação é celebrado. Ademais, a apreciação da extensão da nulidade a ambos os negócios jurídicos (obrigacional e real), em caso de violação da moral (§ 138 do BGB) ou de proibição legal (§ 134 do BGB), exige uma apreciação caso a caso (WITZ, 2018, p. 114).

Vale notar, outrossim, que a categoria dos negócios abstratos é mais ampla do que a dos negócios de disposição, visto que todos os negócios de disposição são negócios abstratos, mas a recíproca não é verdadeira (WITZ, 2018, p. 114).

Em suma, pelo princípio da separação, o negócio de direito obrigacional e o negócio de disposição devem ser estritamente separados um do outro. Pelo princípio da abstração, o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 212). Assim sendo, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas é expressão dos princípios da separação e da abstração (ROBBERS, 2017, p. 183).

⁶ No direito brasileiro, por outro lado, como não foi acolhido o princípio da abstração, o negócio jurídico que deu origem ao registro é indispensável para a apuração de sua validade (TEPEDINO; MONTEIRO FILHO; RENTERIA, 2020, p. 115).

8 O DIREITO DE PROPRIEDADE

O BGB não apresenta uma definição legal do direito de propriedade (EISENHARDT, 2018, p. 489). Apesar disso, a propriedade é conceituada pela doutrina como a forma mais abrangente de atribuição legal de uma coisa ao patrimônio de um sujeito de direito (BÄHR, 2013, p. 438). É um direito ilimitado no tempo e confere um senhorio pleno sobre a coisa (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 258). Como no direito brasileiro, o direito de propriedade é, no direito alemão, o direito real mais importante e mais completo.

A redação do § 903 do BGB não deixa dúvidas ao estabelecer que o proprietário pode, na medida em que a lei ou direitos de terceiros não se oponham, comportar-se em relação à coisa (móvel ou imóvel) como ele entender, excluindo toda ingerência alheia (LEIPOLD, 2007, p. 63).

Tal concepção, que remonta ao direito romano, remete à distinção de duas estruturas no direito de propriedade: a) uma positiva, que permite ao proprietário se comportar como entender em relação à coisa (*mit der Sache nach Belieben verfahren*) (LÜKE, 2018, p. 46); b) uma negativa, que tem função de exclusão (*andere von jeder Einwirkung ausschließen*), isto é, afastar terceiros de atuar em relação à coisa (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 23).

Considerando a estrutura formal da propriedade, o proprietário pode fazer tudo com a coisa, são os poderes positivos (*Positive Befugnisse*): ele pode perceber os frutos ou renunciá-los, pode fruir da coisa pessoalmente ou permitir que um terceiro o faça, bem como pode livremente aliená-la ou simplesmente gravá-la⁷. Ao lado dessa dimensão positiva, o direito de propriedade confere também poderes negativos (*Negative Befugnisse*). Assim, os terceiros são excluídos de todos os direitos sobre a coisa (§ 903 do BGB), salvo permissão do proprietário (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 22).

A plenitude do direito de propriedade não é, entretanto, absoluta. Desse modo, a propriedade confere atualmente não somente direitos, mas também deveres, o que se confirma pelo estudo da posição e da tutela do direito de propriedade no direito alemão (MEDER; CZELK, 2018, p. 42).

9 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PROPRIEDADE DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

A Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada no dia 23 de maio de 1949, considerando a vital importância que a propriedade tem para a sociedade, incluiu-a entre os direitos fundamentais, conforme expresso no art. 14, alínea 1 (EISENHARDT, 2018, p. 488-489).

A propriedade foi então garantida expressamente pelo art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental, que determinou a forma como os bens, necessários à sobrevivência, devem ser distribuídos e utilizados⁸. De fato, conforme a Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a Lei Fundamental permite a todos criar um espaço de liberdade em termos de patrimônio e, conseqüentemente, um ambiente de vida sujeito à sua própria responsabilidade (KINGREEN; POSCHER, 2013, p. 242).

A proteção constitucional do direito de propriedade implica, por um lado, o direito de se opor às ingerências das autoridades públicas (*Abwehrrecht* ou *Schutzfunktion*), o que constitui uma garantia individual (*Individualgarantie*). Por outro lado, reconhece-se a propriedade como

7 Na doutrina se afirma que o proprietário pode se abster de qualquer uso ou destruir a coisa. No entanto, isso é relativizado, visto que existe a vinculação social da utilização da propriedade (BÄHR, 2013, p. 438). Schwab e Löhnig lembram que o § 903, 1 do BGB apresenta a estrutura formal da propriedade (*die formale Struktur des Eigentums*), a qual não está em conflito com a vinculação social da propriedade (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 127).

8 Tradução livre do artigo 14, alínea 1 da Lei Fundamental: “A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei”.

uma garantia institucional (*Institutsgarantie*), isto é, a propriedade é garantida como um instituto jurídico, atribuindo-se à lei a fixação de seu conteúdo e dos seus limites (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 21). O Estado é então obrigado a criar um sistema jurídico que assegure a aplicabilidade prática da propriedade, que permita ao indivíduo adquirir a propriedade e a utilizá-la de forma que o conteúdo essencial desse direito seja preservado. E nesse ponto o BGB é uma das mais importantes leis de aplicação do art. 14, 1 da Lei Fundamental (BÄHR, 2013, p. 439).

Todavia, a garantia institucional da propriedade privada não é absolutamente intangível, reconhecendo-se a existência de limites impostos pelo direito privado e pelo direito público. O art. 15 da Lei Fundamental, por exemplo, permite ao Estado coletivizar o solo, os recursos naturais e os meios de produção⁹. No entanto, a expropriação apenas pode ter lugar em benefício da coletividade e somente pode ser feita por lei ou com base em autorização legal (LEIPOLD, 2007, p. 64). Assim sendo, a lei de desapropriação regula o tipo e a extensão da indenização, objetivando assegurar que o prejudicado seja adequadamente compensado pelo que perdeu (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 25).

Outrossim, vale frisar que a concepção constitucional de propriedade abrange não somente a propriedade de coisas, mas também a titularidade de todos os direitos patrimoniais (LEIPOLD, 2007, p. 63). Desse modo, o campo de aplicação da proteção constitucional do direito de propriedade é mais amplo do que aquele fixado pelo direito privado no § 90 do BGB, que define a coisa como objeto corporal (*körperliche Gegenstände*) (EISENHARDT, 2018, p. 489-490). No âmbito da propriedade constitucional incluem-se, por exemplo, pretensões creditícias, direitos autorais (*Urheberrecht*), propriedade industrial (*Gewerblicher Rechtsschutz*) etc.

Em contraposição, no sentido mais restrito dado pelo BGB, não existe propriedade sobre direitos, mas sim titularidade (*Inhaberschaft*) (FÖRSCHLER, 2018, p. 122). Isso significa que alguém pode ser titular de uma patente, mas não proprietário da patente, visto que só existe propriedade sobre objetos corpóreos (PRÜTTING, 2017, p. 119).

10 O CONTEÚDO E OS LIMITES DA PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

A Lei Fundamental garante o direito de propriedade e também estabelece que o conteúdo e os limites desse direito serão fixados por lei (art. 14, alínea 1 da Lei Fundamental), o que permite ao legislador restringir seus atributos. A jurisprudência constitucional subordina estas restrições, como acontece com qualquer direito fundamental, a um teste de proporcionalidade, que é mais rigoroso quando a restrição afeta o patrimônio adquirido pela força de trabalho do que quando diz respeito a bens imóveis ou meios de produção (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 259).

Nesse contexto, a liberdade do proprietário não é ilimitada. A visão liberal do direito de propriedade como um direito absoluto foi limitada pelo reconhecimento de sua dimensão social. Influenciada por uma disposição da Constituição de Weimar, o art. 14, alínea 2 da Lei Fundamental estabelece: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. Assim sendo, tal disposição constitucional deixa claro que a propriedade não é somente um direito, mas também um dever (MEDER; CZELK, 2018, p. 43).

Além das disposições da Lei Fundamental, existem muitas regras que limitam o direito de propriedade no BGB. O texto do § 903, 1 indica, por exemplo, que o direito de propriedade, em particular no que diz respeito à extensão do poder de usar, tem limites que resultam do dever cívico geral do proprietário de levar em consideração os interesses de outras pessoas, os interesses da comunidade, bem como as restrições à propriedade acordadas pelo próprio proprietário (BÄHR,

⁹ O artigo 15 da Lei Fundamental parece, a primeira vista, algo estranho ao espírito da Lei Fundamental. Ele foi inserido nos trabalhos preparatórios em razão da insistência do partido social democrata, que desejava deixar a porta aberta para uma socialização dos bens de produção. Embora nunca tenha sido aplicado na prática, foi possível considerar a utilização desse artigo durante a crise bancária de 2008 e 2009, para salvar determinadas instituições de crédito.

2013, p. 440). O § 906, por sua vez, impõe ao proprietário um certo grau de tolerância em face de perturbações da vizinhança. A lei sobre urbanismo condiciona a construção de um edifício à obtenção de uma licença de construção emitida pela autoridade pública¹⁰. Ademais, existem outras limitações para garantir a proteção do ambiente, organizar a caça e a pesca (*Bundesjagdgesetz* – BjadG), regular a exploração dos recursos do solo (*Bundesberggesetz* – BbergG) e das águas superficiais¹¹.

Por conseguinte, ao lado dos limites impostos pelo respeito dos direitos de terceiros, atualmente também existem inúmeras disposições de direito público que limitam a propriedade (LEIPOLD, 2007, p. 64).

11 VINCULAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio geral é que a utilização da propriedade não deve satisfazer apenas as necessidades egoístas do titular do direito (art. 14, inciso 2 da Lei Fundamental). A utilização da propriedade obriga e deve, ao mesmo tempo, servir ao bem comum (FÖRSCHLER, 2018, p. 122). Isso significa que o § 903 do BGB expressa apenas a estrutura formal da propriedade, que não pode contrariar a sua vinculação social (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 127).

O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, que permite ao legislador, mesmo sem expropriação formal, estabelecer limites à utilização da propriedade, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social (BÄHR, 2013, p. 440).

No que toca aos imóveis, os exemplos de vinculação social da propriedade (*Sozialbindung des Eigentums*) são particularmente numerosos: eles vão desde a regulamentação da liberdade de construção e seus limites, passando por regulamentos de proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e artístico, chegando até mesmo à regulamentação da locação de imóveis residenciais e ao arrendamento de espaços utilizados para produção empresarial. Nessa linha, poderia ser determinado, por exemplo, o plantio de vegetação em um terreno à margem de um rio para reduzir o risco de inundação. E nesse caso, se a intervenção for proporcional ao risco, o proprietário deve tolerar tal interferência das autoridades em sua propriedade, mas, dependendo da situação, terá direito a uma indenização (MEDER; CZELK, 2018, p. 43).

De qualquer forma, considera-se que é bastante difícil estabelecer, em casos concretos, a fronteira entre a concretização jurídica da vinculação social da propriedade (sem pagamento de indenização) e a desapropriação (com necessidade de pagamento de indenização). A temática continua controversa na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e dos Tribunais Federais Superiores, mesmo já passados 60 anos da entrada em vigor da Lei Fundamental. A dificuldade reside no fato de que não só os atos diretos do Poder Executivo voltados à privação individual de direitos conduzem à desapropriação. Também as restrições da propriedade através de regulamentos normativos abstratos têm um efeito direto sobre a livre utilização da propriedade (e.g. tombamento de todo um bairro urbano como zona histórica protegida, pelo que os edifícios aí situados só podem ser estruturalmente alterados em conformidade com as normas de preservação de monumentos) (BÄHR, 2013, p. 440).

Vale ainda frisar que os alemães, diferentemente do que se tem visto no Brasil, são bastante cautelosos em relação à intervenção na propriedade, o que somente é permitido quando preenchidos determinados pressupostos, como a existência de uma exceção prevista pela lei e para o atendimento do bem comum (MEDER; CZELK, 2018, p. 43). Como regra, cabe ao legislador

10 As condições de obtenção de uma licença de construção estão previstas nos códigos de construção dos Estados (*Landesbauordnungen*).

11 Pode-se mencionar, como exemplo, a lei federal relativa à proteção contra a poluição e os incômodos (*Bundesimmissionsschutzgesetz* – BimmschG). O texto dessa lei exige que o operador de uma instalação perigosa obtenha uma autorização administrativa prévia (*Genehmigung*).

fixar a amplitude da vinculação social da propriedade, restando tal tarefa aos tribunais somente em situações muito excepcionais (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 127).

Por derradeiro, vale observar que a doutrina alemã não coloca a vinculação social como integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, como fazem muitos autores brasileiros¹². No direito alemão o tema é tratado no âmbito dos limites ao direito de propriedade.

12 RESTRIÇÕES VOLUNTÁRIAS À PROPRIEDADE

O proprietário pode, por meio de negócios jurídicos com terceiros, restringir o seu direito à livre utilização ou exploração do objeto que lhe pertence. Essa restrição pode decorrer de negócios jurídicos de direito obrigacional, como contratos, nos quais o proprietário se compromete a se abster de determinada utilização da coisa ou a colocar a utilização da coisa à disposição do parceiro contratante (BÄHR, 2013, p. 441).

Por outro lado, o proprietário também pode transferir temporariamente os poderes de utilização e de fruição para criar direitos reais limitados, que vão existir paralelamente ao seu direito de propriedade. Nessa situação, o poder do proprietário de agir como bem entender em relação à coisa fica limitado pelos direitos de terceiros que ele próprio (proprietário) criou. Isso ocorre quando, por exemplo, o proprietário de uma casa concede a outra pessoa o direito real de habitação sobre o edifício, ou partes dele, de maneira que essa pessoa poderá utilizar e possuir o imóvel (§ 1093 do BGB) (BÄHR, 2013, p. 441).

Em todo caso, é muito diferente a situação quando há transferência dos poderes do proprietário pela via do direito das obrigações ou dos direitos reais. De fato, os direitos reais limitados têm um significado especial, visto que têm precedência sobre as disposições subsequentes do proprietário da coisa, isto é, a parte que adquiriu um direito real sobre a propriedade alheia poderá fazer valer esse direito mesmo contra um sucessor posterior do proprietário. Nas relações estabelecidas apenas com força de direito obrigacional, por outro lado, o titular de um direito somente poderá exercê-lo diante do sujeito com quem entabulou o vínculo obrigacional, visto que se trata de um direito relativo. Caso o direito de propriedade seja transferido a um terceiro ou se um terceiro ajuizar uma ação contra o proprietário, não será possível opor a existência da relação obrigacional àquele que não figurava como parte nela (BÄHR, 2013, p. 441).

13 DIFERENTES FORMAS DE PROPRIEDADE

Ao lado da propriedade individual (*Alleineigentum*), o direito alemão também admite que a propriedade possa ser partilhada entre várias pessoas. Sobre o tema, o BGB reconhece formas diversas para a regulamentação das relações jurídicas externas e internas decorrentes da copropriedade: a) a copropriedade por frações (*Miteigentum nach Bruchteilen*); b) a copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*) (MUSIELAK; HAU, 2019, p. 289).

Na copropriedade por frações (§§ 1008 e seguintes do BGB), salvo disposição em contrário, os coproprietários detêm uma parte abstrata de um bem, uma cota-parte ideal, que pode ser livremente cedida e que representa a parte do valor que caberia a cada um dos coproprietários em caso de divisão (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 16).

A copropriedade por frações, que no Código Civil brasileiro é chamada de condomínio geral (art. 1.314 e seguintes), é a figura mais comum no direito alemão. Ela sempre ocorre quando várias pessoas adquirem uma coisa sem estarem ligadas entre si por um vínculo de mão comum. Entretanto, o proprietário único de uma coisa também pode concedê-la a outra pessoa, em um negócio de disposição, passando ambos a serem coproprietários (BÄHR, 2013, p. 442).

¹² Nessa linha, adverte Lôbo que na “contemporaneidade, a função social afastou-se da concepção de limites externos, passando a integrar os próprios conteúdos da propriedade e da posse” (LÔBO, 2020, p. 129).

A copropriedade de mão comum (*Gesamthandseigentum*) é outra forma de copropriedade reconhecida pelo direito alemão¹³. Nela cada um tem simultaneamente a propriedade de toda a coisa, não existindo a propriedade de frações ideais. Ela surge nos casos em que vários sujeitos de direito formam uma comunhão patrimonial com base em relações jurídicas pessoais especiais. O BGB conhece somente três tipos dessa forma de copropriedade: a) a comunidade de sucessores (*Erbengemeinschaft* - § 2032 do BGB); b) a comunhão entre esposos (*eheliche Gütergemeinschaft* - § 1416 do BGB); c) a sociedade de pessoas (*Gesellschaftsvermögen* - § 718 do BGB) (MUSIELAK; HAU, 2019, p. 289).

A diferença essencial da copropriedade por frações em relação à copropriedade de mão comum é que nesta os coproprietários estão impossibilitados de dispor de sua parte abstrata sem o consentimento dos outros (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 17).

Por derradeiro, vale frisar que o condomínio edilício é uma forma especial de copropriedade, que surge, conforme o § 10, 1 da Lei de Condomínios Edilícios (*Wohnungseigentumsgesetz – WEG*), pela existência de propriedade particular (*Alleineigentum*) sobre uma habitação em conexão com a propriedade por frações (*Bruchteilseigentum*) sobre as áreas comuns (FÖRSCHLER, 2018, p. 124).

14 A PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Como um direito absoluto, a propriedade sobre uma coisa é protegida contra todos. A salvaguarda da propriedade privada contra medidas tomadas pelo Estado encontra previsão no art. 14 da Lei Fundamental. Já a tutela da propriedade contra a interferência de outros particulares é regida pelo direito civil (EISENHARDT, 2018, p. 490).

Para tanto, o BGB permite ao proprietário a utilização de pretensões de defesa, de restituição e de indenização contra os atos não autorizados de terceiros que violem o direito de propriedade. Ainda, considerando que no direito alemão, como no brasileiro, o proprietário pode ser possuidor (direto ou indireto) da coisa, a violação do direito de propriedade é, em muitas situações, também uma usurpação da posse. Nesses casos, o proprietário pode, além das pretensões fundadas no direito de propriedade, fazer valer também as pretensões relacionadas com a proteção da posse. Desse modo, as pretensões possessórias se colocam em concorrência com as pretensões fundadas no direito de propriedade (BÄHR, 2013, p. 443).

14.1 A PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DO PROPRIETÁRIO

O proprietário pode exigir a restituição da coisa, desde que o possuidor não tenha um direito à posse. A restituição da coisa significa a transmissão da posse pelo até então possuidor ao proprietário. Tal pretensão é uma das mais relevantes do BGB e pode ser considerada a forma mais importante de proteção da propriedade (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 321). Permite ao proprietário agir contra o possuidor irregular com fundamento no § 985 do BGB (*Herausgabeanspruch* ou *Vindikationsanspruch*), que dispõe: “O proprietário pode exigir do possuidor a restituição da coisa”¹⁴.

O disposto no § 985 do BGB deve, entretanto, ser interpretado em conjunto com o § 986 (*Einwendungen des Besitzers*), também do BGB (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 215). Com isso, o possuidor deve devolver a coisa, a menos que ele esteja exercendo um direito à posse (§ 986, 1 do BGB), que pode resultar: a) de uma relação de direito obrigacional entre o proprietário e o possuidor, como, por exemplo, um contrato de locação, previsto no § 535

13 No Brasil, a figura está igualmente presente, falando-se usualmente no sistema da comunhão, cujo exemplo clássico é a comunhão universal de bens existente entre cônjuges (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 777).

14 Transcrição do texto original do § 985 do BGB: “*Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen*”.

do BGB (LEIPOLD, 2007, p. 64); b) de um direito real limitado, como é o caso do usufruto (§ 1036 do BGB). Ressalvadas essas situações, que impõem limites à pretensão de restituição, a forma como o possuidor obteve a coisa é irrelevante para o pedido de restituição, uma vez que a propriedade abrange também o direito ao exercício do poder fático sobre a coisa (SCHAPP, 2010, p. 79).

Diferentemente do estabelecido pelo § 1007 do BGB para a pretensão possessória, a restituição ao proprietário não exige que o atual possuidor esteja de má-fé ou que a coisa tenha sido extraviada de alguma forma ou ainda que tenha ocorrido uma privação ilícita da posse. Assim sendo, a pretensão do § 985 do BGB se dirige também contra o ladrão ou mesmo contra aquele que encontrou a coisa (BÄHR, 2013, p. 443).

A partir da interpretação conjunta dos §§ 985 e 986 do BGB resultam as três condições necessárias para a pretensão: a) a propriedade pelo requerente, isto é, o titular da pretensão deve ser proprietário da coisa; b) a posse pela parte contrária, dirigindo-se a pretensão tanto contra o possuidor direto como contra o possuidor indireto; c) o possuidor, perante o proprietário, não pode ter direito de posse (§ 986) (LEIPOLD, 2007, p. 65).

Por conseguinte, o § 985 apresenta os pressupostos da pretensão a serem demonstrados pelo requerente, enquanto o § 986 contém as objeções, que devem ser provadas pelo réu. Ademais, a pretensão em questão pode ser utilizada tanto pelo proprietário de coisa móvel como de coisa imóvel (KALLWASS; ABELS, 2018, p. 321).

14.2 PROTEÇÃO CONTRA A TURBAÇÃO DA PROPRIEDADE: PRETENSÃO DE CESSAÇÃO E DE OMISSÃO

O proprietário, como titular de um direito absoluto, não é protegido somente contra a privação da posse. A legislação alemã também prevê proteção contra outras interferências perturbadoras da propriedade (KLINCK, 2018, p. 1271). Entre essas normas, no âmbito do título que cuida das pretensões ligadas à propriedade, está o § 1004, 1 do BGB, que garante ao proprietário a proteção contra qualquer turbação da propriedade que não represente privação ou retenção da posse (MÜLLER; GRUBER, 2016, p. 218).

Nesse contexto, complementando a pretensão de restituição (*Herausgabeanspruch*), o § 1004, 1 do BGB concede ao proprietário dois tipos de pretensão, ou seja, para a cessação (*Beseitigungsanspruch*) ou para a omissão (*Unterlassungsanspruch*) de qualquer outra turbação futura que afete o seu direito de propriedade (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 137). E considerando a proximidade das pretensões do § 1004, 1 do BGB com a *actio negatoria* do direito romano, ainda hoje as pretensões mencionadas são chamadas de *actio negatoria* ou de pretensão negatória (*negatorischer Anspruch*) (WOLF; WELLENHOFER, 2019, p. 390).

Assim sendo, pode-se exigir: a) que uma violação já existente seja reparada a expensas do seu causador (*Beseitigung*), restaurando-se à situação que existia anteriormente (STAUDINGER; WESTERMANN, 2017, p. 27); b) que futuras turbações à propriedade sejam omitidas (*Unterlassung*) (BÄHR, 2013, p. 444).

Graças a sua formulação geral, o § 1004 do BGB se aplica a turbações da propriedade móvel e imóvel, no entanto, sua aplicação prática se dá principalmente em relação a imóveis (EISENHARDT, 2018, p. 496).

Desse modo, a pessoa que tem seu direito de propriedade turbado pode exigir a cessação da turbação (*Beseitigung*), desde que ela continue, isto é, tenha duração (e.g. depositar resíduos em propriedade sem autorização) (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 216). Também é requisito para a concessão da pretensão de cessação que a turbação da parte contrária seja ilícita. Se o proprietário está obrigado a tolerar a turbação ao direito de propriedade, como sucede em muitas relações de vizinhança (e.g. pode-se exigir que o vizinho tolere determinados barulhos), a pretensão não é admitida. E os custos para a cessação da turbação devem ser suportados

pela pessoa que a está causando (LEIPOLD, 2007, p. 65).

Caso o proprietário tema a provocação de novas turbações, isto é, a sua continuidade, tem ele contra o ofensor uma pretensão de omissão (*Unterlassung*). Tal pretensão objetiva prevenir futuras turbações, demandando os seguintes requisitos: a) uma concreta ameaça de violação de um direito ou um bem jurídico; b) o perigo de repetição de uma interferência ilegal (caso tal interferência já tenha ocorrido) (EISENHARDT, 2018, p. 498).

De fato, qualquer deterioração da propriedade é ilegal, a menos que a parte interveniente esteja autorizada. Existem então situações em que o proprietário deve tolerar a intervenção, o que pode decorrer de um dever de tolerância surgido de uma relação jurídica de direito público ou de direito privado, bem como de uma disposição legal baseada no direito privado ou público (§ 1004, 2 do BGB) (BAUR; STÜRNER, 2015, p. 140).

Em matéria imobiliária, o § 906, 1 do BGB fornece mais pormenores, enumerando os principais tipos de turbação (*Beeinträchtigung*). Referido texto legal trata dos problemas relativos à introdução de gases, vapores, odores, fumaças, fuligem, calor, ruído, trepidações e outras emissões provenientes de um imóvel alheio. Em qualquer caso, a ação deve ser dirigida contra o autor da turbação, ou seja, contra a pessoa que, pelo seu ato, criou a fonte da turbação (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 261).

Por fim, vale notar que o § 1004 do BGB é aplicado analogicamente a todos os outros direitos absolutos, a menos que eles gozem de proteção especial por meio de disposições legais especiais. Aliás, é bastante importante a utilização por analogia da referida norma para a proteção dos bens jurídicos mencionados no § 823, 1 do BGB, ou seja, a vida, a saúde, a liberdade e o direito geral da personalidade (EISENHARDT, 2018, p. 497).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das coisas alemão apresenta peculiaridades bastante importantes, entre as quais, talvez a mais relevante seja a adoção do princípio da abstração, que não encontra correspondência entre os países que seguem a matriz francesa. Esse princípio procura dar maior segurança jurídica nas negociações envolvendo direitos reais, especialmente no que toca à transferência de bens imóveis.

O princípio da separação é pré-requisito para a existência da abstração, isto é, a separação entre direitos obrigacionais e direitos das coisas, o que sucede em alguns ordenamentos jurídicos, como no brasileiro, em que existe a separação, mas não existe a abstração, pelo menos conforme entendimento da doutrina amplamente majoritária. A abstração determina que o negócio jurídico de disposição não depende de causa e sua eficácia permanece inalterada, não obstante o negócio de direito obrigacional se apresentar defeituoso.

Outro aspecto muito relevante do estudo do direito das coisas alemão é a vinculação social desses direitos, que não devem satisfazer apenas as necessidades egoístas do seu titular. O direito de propriedade está assim sujeito a uma obrigação social, de modo que a utilização da propriedade deve também servir ao bem comum, o que está em consonância com os valores de um Estado de direito democrático e social.

Entretanto, ao contrário do defendido por muitos autores no Brasil, na Alemanha a vinculação social da propriedade não integra o próprio conteúdo desse direito. Os estudiosos alemães consideram a vinculação social como um limite ao direito de propriedade. Além disso, a utilização desse princípio pelos tribunais alemães se dá de forma muito mais serena e comedida, o que contrasta com a realidade brasileira, onde muitas decisões judiciais utilizam a função social como um cheque em branco, o que permite, de forma quase que arbitrária, a socialização da propriedade privada. Particularmente nesse ponto, acredita-se que é necessária uma reflexão acerca da segurança jurídica buscada pelo direito alemão, dando limites precisos à vinculação

social, temática que no Brasil gera grande insegurança aos proprietários.

Por outro lado, o estudo realizado também permitiu se verificar que a forma de proteção do direito de propriedade na Alemanha, apesar dos resultados semelhantes e da inspiração romana, é um pouco diversa da sistemática brasileira. Isso talvez se explique pelo respeito que os tribunais alemães têm pelo BGB, bem como pela adoção da teoria da eficácia horizontal indireta, que suaviza bastante as incursões do direito constitucional sobre o direito civil. E aqui também se impõe uma revisão na forma de atuação no Brasil, visto que muitos tribunais pátrios, fazendo uso de argumentação genérica, não individualizada, aplicam diretamente princípios constitucionais e afastam normas bastante claras e precisas do Código Civil, o que certamente gera grande insegurança nas relações jurídicas.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã no âmbito do direito das coisas brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é inegável que a matéria apresenta pontos de divergência extremamente relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral do direito das coisas na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças, que não devem ser olvidadas.

REFERÊNCIAS

- BÄHR, Peter. **Grundzüge des Bürgerlichen Rechts**. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.
- BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. **Sachenrecht**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeiner Teil des BGB**. 31. ed. München: Carl Heymanns Verlag, 2007.
- CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio; POZZO, Barbara. **Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato**. Padova: CEDAM, 1992.
- DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. **Bürgerliches Vermögensrecht**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- EISENHARDT, Ulrich. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5.
- FÖRSCHLER, Peter. **Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts**. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. **Droit privé allemand**. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. **Privatrecht**. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.
- KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte Staatsrecht II**. 29. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2013.
- KLINCK, Fabian. **Sachenrecht**. In: STAUDINGER. J. von. **J. von Staudingers Kommentar**

zum **Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts**. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018. p. 1269-1388.

KLUNZINGER, Eugen. **Einführung in das Bürgerliche Recht**. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.

KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.

LEIPOLD, Dieter. **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 4.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

LÜKE, Wolfgang. **Sachenrecht**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2018.

MEDER, Stephan; CZELK, Andrea. **Grundwissen Sachenrecht**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck: 2018.

MEDICUS, Dieter. **Allgemeiner Teil des BGB**. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

MÜLLER, Klaus; GRUBER, Urs Peter. **Sachenrecht**. München: Franz Vahlen, 2016.

MUSIELAK, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang. **Grundkurs BGB**. 16. ed. München: C. H. Beck, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIETREK, Marietta. **Konsens über Tradition?** Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

PRÜTTING, Hanns. **Sachenrecht**. 36. ed. München: C.H. Beck, 2017.

ROBBERS, Gerhard. **Einführung in das deutsche Recht**. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

SCHAPP, Jan. **Direito das coisas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SHELLHAMMER, Kurt. **Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen**. 5. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. **Einführung in das Zivilrecht**. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

STAUDINGER, Ansgar; WESTERMANN, Harm Peter. **Sachenrecht**. 13. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

STRACK, Astrid. Hintergründe des Abstraktionsprinzips. **Juristische Ausbildung (JURA)**, Berlin, v. 33, n. 1, p. 5-9, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo.

Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WITZ, Claude. **Le droit allemand.** 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.

WEBER, Ralph. **Sachenrecht: Grundstücksrecht.** 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, v. II.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.** 11. ed. München: C.H. Beck, 2016.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. **Sachenrecht.** 34. ed. München: C.H. Beck, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito Civil: direito das coisas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. **Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung (DBJV-Mitt.)**, ano 34, n. 1, p. 39-59, ago. 2016.

Como citar: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Panorama do direito das coisas na Alemanha. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 131-150, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p131. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 19/02/2021

Aprovado em 19/07/2021

**O PARADIGMA MODERNO E A RE(CONFIGURAÇÃO)
DO SISTEMA DE JUSTIÇA A PARTIR DOS MECANISMOS
ALTERNATIVOS DE JUSTIÇA**

THE MODERN PARADIGM AND THE RE (CONFIGURATION) OF
THE JUSTICE SYSTEM FROM THE ALTERNATIVE MECHANISMS OF
JUSTICE

Jonathan Junges*
Rosane Teresinha Carvalho Porto**

*Mestrando em Direito na
Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul
(UNIJUI)
E-mail: jonathanjunges@yahoo.
com.br

** Doutora em Direito pela
Universidade de Santa Cruz do Sul
- UNISC/RS
Professora em Direito na
Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul
(UNIJUI) e na Universidade de
Santa Cruz do Sul (UNISC)
E-mail: rosane.cp@unijui.edu.br

Como citar: JUNGES, Jonathan; PORTO, Rosane Teresinha
Carvalho. O paradigma moderno e a re(configuração) do sistema
de justiça a partir dos mecanismos alternativos de justiça.
Scientia Iuris, Londrina, v. 25, n. 2, p. 151-167, jul. 2021. DOI:
10.5433/21788189.2021v25n2p151. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a partir
de uma perspectiva contemporânea o sistema de justiça e as
mudanças que ocorreram no judiciário, principalmente em
relação a expansão dos métodos alternativos de resolução de
conflitos. Questiona-se: quais os fatores determinantes para a (re)
configuração do sistema de justiça em relação aos paradigmas
dominantes, e quais são as alternativas ao sistema de justiça?
A hipótese é que com a modernidade e o surgimento do Estado
moderno a partir do contratualismo assenta-se em uma forma de
organização política, social e judicial que se complexou com o
tempo. Com a mudança do tempo histórico e as transformações
culturais que foram cruciais ao desenvolvimento de novos
valores que forçosamente refletiram na (re)configuração do
judiciário. Os novos métodos alternativos, principalmente em
relação à justiça restaurativa é uma nova forma de compreensão
e de relação entre os sujeitos sociais, aproximando de forma
muito mais significativa com a cultura e a sociedade na luta
pela pacificação social. Na construção do trabalho, utilizou-se o
método dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a
documental.

Palavras-chave: contemporaneidade; punitividade; meios
alternativos; justiça restaurativa.

Abstract: This article adopts a contemporary perspective to
analyze the justice system and the changes that have occurred
in the judiciary, especially in relation to the expansion of

alternative dispute resolution mechanisms. Thus, it questions: what are the determinant factors for the (re)configuration of the justice system in relation to the dominant paradigms, and what are the alternatives to the justice system? The hypothesis is that modernity and the emergence of the modern State from contractualism, there is a form of political, social and judicial organization that has become more complex over time. The changes brought forth by the historical moment and cultural transformations were crucial to the development of new values that forcibly reflected in the (re) configuration of the judiciary. The new alternative mechanisms, especially in relation to restorative justice, are a new approach to understand and relate social subjects, bringing them closer together in a much more significant way with culture and society in the struggle for social pacification. In the development of this study, the deductive method was used by means of bibliographic and documental research techniques.

Key words: contemporaneity; punishment; alternative mechanisms; restorative justice.

INTRODUÇÃO

O texto apresenta uma abordagem teórica no intuito de analisar as características do paradigma da modernidade e as relações com as mudanças que ocorreram no âmbito do sistema de justiça, que ao longo das últimas décadas, tem inclinado para o desenvolvimento de novas formas e técnicas de resolução de conflitos. O objetivo é analisar a partir de uma perspectiva contemporânea o sistema de justiça, tendo em vista a modernidade ocidental que desenvolveu uma estrutura política e jurídica no âmbito do Estado de direito e as mudanças que ocorreram nas últimas décadas, principalmente em relação a expansão dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Por conta disso, questiona-se quais os fatores determinantes para a (re)configuração do sistema de justiça em relação aos paradigmas dominantes do sistema de justiça tradicional? Dito de outra maneira: quais são as alternativas ao sistema de justiça, principalmente ao sistema penal tradicional?

O artigo está estruturado em duas seções: na primeira é discutido a partir do horizonte teórico do paradigma moderno que tem no Estado de direito contratualista a construção de um sistema de justiça exclusivamente adstrito ao protagonismo da soberania do Estado, no âmbito do judiciário. Com o desdobramento de paulatinas mudanças nos valores compartilhados pela sociedade, sobretudo a partir da contemporaneidade, se estabelece novas formas de fazer e compreender o sistema de justiça na sociedade contemporânea, principalmente quando leva-se em consideração novas formas de resolução de conflitos. Dessa forma, na segunda parte, destaca-se a justiça restaurativa enquanto um novo modelo alternativo ao sistema penal tradicional que privilegia o encarceramento em detrimento de um novo olhar para o sistema tradicionalmente punitivista.

A hipótese do artigo é que com o surgimento da modernidade ocidental e o Estado moderno, a partir principalmente do contratualismo, configurou-se um modelo de organização político-jurídico que centralizou o protagonismo do sistema de justiça no âmbito estatal. Com a mudança do tempo histórico e das transformações culturais que desenvolveram novos valores na sociedade contemporânea forçosamente refletiram na (re)configuração do próprio sistema judiciário. Os novos métodos alternativos, principalmente em relação à justiça restaurativa é uma nova forma de compreensão e de relação entre os sujeitos sociais, aproximando de maneira muito mais significativa para o aprimoramento de uma cultura de pacificação social. Na construção do artigo, utilizou-se o método dedutivo e enquanto técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica e a documental.

1 O PARADIGMA DA MODERNIDADE: DA PUNITIVIDADE A ASCENÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE

A modernidade é um projeto de mundo ocidental, têm suas origens na Europa sobretudo a partir do século XVI, quando marcou profundamente a compreensão do humano e de suas relações com a natureza. A partir da modernidade surgiram novos desdobramentos sociais,

políticos e econômicos. O surgimento do Estado moderno (soberania, território e povo), trouxe o estabelecimento de novas relações no tocante à organização política e social privilegiando valores que ao longo da história foram paulatinamente reconfigurados com os novos desafios e complexidades da sociedade contemporânea. O objetivo deste capítulo é analisar o projeto moderno a partir de um estudo filosófico, destacando aspectos que configuram os paradigmas da modernidade, principalmente a partir da perspectiva de Bauman e Foucault que destacam mudanças importantes nas relações pessoais - de ser e poder - na sociedade contemporânea.

O grande projeto da modernidade confia a razão como “guia” que ilumina¹ o progresso e o desenvolvimento humano através da ordem teleológica e universal. A racionalidade no pensamento moderno é a narrativa de uma grande estrutura que organiza e ordena o “cosmo” enquanto totalidade da compreensão humana e de sua relação com a natureza. Para Horkheimer e Adorno (1991), o projeto iluminista era a maneira de livrar o humano do mundo da metafísica e do feitiço, dissolvendo os mitos e atestar o mundo a partir da experimentação e da racionalização da natureza. Conforme Fensterseifer (1999) não tem referencia, no pensamento moderno a razão é caracterizada pelo modelo matemático que combinada a ciência e a experimentação preceitua uma série de procedimentos e técnicas pela qual o método passa a solidificar o estatuto da ciência. Enfim, no pensamento moderno, a razão é um modo de ordenar o mundo.

De acordo com Castro-Gómez (2007), o paradigma epistêmico que surgiu na modernidade pode ser datado entre os anos de 1492 e 1700, pois na emergência deste paradigma torna-se hegemônico e universal a construção de um mundo que privilegia o indivíduo e a racionalidade. Se até o século XVI, a sociedade era organizada a partir de uma configuração organicista de mundo na medida em que a natureza, o humano e o conhecimento são partes integrantes de uma totalidade inter-relacionada, com a formação do sistema capitalista e da racionalidade instrumental corroborando de maneira decisiva na modificação dessa estrutura. Com a produção e a circulação de mercadorias voltadas para o acúmulo de capital e com o protagonismo do “império do indivíduo” enquanto centro do mundo, forma-se uma nova forma de compreensão do “cosmo”, liderada agora por uma racionalidade de meio e fim que privilegia o sucesso individual.

Habermas (1997) considera que o momento contemporâneo é de abandono do paradigma da relação sujeito-objeto que tem dominado grande parte do pensamento ocidental. A racionalidade moderna é uma forma “reducionista” do próprio homem. Ao criticar a racionalidade instrumental, procura-se superá-la propondo em seu lugar a racionalidade comunicativa². Esta, por sua vez, parte das interações entre os sujeitos linguisticamente mediatizados que se estabelece na comunicação cotidiana. O agir comunicativo é tentativa de reorganizar a sociedade a partir do paradigma da linguagem, enquanto um médium universal que estabelece a ligação intersubjetiva entre os indivíduos. Sem a invasão da racionalidade estratégica e burocrática desenvolvida na sociedade moderna, Habermas propõe a razão comunicativa no intuito de estabelecer acordos racionais intersubjetivos, indispensáveis para a reconstrução da sociedade moderna. Dessa forma, a razão

¹ Referência ao iluminismo.

² Quanto à racionalidade, em síntese, refere-se à “disposição por parte do sujeito falante e atuante de adquirir e utilizar um saber falível”. Ver também: Habermas (1990, p. 291).

comunicativa é o fio condutor da reconstrução discursiva na qual estão inseridos o direito e a democracia.

A partir da contemporaneidade, Bauman (2002) considera que a sociedade moderna passou a assumir novas formas de configurações, tornando-se uma sociedade líquida que privilegia um mundo fluído e instável, no qual ocorrem constantes implosões de valores e de padrões até então estabelecidos. Se na fase sólida da modernidade, operada pela racionalidade e pelo fortalecimento das instituições e da ciência, na modernidade líquida, por sua vez, as instâncias mediadoras da vida humana, a comunidade, a religião, a cultura e a linguagem sofreram profundas desconstruções, formando um sujeito cada vez mais individualizado e produzindo um mundo de incertezas. Nessa perspectiva, Beck (2011) adverte que a sociedade contemporânea, ou a segunda modernidade, é composta de riscos na medida em que a humanidade está diante de mundo globalizado e de incertezas, transformado pelas inovações tecnológicas. Desse modo, criam-se novos cenários de riscos globais, seja em razão da ampliação dos riscos ou das incertezas em relação ao futuro.

O projeto moderno-iluminista orquestrou significativas transformações na forma de compreender e organizar o mundo, alterando substancialmente a relação do humano com as ciências, as artes e a cultura. Com as revoluções burguesas o projeto iluminista levou um discurso homogêneo que privilegia o indivíduo, considerado enquanto um sujeito autônomo e independente, além de um sistema econômico orientado excessivamente para o lucro e a instrumentalização da natureza por uma perspectiva metodológica e racional. Não obstante, o Estado de direito como se conhece hoje, é uma narrativa política e social que fora construída a partir do pressuposto de uma organização política e social que tem a legitimidade em agir em nome dos que compõe seu território³.

Para Ghisleni e Spengler (2011), existem duas visões fundamentais acerca do surgimento do Estado. A primeira visão compreende o Estado como uma criação artificial da razão humana, sendo o consenso uma forma de organização social. Por outro lado, a segunda concepção compreende que o Estado é um produto da sociedade na medida em que o desenvolvimento do Estado é necessário no sentido de poder manter a ordem e dirimir os conflitos. O poder soberano do Estado refere-se entre outras características a legitimidade em governar, legislar e decidir, normatizando as relações sociais, mediante o consentimento dos súditos, por intermédio de participação das escolhas dos representantes políticos.

Na visão contratualista, não se pode renunciar ao pacto estabelecido, pelo menos quando não há razões para isso⁴, e conseqüentemente cada um é responsável e autor do que o soberano faz. De modo geral, os contratualistas descrevem o processo de transformação das sociedades primitivas às sociedades atuais. Em comum, identificam o *pacto social* como princípio que estabelece os

3 A filosofia moderna privilegiou o indivíduo enquanto centro discursivo do mundo, tanto na epistemologia como na política. Neste sentido ver: Descartes (2000), Kant (2001). Em relação a filosofia política, o contratualismo identifica direitos individuais considerados naturais ao indivíduo corroborando o projeto moderno em centralizar o indivíduo. Por fim, interessante destacar a crítica sobre a racionalidade moderna principalmente as posições de Horkheimer (2002), Habermas (1997), Lucas e Santos (2019).

4 John Locke, no texto, segundo tratado sobre o Direito Civil, abre a possibilidade de Direito a resistência, na hipótese de um Estado opressor e ilegítimo.

fundamentos da sociedade civil. Desta forma, a saída de um *estado de natureza* para a *sociedade civil* é pavimentada por acordos políticos e racionais que organiza e separa os poderes, priorizando os direitos individuais – Estado liberal. Em relação ao poder, o poder soberano é dotado de força coercitiva de aplicação imediata de recursos para a manutenção da ordem social. Dessa forma, o Estado é uma organização política organizada em regular e utilizar o uso das forças na medida em que monopoliza e legitima para si o seu uso.

Pra Hobbes (1999), o pacto social pressupõe que cada indivíduo renuncie a condição natural de liberdade e transfira a um único homem ou a uma assembleia de homens o poder de governar. Este corpo político formado a partir de um contrato é o poder soberano, que impõe aos súditos (população) todos os seus direitos, e que precipuamente garante uma convivência segura com seus pares. Neste sentido, o poder do Estado é exercido pela força para a manutenção da ordem e da paz social. Já em Locke (1973) o Estado é fundado por um pacto social que torna o Estado legítimo para resolver os conflitos entre os pares sociais, respeitando os direitos naturais que permeiam a existência humana (direito a propriedade privada, a liberdade e a igualdade jurídica). Dessa forma, no Estado moderno o sistema de justiça é exclusivo do monopólio do Estado, sendo previsto aos indivíduos os direitos fundamentais, como a liberdade, a propriedade e a igualdade.

Neste sentido o direito é um instrumento politicamente organizado para legitimar e organizar a ordem coercitiva na sociedade. Talvez daí a grande crítica marxista em relação ao caráter instrumental do direito e do Estado de Direito, que em últimas instâncias seriam um instrumento de violência e perpetuação do poder nas mãos da classe opressora. De qualquer forma, o que se observa é que no Estado democrático o poder de polícia e de coerção é tarefa e estatal, da mesma forma que o poder judiciário centraliza a aplicação do direito penal.

Dessa forma, Ghisleni e Spengler (2011), argumentam que a jurisdição enquanto poder do Estado, tem a função de cumprir obrigatoriamente o direito na medida em que possui legitimidade e autoridade para isso. A jurisdição é uma função estatal monopolizada pelo Estado de direito em que uma “terceira pessoa” imparcial em relação às partes deve decidir o conflito, subsumindo o caso concreto ao direito e resolvendo a demanda entre elas. Porém, esta forma de decidir conflitos, apesar de historicamente construída, não é considerada democrática, mas uma forma de soberania do Estado na convivência comum.

Para Pallamolla (2009) ao mencionar Foucault para referir-se a sociedade moderna e o paradigma da punitividade compreende o crime enquanto um perigo público. A modernidade formou uma “sociedade punitiva”, um tipo de sociedade aparelhada pelo Estado que desempenha função estritamente corretivas em lugares especificamente determinados para realizar o processo de “transformação”. Este “panóptico⁵” alimenta a sociedade punitiva através do controle das penitenciárias e da falsa ideia de justiça, orquestrado por um modelo de vigilância e controle social.

A proporcionalidade das penas é uma coisa moderna, somente a partir do Renascimento tornou-se as penas mais “racionais”. Dessa forma, as penas de prisão se popularizaram nas sociedades modernas. Parte dessa cientificidade das penas está ligado ao positivismo e ao

5 É uma forma de vigilância e controle prisional, a expressão foi utilizada primeiramente por Jeremy Bentham.

desenvolvimento das ciências da natureza, especialmente à física e à biologia, sem mencionar à matemática e a lógica, que tratou de enumerar métodos eficazes no controle dos corpos e da natureza. Parte do mundo moderno operou os fenômenos naturais a partir das mesmas lentes, o que favoreceu inevitavelmente o fortalecimento de uma ciência que prioriza o controle absoluto sobre sua experiência. Dessa forma tornaram-se instrumentos de métodos científicos na aplicação da punição (FOUCAULT, 2009).

Foucault (2009), em “Vigiar e punir” analisa as formas de punições que ao longo da modernidade paulatinamente sofreram mutações. Com as mudanças orquestradas por uma perspectiva reformista, surgiram em seu lugar verdadeiras técnicas e instrumentos utilizados pelo aparelho estatal, no caso das penas de prisões, que além de estabelecerem a relação entre o crime e o castigo, solidificaram o patamar punitivista da sociedade contemporânea. O movimento reformista tem por premissas em suas bases de justiça criminal os princípios e os fundamentos organizados por uma racionalidade técnica e instrumental de poder. A punição tem um caráter redistributivo, “pagar pelo o que fez”, porém é necessário avançar nessa compreensão.

No modelo punitivo, deixa-se de priorizar o castigo físico (suplício) tornando-o em seu lugar, a prisão psicológica. A pena de prisão, apesar de contestada por alguns reformadores, torna-se um tipo penal recorrente no intuito de fornecer técnicas de punições mais proporcionais e menos excessivas, uma verdadeira “luta” entre o poder soberano e as ilegalidades promovidas pelo poder disciplinador. Dessa forma, o movimento reformista [...] pensam dar ao poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável por todo o corpo social, que possa codificar todos os comportamentos e consequentemente reduzir todo o domínio difuso das ilegalidades (FOUCAULT, 2009, p. 93). Neste modelo, entra em cena outros elementos que reforçam as relações de poder que estão inseridas nas instituições sociais, como por exemplo, o presídio, a escola, o hospital. Por fim, o que se percebe é uma mudança de paradigma, de um sistema penal que em primeiro momento é adstrito ao suplício do indivíduo para um direito penal coletivo, à medida em que atinge a todos os corpos sociais de uma forma uniforme. Seu intuito é de alguma maneira controlar os comportamentos a partir das tecnologias de poder e de controle social dominante.

Conforme Pallamolla (2009), ao pensar uma forma de superar o direito penal tradicional e seu caráter punitivo, o abolicionismo penal é um modelo que destoa totalmente do sistema penal tradicional (punitivo), não compreendido enquanto “medida alternativa”, mas enquanto um novo paradigma na forma de ver o crime. O abolicionismo penal de maneira geral tem o intuito de superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. Suas críticas referem-se principalmente em relação ao direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Parte desta crítica centraliza a ideia de que o crime em si mesmo não é composto por uma realidade “ontológica”, mas são expressões dos conflitos sociais, ou seja, problemas causados no âmbito da própria sociedade e sua potencialidade em produzir a delinquência, e nesse sentido é evidente que o direito penal tradicional falha ao tentar a resolução de tais conflitos, somando o fato de ainda não desestimular os comportamentos delitivos. Longe de fazer justiça, o direito penal tradicional afasta a possibilidade do autor do delito “recuperar-se”, além de deixar à vítima à mercê de qualquer

tentativa de restauração penal.

De acordo com Diehl e Porto (2018) o abolicionismo penal, na compreensão de Hulsman⁶ e Nils Christie, é contrariar a forma de em que o sistema penal é exercido e centrado a partir do controle unilateral do Estado. Com influência dos movimentos de contracultura, que nos anos de 1960 fomentaram o movimento de uma nova criminologia, na medida em que eram constituídos por várias vertentes, advogam em favor desde o fim das penas de prisão ao mínimo penal, incluindo ainda a própria extinção do sistema penal. Compreendem o conflito de forma mais próxima da vítima, coisa que o sistema tradicional distancia ainda mais no curso do processo penal. Por fim, compreende que a complexidade do crime é muito maior que o caráter binário “culpado/inocente”, sendo a pena de prisão “reprodutora da criminalidade”.

Para Pallamolla (2009), o insucesso que as penas alternativas configuradas com base no modelo punitivo tradicional não é ignorado pelos abolicionistas penais, na medida em que defendem que as penas alternativas seguem os mesmos caminhos tradicionais do sistema penal, e por isso, apostam em um modelo alternativo ao sistema penal, em sua totalidade. O paradigma punitivista da sociedade contemporânea nem sempre predominou como forma de aplicação penal. A pena de prisão e sua aplicação tem poucos séculos na história. “Durante muito tempo predominaram as práticas de justiça comunitária, com o emprego corrente de técnicas não-judiciais e formas não-legais de resolução de conflitos, restando o Estado afastado destas questões” (PALLAMOLLA, 2009, p. 36). Desse modo, as resoluções de conflitos ocorreriam em outras esferas, não necessariamente judiciais, como é o caso predominantemente da competência atribuída ao Estado para a aplicação da norma penal.

Essa outra alternativa ao sistema tradicionalmente punitivo, possibilita um tratamento diferenciado em relação à vítima esquecida pelo direito penal e o processo penal, dando-lhe possibilidade de escuta e de participação (PALLAMOLLA, 2009).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, mas pensando a partir da realidade norte-americana, observa-se transformações importantes no sistema jurídico e de justiça norte-americano, quando a partir do século XX com a crescente expansão, não apenas da discricionariedade da decisão judicial especialmente no âmbito civil, mas em relação aos movimentos de fomentar os modelos alternativos de resolução de conflitos.

De acordo com Chase (2014), tornou-se evidente o movimento de expansão da discricionariedade no âmbito do processo nas últimas décadas no Estados Unidos. A indagação do autor é que o conflito entre o Estado de direito e o uso livre da discricionariedade é paralelo ao próprio conflito que os valores norte-americanos sofreram sobretudo a partir do final do século XIX. O individualismo resultou na maior flexibilidade das escolhas compatíveis ao modelo de mercado eficiente e o igualitarismo que previa privilegiava um tratamento igual perante a lei, embora a resposta mais legítima em relação à justiça seja o reconhecimento da singularidade, representaria maior legitimidade ao próprio sistema de justiça.

Ainda para o autor são várias as causas para passagem do formalismo que perdurou

⁶ Ver também: Hulsman e Celis (1993).

grande parte da realidade para um sistema mais flexível. De modo geral argumenta que o direito mais flexível e menos burocrático seja mais eficiente. Dessa forma, o novo modelo processual deveria ser científico, flexível e simples, porque o comércio e os negócios apresentam estas mesmas características. Essa nova imagem apresentada pelo Tribunais é também a representação da sociedade e dos valores norte americano. Sendo esta ordem social, um instrumento para o Estado de direito, fundamentado por instituições modernas, pragmáticas e eficientes (CHASE, 2014).

O individualismo contemporâneo reivindica uma infinidade de direitos e de formas de proteção. O Estado deixa aos indivíduos o poder de “autocontrole”, ao retirar-se de uma participação mais efetiva no âmbito privado. Dessa maneira, “tivemos neste momento a passagem de uma sociedade vertical, a que nos habituámos a chamar uma sociedade de classes com pessoas no alto e com pessoas em baixo, para uma sociedade horizontal onde o importante é saber se estamos no centro ou na periferia”. Com efeito, na contemporaneidade cada cidadão deve ser o seu próprio legislador, longe do paradigma positivista e dominante que caracterizou o formalismo, principalmente quando expressava claramente o “proibido” e o “permitido”. Na contemporaneidade são cada vez maiores os processos de descentralizações das estruturas de poder e da interpretação judicial (GARAPON, 2001, p. 128).

Foucault chama a atenção para as novas configurações de poder que se estabeleceu na sociedade contemporânea. Se na modernidade ocidental, ou como menciona Foucault na sociedade disciplinar, o poder é centralizado pelo Estado, a partir dos séculos XVII e XVIII a descentralização do poder tornou-se eminente. Um conjunto de novas técnicas e tecnologias de poder essencialmente centradas nos corpos individuais e ao mesmo tempo no corpo coletivo. Essas novas técnicas não suprimem a técnica disciplinar, que fora imposta sistematicamente pelo poder centralizador, mas opera de forma complementar e está em outro nível, em outra escala, auxiliada por novos instrumentos. Se a primeira corresponde ao poder sobre o corpo, que opera-se de modo individualizado, precedidas por técnicas disciplinares de controle social, temos a partir das novas tecnologias de controle, uma segunda tomada de poder, que não é processada de modo individualizado mas, coletivo na medida em que opera não mais a partir da ótica do “homem enquanto corpo, mas na humanidade enquanto espécie de “biopolítica” do poder e da espécie humana (FOUCAULT, 2010).

Nesse sentido, mas a partir do pressuposto da sociologia, Bauman argumenta sobre a fragilidade e a flexibilidade das relações e dos laços comunitários que assola a sociedade moderna. Na sociedade líquida há desconstrução de toda a ideia de sólido, na medida em que a sociedade moderna, fundada sobre a égide da globalização, da acumulação do capital, da limitação do poder do estado e de uma individualização cada vez mais consistente, acaba por sua vez, criando uma sociedade de incertezas, especializada em grande medida no derretimento das configurações sociais estabelecidas (BAUMAN, 2007).

Apesar da maneira que Bauman aborda a questão da liquidez da sociedade moderna, ele oferece elementos importantes para compreender a re(configuração) social que passa a humanidade

ocidental, de modo que estas novas relações repercutem também nas esferas políticas e jurídicas. Chase (2014) argumenta que a mudança apresentada no sistema de justiça norte-americano em prol de mecanismos ou técnicas alternativas de resolução de conflitos ao final do século XX possuem motivações institucionais, políticas e culturais. Estão alicerçados nos valores compartilhadas pela sociedade e sua desconfiança em relação ao Estado e sua ingerência no compartilhamento de uma vida comum. Dessa maneira contribui para promover o desenvolvimento e fomentar melhorias no sistema de justiça que correspondem aos valores e a cultura norte-americana, identificada pelo autor como o individualismo, o igualitarismo e o livre-comércio. Em conjunto, essas manifestações culturais modificaram a cultura jurídica norte-americana de forma que priorizou a expansão de medidas alternativas ao sistema judicial tradicional e punitivo. Ao analisar a relação histórica entre a mediação e a arbitragem observa-se a manifestação cultural em relação com o próprio sistema de justiça,

Enquanto a arbitragem envolve a tomada de uma decisão vinculante por um terceiro, na mediação este terceiro auxilia os litigantes a negociarem e atingirem a sua própria resolução [...] A mediação, devido à sua ênfase na resolução consensual da disputa, ganhou importância para aqueles que possuíam em elevada conta os valores do comunitarismo e da autodeterminação. Já a arbitragem é corriqueiramente encampada por interesses de mercado devido à sua potencial economia diante da jurisdição, à privacidade de que a decisão é cercada e à confiança no conhecimento específico dos julgadores sobre espécie de questão ser decidida (CHASE, 2014, p. 136).

A mediação surgiu nas comunidades que tinham sua organização própria que cultivavam, por assim dizer, uma antipatia profunda pelo litígio, já a arbitragem se deu inicialmente pela classe dos comerciantes. Dessa forma, a mediação era indicada para as demandas consideradas por valores financeiros menores, ou para os hipossuficientes, já o mesmo não ocorreu com a arbitragem, que aceita pelo mercado não apenas como uma saída para o judiciário, mas principalmente para fugir das imprevisibilidades dos júris, e também como uma maneira de evitar o avanço do Estado sobre o setor privado. Dessa forma, tanto a arbitragem como a mediação também fomentam procedimentos privados como formas alternativas instituídas pelos próprios Tribunais (CHASE, 2014).

Garapon (2001), aposta na simbologia do papel da justiça para compreender as transformações que ocorreram na sociedade moderna. O sistema de justiça possui cada vez mais características democráticas, sendo a descentralização da justiça uma importante característica enquanto um “espaço simbólico” da democracia e que atinge também o sistema de justiça enquanto espaço social, seja por demandas individuais ou coletivas. A vertiginosa escalada das demandas judiciais é inédita até então na história e a complexidade do mundo se dá também nas esferas administrativas. Dessa maneira, à justiça torna-se simultaneamente mais simbólica e mais descentralizada. Nesses novos horizontes democráticos, novas alternativas ao sistema de justiça e de resolução de conflitos podem tornar-se novas formas de regulação social da própria sociedade, a partir de outros valores e princípios.

Para Cappelletti (1988), o conceito de “acesso à justiça” sofreu transformações importantes

nos últimos tempos. Se o acesso à justiça no Estado liberal priorizava procedimentos extremamente formais e individuais que centram o indivíduo a possibilidade de buscar seus direitos, como pano de fundo tem o problema que nem todos têm a mesma possibilidade para propor suas demandas e acessar às instituições de justiça efetivamente. Nesse sentido, o acesso estritamente formal prejudica os sujeitos em buscar um acesso efetivo e menos formalista de justiça.

Apesar da igualdade formal, compreendida enquanto um direito fundamental do humano, verifica-se na prática verdadeiras (in)diferenças entre os litigantes no curso da justiça, privilegiando um sistema dogmático, formalista em desacordo com a realidade prática que dificulta inexoravelmente a igualdade das partes. Por outro lado, um modelo de acesso à justiça centrado na efetividade e na discussão menos formal, mas mais efetiva de acesso. O autor defende que o processo precisa reconhecer que as técnicas processuais devam servir a função social, isto é aproximar e não afastar os interesses dos que necessitam do sistema. Inevitavelmente um importante meio para configurar-se um acesso mais efetivo à justiça é que os meios judiciais clássicos não sirvam de modelo exclusivo de promoção de justiça, mas que sejam pulverizados e regulamentados por procedimentos que criam novos mecanismos alternativos ao sistema judiciário, alargando profundamente o próprio conceito de acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988).

Para Deborah Hensler, citado por Chase (2014), os modelos alternativos de justiça ganharam destaque principalmente a partir dos anos de 1990. Alguns dos tribunais federais e estaduais adotaram práticas de mediação para maioria das demandas civis. Assim, o próprio judiciário contribuiu para o estabelecimento de programas voltados para esta finalidade ao conferir, de forma ativa, proteção e compromissos acordados por particulares sujeitos aos meios alternativos. Isso tornou-se evidente à medida em que, nas últimas décadas, o processo normativo expandiu normas no intuito de promover os meios alternativos fomentando sua utilização.

Observa-se dessa forma, que ao longo do século XX, iniciou um processo de transformação do paradigma punitivo e judicializado centrado exclusivamente na figura do Estado, embora ainda de forma incipiente a migrar para novas formas e técnicas de resolução de conflitos, seja nas esferas civis ou penais. Esses mecanismos sinalizam mudanças importantes em promover de forma efetiva o próprio sistema de justiça ao relacionar-se de uma forma mais estreita com as partes, contribuindo de forma eficiente em estimular o diálogo e se possível obter o acordo entre os envolvidos.

Esses mecanismos de resolução de conflitos tendem a tornarem-se mais democrático na medida em que estimulam a participação mais efetiva das partes, contribuindo para o diálogo e a pacificação social. Ao diminuir o desgaste e o movimento de toda máquina judiciária que ao tratar estes casos apenas como “mais um”, dificultam a reparação e o restabelecimento dos laços comunitários. Muito mais do que apenas outras formas de pensar à justiça, os meios alternativos revelam-se importantes para as sociedades democráticas, principalmente quando leva em consideração não apenas as demandas civis, mas também em relação ao direito penal. Neste sentido, tem-se observado uma abertura importante para abordar o direito penal a partir da perspectiva da justiça restaurativa, que paulatinamente expande no sistema de justiça brasileiro.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA: POR UMA CONSTRUÇÃO DA POLÍTICA DA PAZ

A justiça restaurativa tem por premissa facilitar o encontro entre a vítima e o ofensor, estimulando o diálogo entre os envolvidos, a reparação do dano e além disso, contribuir significativamente para o desenvolvimento social e para a cultura da paz (ACHUTTI, 2014). Dessa forma, postula a transformação social não somente em relação à justiça, mas em fazer justiça. A justiça restaurativa tem seu conceito aberto, pois dinamiza as diferentes experiências restaurativas. Na contemporaneidade, as práticas restaurativas associam-se com a ideia de um movimento relacionado a descriminalização, expandindo-se principalmente após os anos 90 em todas as etapas do processo penal (PALLAMOLLA, 2009).

A justiça restaurativa surge no Brasil nas primeiras décadas do século XXI, tendo uma matriz epistemológica americana/europeia, que destaca a concepção tripartida “encontro”, “reparação de danos” e “transformação”. No sistema de justiça brasileiro liga-se ao direito civilista como métodos alternativos de resolução de conflitos, enquanto instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Na prática opera enquanto um modelo alternativo de resolução de conflitos, com operações pré-processuais, processual e pós-processual, porém ainda adstrita ao processo, com inclinação especialmente procedimental servindo como um “desafogo” ao poder Judiciário, sendo norteados pelo princípio da celeridade e economia processual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

A situação de fragilidade e ineficiência no sistema de justiça brasileiro, a dificuldade da justiça tradicional punitiva enquadrar os interesses das vítimas e os obstáculos na resolução dos conflitos, deixou claro a necessidade de fortalecer outros meios de acesso à justiça e de resoluções de conflitos como o da justiça restaurativa. Neste sentido, diferentemente do abolicionismo penal que propõe não apenas a alternativa a pena de prisão, mas a substituição da totalidade do sistema processual penal, a justiça restaurativa admite a utilização da pena de prisão para um número reduzido de delitos, observados a importância e a conservação das garantias processuais e penais (PALLAMOLLA, 2009).

A justiça restaurativa compreende que a justiça é um valor e não apenas um processo institucional. Ela opera na dimensão social priorizando a inclusão no âmbito de seus laços sociais, além é claro de formar e promover o próprio sistema de justiça. Ao aproximar-se do conflito e dos envolvidos busca-se aumentar a participação efetiva entre elas, ao realizar ações com o fito de restaurar os laços familiares e comunitários na tentativa de restabelecer, dentro do possível, os danos causados e com viés de compromisso com uma sociedade mais harmônica e mais segura (DIEHL; PORTO, 2018).

Para Braithwaite citado por Pallamolla (2009), considera que a justiça restaurativa representa uma radical transformação em relação ao sistema penal. Não apenas na forma de rever os mecanismos tradicionais e punitivos do direito penal, mas também enquanto uma maneira eficaz de transformar o sistema de justiça do mesmo modo que a vida das pessoas diretamente

atingias por estes episódios, seja o ambiente familiar ou de trabalho. Os valores que a constituem não são estáticos, mas fluídos na medida em que estão sendo elaborados e modificados com base nas análises das experiências que conferem os resultados nas práticas restaurativas. Dessa forma, dado a abertura conceitual, as práticas restaurativas abrigam outras formas que por vezes não são denominadas restaurativas, mas que de alguma forma distanciam-se ao patamar tradicional do sistema de justiça, como destaca a autora:

Esta forma de fazer ‘justiça’, típica da modernidade, identifica determinada conduta como crime a partir de pressupostos que conferem a base à reação ao delito. Estes pressupostos, largamente presentes nas sociedades contemporâneas, vinculam-se ao paradigma da justiça retributiva e apresentam a seguinte ideia de crime e de justiça: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer, e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime (PALLAMOLLA, 2009, p. 68).

Contrapondo a tradicional justiça punitiva, centrada exclusivamente no poder do Estado em decidir o futuro da ação penal ou do crime, na justiça restaurativa acontece de modo diverso. Por intermédio de um processo colaborativo (mediador, infrator e ofendido) oferece uma importante ferramenta para a pacificação social. As práticas restaurativas são uma forma democrática de exercício de poder, por intermédio da participação mais efetiva dos envolvidos e de menor centralização do Estado. Ao ajudar a propor uma construção nas relações interpessoais ela promove a responsabilização do ofensor em se envolver e reparar os danos causados. Ao abster a centralidade do Estado e ao promover aos envolvidos no curso da resolução dos conflitos, a justiça restaurativa viabiliza a solução dos conflitos apostando nos interesses sociais coletivos, especialmente quando trata-se das verdadeiras raízes dos problemas sócias (FREITAS; POMPEU, 2019).

A justiça restaurativa constrói práticas nas esferas judiciárias ao fomentar “um novo olhar” seja nas relações familiares ou comunitárias. Com maior descentralização do sistema tradicional de justiça e com a participação mais efetiva ampliam-se os espaços democráticos, possibilitando a construção de um diálogo pacífico entre os envolvidos, importante para solidificar a cultura de paz. Com as práticas restaurativas e o aumento da participação das vítimas e dos ofendidos busca-se oportunizar em conjunto com as famílias e a comunidade a tentativa de uma verdadeira pacificação social. É uma forma de resolução de conflitos que destoa dos modelos de justiça penal tradicional, quando propõem a participação efetiva da vítima e do ofensor na resolução de seus conflitos; na reparação dos danos em favor da vítima (simbólica e/ou materialmente) e por fim, em não deixar de responsabilizar o ofensor, mas não de maneira excludente (DIEHL; PORTO, 2018).

Interessante destacar que parte da filosofia de Habermas adota um conjunto de características que fomentam discursivamente a legitimidade dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, ao considerar imprescindível, a racionalidade, o debate e o consenso nas esferas políticas, jurídicas e sociais do mundo comum.

Habermas (1997) adota o princípio democrático como um elemento fundamental para a organização social e política da sociedade. Se a razão comunicativa é a condição que permite a intersubjetividade e o entendimento, o princípio é democrático na forma de realizar os atos políticos e sociais mediados por deliberações e consensos. A força legitimadora somente é possível a partir dos pressupostos das regras de comunicação que permite um entendimento ou um acordo alcançado entre sujeitos livres e iguais. A legitimidade é qualidade que uma norma tem em ser reconhecida em um ordenamento jurídico, ou seja, é um bom argumento que serve para demonstrar as próprias razões de um sistema político, se este pode ser considerado justo ou equânime (HABERMAS, 1983). Para o filósofo a legitimidade é “[...] é uma exigência de validade contestável; e que do reconhecimento factual dessa exigência que depende a estabilidade de um ordenamento de poder” (HABERMAS, 1983, p. 220).

Assim, por esta perspectiva os cidadãos exercem o poder em construir e implementar tentativas na mesma medida em que são simultaneamente autores e endereçados. Portanto, a legitimação se apoia em acordos comunicacionais dos integrantes de um discurso racional, sendo que estes devem propor sua manifestação acerca de uma norma. Desse modo, o direito assume uma forma democrática de produção, no qual a legitimidade das leis passa pela discussão pública tanto a nível da representatividade política quanto a nível da participação dos cidadãos na esfera pública, fundada na perspectiva de um princípio discursivo e democrático (HECK, 2009).

Por outro lado, não se pode deixar de fazer a crítica que no âmbito brasileiro a justiça restaurativa ainda reconfigurada a lógica estrutural de funcionamento dos sistemas de justiça, pois além das competências, a inclusão de novas situações depende de uma cadeia de poderes muito seletivos e burocráticos que acabam diminuindo a expansão do programa. Há outros fatores que impedem sua progressão. A resistências dos profissionais dos sistemas de justiça para expandir condutas consideradas graves ou de competência própria do sistema de justiça tradicional, ou ainda o princípio da indisponibilidade da ação penal (cuja titularidade pertence ao Ministério Público), razão pela qual os programas de justiça restaurativa apenas encontram oportunidade “processual” nos juizados especiais ou em atos infracionais. Neste contexto, as práticas restaurativas acabam, por assim dizer, completando a esfera judicial, e não tendo autônoma em relação aos métodos punitivos clássicos, tendo em vista aumentar a eficiência do sistema penal, principalmente quando se presta aos cuidados de casos simples e não graves (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Ainda de acordo com relatório trazido sobre a justiça restaurativa no Brasil, observa que as pautas técnicas e legais referem a existência da previsão da resolução n. 225/16, do CNJ, que prioriza seu cabimento em fase pré-processual e a obrigatoriedade da suspensão do processo, assim como a eliminação da resolução que traz o princípio da celeridade, e o princípio da urbanidade, estendendo-se as pessoas do interior, e por fim, ao considerar abrir espaços para situações consideradas graves (tentativa de homicídio, estupro, roubo, tráfico de drogas) do mesmo modo que para questões ligadas à classe e ao gênero, além da importância em promover um debate público. Em síntese, desenha-se no Brasil um modelo próprio de justiça restaurativa, focado na

responsabilização do ofensor, na prevenção e na pacificação de conflitos, e ainda na transformação das subjetividades e das relações intersubjetivas com alcance ainda muito limitado. Os desafios hoje são: a) buscar a superação dos elementos do paradigma punitivo na conformação da Justiça; b) progredir a autonomia das práticas restaurativas, face ao paradigma punitivo; c) fomentar a ampliação da base comportamental da justiça restaurativa, rompendo-se com a dicotomia criminal que estigmatiza as condutas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Dessa forma, a justiça restaurativa é uma alternativa ao sistema de justiça que privilegia o encarceramento e o tribunal, pois quem continua sendo encarcerado não possui “representação” e logo, seus interesses são reduzidos a estereótipos, cujo os resultados não poderiam ser os piores. No mundo paralelo a normalidade é operada sob a ótica de outra racionalidade que constrói um espaço social distinto dos domínios comuns. Nesta realidade a prisão e a morte não fazem mais sentido, quando não se tem mais nada, nada se tem a perder, são “apenas” mais alguns casos. Talvez apenas com um novo olhar reconfigurado, abre-se a possibilidade em pensar a transformação do sistema de justiça, não apenas em procedimento, mas de fato em valor. Talvez mais humanidade, e neste ponto a justiça restaurativa pode contribuir significativamente, mas é necessário um debate para se repensar o sistema de justiça que contribua de modo significativo para o diálogo e para a promoção de uma cultura da paz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, verifica-se com o surgimento da modernidade a supremacia do Estado de direito com os fundamentos de um sistema político-jurídico orientados a partir da lógica contratualista enquanto organização política, social e judicial. A modernidade pulverizou a transformação social para um Estado de direito orquestrado na racionalidade instrumental, na centralidade do indivíduo e no acúmulo de capital, que com a complexidade das sociedades contemporâneas e dos desdobramentos das próprias críticas ao paradigma moderno, principalmente no tocante a racionalidade instrumental e a centralidade do Estado na resolução dos conflitos, ocasionaram transformações culturais importantes no desenvolvimento de valores que forçosamente refletiram na (re)configuração do poder judiciário, ou pelo menos na tentativa de mudar o paradigma ante exposto.

Na medida em que autoridade estatal judicial passou a ser desafiada através de um discurso que adstrita os valores democráticos somando com a autonomia cada vez mais cresceu frente ao discurso hegemônico e unilateral de fazer justiça centrado na soberania do Estado, iniciou-se ao longo do século XX um processo de transformação do paradigma punitivo e judicializado do Estado, embora ainda de forma incipiente a migrar para novas formas e técnicas de resolução de conflitos, seja nas esferas civis ou penais. Com a possibilidade destes mecanismos em tratar à justiça, e de relacionar com as partes, no intuito em estimular o diálogo e se possível, um acordo entre os envolvidos, mas também para que sejam ouvidos e dialogados com seus interesses e vontades, confrontando é claro com o outro lado.

Portanto, os novos métodos alternativos, principalmente em relação à justiça restaurativa

é uma nova forma de compreensão e de relação entre os sujeitos sociais, aproximando de forma muito mais significativa na transformação cultural na luta pela pacificação social. Neste sentido, aparece enquanto resposta alternativa para o delito e a criminalização, ao utilizar outras técnicas em relação ao tradicional processo penal, atendendo aos novos valores que passam a ser considerados importantes para uma cultura de paz e da transformação da justiça social enquanto valor.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad: la hybris del punto cero y el diálogo de saberes. *In*: CASTRO-GOMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (org.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007. p. 79-91.
- CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório analítico propositivo justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário**. [Brasília]: CNJ, 2018.
- DESCARTES, Rene, **Discurso do método**. Lisboa: Edições 70, 2000.
- DIEHL, Rodrigo Cristiano; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: o poder judiciário no enfrentamento à violência contra mulher. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, p. 689-709, 2018.
- FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo. **A educação Física na Crise da Modernidade**. 1999. 213 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/253704>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2009.
- FREITAS, Ana Carla Pinheiro; POMPEU, Victor Marcilio. Justiça restaurativa: sua legitimação pelo conceito de poder e Foucault, 2018. **Revista de Direito da UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 262-278, jan./jun., 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5696>. Acesso em: 23 fev. 2021.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual do judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do direito fraterno**. [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempos brasileiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Brasília: Brasiliense, 1983.

HECK, José N. **Ensaio de filosofia política e do direito**. Goiânia: UCG, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Textos escolhidos**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1993.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **A (in)diferença no direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

Como citar: JUNGES, Jonathan; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. O paradigma moderno e a re(configuração) do sistema de justiça a partir dos mecanismos alternativos de justiça. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 151-167, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p151. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 23/02/2021

Aprovado em 02/06/2021

**COMÉRCIO JUSTO E BIOÉTICA: A LEGITIMIDADE DE
REGIMES JURÍDICOS PRIVADOS**

FAIR TRADE AND BIOETHICS: THE LEGITIMACY OF PRIVATE
LEGAL SCHEMES

José Ricardo dos Santos Baganha*
Rafael Lazzarotto Simioni**

*Mestre em Bioética pela
Universidade Vale do Sapucaí
(Univás)
E-mail: advbaganha@gmail.
com

**Doutor em Direito Público
pela Universidade do Vale do
Rio dos Sinos (Unisinos)
E-mail: rafaelsimioni@univas.
edu.br

Como citar: BAGANHA, José Ricardo dos Santos; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Comércio justo e bioética: a legitimidade de regimes jurídicos privados. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 168-186, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p168. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O sistema do Comércio Justo – Fair Trade – é uma estrutura de comércio em rede, certificada por boas práticas de sustentabilidade cujos conceitos e princípios dialogam pela inserção de regramentos éticos nos espectros sociais, econômicos e ambientais, características contra-hegemônicas se comparadas com os pressupostos do capitalismo liberal. Este modelo negocial inovador, por ser uma experiência à partir do Hemisfério Norte, reacende a questão da colonialidade e da legitimidade das normas definidas no âmbito da rede. Esta pesquisa estabelece uma reflexão sobre este regime jurídico de comércio em rede, que regulamenta as atividades de todos os atores que se relacionam dentro do movimento do Comércio Justo, buscando compreender como uma proposta se legitima frente aos mais diferentes países, culturas e sistemas jurídicos e possibilita uma articulação de atividades, no propósito discursivo de desenvolvimento de agricultores vulneráveis e suas comunidades. A metodologia utilizada foi analítica e a técnica de revisão literária. Como resultado, obteve-se a percepção de que as regras adotadas priorizam uma abordagem sistêmica de um projeto, no qual a relação de compra e venda e nem mesmo o lucro são tidos como um fim em si mesmo, como objetivo principal.

Palavras-chave: cafeicultura, cooperativismo, certificação, regimes jurídicos privados, equidade e justiça.

Abstract: The Fair-Trade system is a network commerce structure, certified by good sustainability practices whose concepts and principles dialogue by the insertion of ethical rules in the social, economic and environmental spectrums, counter-hegemonic characteristics if compared to the assumptions of liberal capitalism. This innovative business model, as an experience from the Northern Hemisphere, rekindles the issue of coloniality and the legitimacy of the norms defined within the network. This research establishes a reflection on this legal regime of networked commerce, which regulates the activities of all actors that connect within the Fair-Trade movement, seeking to understand how a proposal is legitimized in front of the most different countries, cultures and legal systems and enables an articulation of activities, in the discursive purpose of development of vulnerable farmers and their communities. The methodology used was analytical and literature review. As a result, this paper perceives that the rules adopted prioritize a systemic approach to a project, in which the buying and selling relationship and not even profit is taken as an end in itself, as the main objective.

Keywords: coffee, cooperativism, certification, private legal regimes, equity and justice.

INTRODUÇÃO

O modelo adotado pela rede de Comércio Justo tem se apresentado como uma proposta inovadora e alternativa ao modelo capitalista de comércio vigente. Surgido entre as décadas de 1940 e 1950 de ações voluntárias e altruístas de entidades religiosas e filantrópicas transnacionais, como reação às crises humanitárias decorrentes da crescente desigualdade e acentuação de pobreza nos países do Sul mundial, trazia em seu âmago a convicção de que o pensamento liberal falhou e que, portanto, iniciativas individuais não promoviam naturalmente o bem e o interesse coletivo.

Em sua trajetória as ações do movimento evoluíram da solidariedade para o mercado e suas estratégias rumaram para iniciativas desenvolvimentistas, contrárias à lógica do comércio internacional globalizado, notadamente no combate à racionalidade econômica dominante, cuja base lógica estrutural apropriou-se dos pensamentos, objetivos e ações das demais racionalidades, tornando tudo e o todo, produto em razão do lucro.

Atualmente definido como uma proposta de estabelecimento de relações comerciais baseadas no diálogo, transparência e respeito, com objetivo de obter o sentido mais próximo de equidade entre os atores no comércio internacional, promovendo melhoria nas relações sociais, desenvolvimento sustentável e proteção dos direitos dos pequenos produtores e trabalhadores, o Comércio Justo ao menos no plano conceitual, alinha-se aos valores e princípios da Bioética Global, voltada para a construção de uma nova forma de produção dos saberes, na preservação de toda forma de vida no planeta.

Com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), o campo de atuação da Bioética foi ampliado para o âmbito das ciências sociais, penetrando no universo do conhecimento voltado para a equidade e a justiça social, buscando a correção das assimetrias existentes e a equalização de forças globais. Com o escopo de promover o desenvolvimento de ações urgentes e estratégicas, norteando uma visão política voltada para o respeito à pluralidade, dignidade e direitos humanos universais.

Entretanto, o conceito do Comércio Justo vem definido a partir de uma experiência do Hemisfério Norte para o Hemisfério Sul, o que pode reacender, dentre outras, a questão de uma nova estrutura de exercício de colonialidade e da baixa legitimidade das normas definidas no âmbito da rede.

Nessa perspectiva, objetiva-se estabelecer uma reflexão crítica sobre a relação entre regimes jurídicos privados como o Fair Trade e a legitimidade destas normas à luz da bioética global. Para tanto, parte-se de um breve histórico do comércio justo para relacionar com os principais preceitos da bioética global. Em um segundo momento, a pesquisa analisa a situação do pequeno cafeicultor do Sul de Minas Gerais e a crise do café, estabelecendo uma comparação entre os princípios contratuais clássicos e os princípios contratuais definidos nos regimes contratuais privados do Comércio Justo. No final, a pesquisa analisa as regras do Comércio Justo como instrumento de desenvolvimento econômico e social.

Para serem alcançados estes resultados, essa pesquisa utiliza o método analítico e a técnica de revisão literária. Como referencial teórico, esta investigação utiliza tanto os referenciais Schramm, Pessini e Garrafa bem como a noção de regimes jurídicos privados desenvolvidos no âmbito da teoria dos sistemas de Gunther Theubner. Esse referencial teórico torna possível o diálogo entre Bioética e Direito, por meio do qual, esta pesquisa coloca a questão da legitimidade destes regimes jurídicos privados, pensados em uma perspectiva europeia, para a realidade da região do Sul de Minas Gerais, cuja história é marcada pela inscrição de uma cultura colonial.

2. BREVE HISTÓRICO DO COMÉRCIO JUSTO

Nas décadas de 40 e 50 surgiram as primeiras iniciativas de movimentos sociais nos Estados Unidos da América (EUA) e Europa, no propósito de aproximar e desenvolver territórios em desvantagem política e econômica do Sul ao comércio do Norte (MASCARENHAS, 2007, p. 2).

Inicialmente as redes e círculos de integração destas instituições promoviam feiras e bazares que evoluíram para um conjunto de lojas temáticas (Word Shops), iniciativas de comércio alternativo que se organizaram por meio da associação de comércio alternativo ATO (Alternative Trade Organizations) (SCHNEIDER, 2012, p. 21-22).

Os projetos políticos de reconstrução e desenvolvimento no pós segunda guerra mundial, movimentos como da solidariedade internacional comércio para o desenvolvimento (developmental trade), notadamente após a Conferência da ONU de 1964, onde o lema “comércio não ajuda” (trade, not aid) marcou o início de um novo modo de agir nas relações Norte-Sul, posicionando o comércio como uma ferramenta para o desenvolvimento (MASCARENHAS, 2007, p. 45-46).

No final da década de 1980 e início de 1990 o Comércio Justo encampa valores de desenvolvimento sustentável por uma consciência global de preservação do meio ambiente, da proteção da dignidade humana e a necessidade de combater as desigualdades sociais e econômicas entre o eixo Norte-Sul. A estruturação de parcerias comerciais se aperfeiçoou por meio de uma complexa unificação e regulamentação das certificadoras pela FLO - Fairtrade Labelling Organizations International e tornou toda rede de comercialização auditada por este selo, desde o produtor, importador, torrefador, até o produto apresentado ao consumidor final.

Em outubro de 2001 os grupos FLO, IFAT, NEWS e EFTA (Associação Europeia de Comércio Justo) criaram uma organização guarda-chuva com objetivo de convergir os principais atores do Comércio Justo na Europa – FINE (WILKINSON, 2007, p. 221) e em 2002 surge a definição de Comércio Justo, a qual foi revista e ratificada em 25 de setembro de 2018, com a redação “o Comércio Justo é uma parceria comercial baseada no diálogo, na transparência e no respeito que busca maior equidade no comércio internacional. Contribui para o desenvolvimento sustentável, oferecendo melhores condições comerciais e garantindo os direitos dos produtores e trabalhadores marginalizados - especialmente no sul” (FLO, 2018).

Surgem a World Fair Trade Organization (WFTO) (SCHNEIDER, 2012, p. 45) e a Coordenadora Latino-Americano e do Caribe de Pequenos Produtores e Trabalhadores do Comércio Justo, cuja missão de “representar e promover os interesses, capacitação e desenvolvimento de seus membros e de suas comunidades” para o crescimento do movimento (CLAC, 2019).

Em 2015 a Associação Brasileira de Comércio Justo, atual Fair Trade Brasil, também se instalou no país tendo como função o gerenciamento do uso da marca Fairtrade, bem como a divulgação e prospecção do movimento perante o mercado consumidor (BARONE, 2017, p. 92).

Segundo Abrahamsen (2004, p. 1455) a forma de atuação do C.J que oferece aos países receptores a “propriedade” de seus programas desenvolvimentistas, com acesso a processos de organização, conhecimentos técnicos e científicos, apoio de estruturação e fomento, são como uma forma de poder liberal avançada, onde as parcerias não trabalham primariamente, com dominação e imposição direta, mas através de promessas de incorporação e inclusão.

Para Grewal (2008, p. 92) a diferença entre as redes de Comércio Justo e as de Comércio Internacional tradicionais está na cooperação, no foco para formação de parcerias duradouras de negócios, com eliminação de atravessadores, constante trabalho de manutenção das redes, fortalecimento dos conceitos e valores do sistema perante o mercado consumidor e sociedade.

Os produtores são organizados por cooperativas ou associações, que devem adotar sistema democrático em seus processos decisórios e ter capacidade para exportação. As certificadoras fazem o processo de padronização de boas práticas, de modo a trazer credibilidade e garantia da

origem e identificação do comércio justo, o que agrega valor ao produto por suas características sustentáveis, de modo a justificar uma predileção do consumidor consciente pelo produto com um maior preço final na prateleira (PEDINI, 2014, p. 466).

Uma parte do valor agregado aos produtores retorna aos produtores por meio de acesso a contratos de pré-financiamentos, garantia de preço mínimo e prêmio do Comércio Justo, este último, com finalidade de promover projetos sociais nas comunidades onde residem os produtores, trazendo desenvolvimento sustentável de territórios de produtores (McEWAN; BEK, 2009, p. 257).

No entanto, a proposta do comércio justo se circunscreve de elementos desafiadores, como a presunção de que o mercado proveria meios para custear as melhorias sociais e ambientais aos pequenos produtores, absorvendo os seus custos maiores, cujo valor agregado estão estabelecidos em fatores intrínsecos, de uma crença e engajamento a uma causa (WILKINSON, 2007, p. 230).

Essa crença encampa a ideia de justiça como valor agregado ao produto cuja produção observou melhores condições de trabalho, a promoção de desenvolvimento social e humano, identificada pelo consumidor através do selo da certificação (RIOS; FINKELSTEIN; LANDA, 2014, p. 172).

Trata-se de uma relação de confiança onde estes atributos estão amparados na existência do selo, sendo este o símbolo que remete os valores intrínsecos do produto, entre comerciante e consumidor (CASTALDO *et al*, 2009, p. 10).

À partir destes levantamentos bibliográficos surge a necessidade de compreender como o Comércio Justo legitima seu projeto discursivo em suas regras de certificação que permeia toda rede de comércio e sua segmentação.

3 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA DA BIOÉTICA

A bioética hodiernamente conhecida teve como marco a publicação pelo norte-americano Van Renssealaer Potter, bioquímico, professor e pesquisador na área da oncologia, no qual elaborou o neologismo *bioethics* em dois artigos, sendo o primeiro “*Bioethics, science of survival*”, publicado em *Persp Biol Med* (1970) e em sequência em sua célebre e mais conhecida obra “*Bioethics: bridge to the future*” (1971) (PESSINI, 2013, p. 10).

Em seu trabalho Potter idealiza um pensamento ético aplicado, um novo propósito do saber científico, voltado para sobrevivência e perenidade humana no globo, pressupondo uma nova ética para comunidade científica que combinasse humildade, responsabilidade e competência, cuja abordagem e enfoque interdisciplinar e intercultural, pudessem redefinir, redirecionar e potencializar o rumo da humanidade (PESSINI, 2013, p. 10).

No entanto, em 1927 o Alemão Fritz Jahr, natural de Halle na Alemanha, já havia criado a palavra *Bio-Ethik*, com o intuito de propor uma espécie de responsabilidade moral humana por respeito à todas as formas de vida no planeta, à semelhança e sentido com que Kant propôs seu imperativo categórico do agir humano. A proposta de Jahr expandiu o objeto e abrangência para todas as formas de vida existentes no globo, não por sua utilidade, mas por seu valor intrínseco (PESSINI, 2013, p. 15).

O primeiro título de Potter “*Bioética, ciência da sobrevivência*” estabelece a dimensão da proposta que nortearia o exercício da produção e do uso do conhecimento, que se desenvolveria em amplitude global equalizando as diferentes moralidades das relações humanas com o ambiente natural (SCHRAMM, 2008, p. 19).

A “*ciência da sobrevivência*” se tornou uma “*ponte para o futuro*” no livro de 1971 em que o autor especifica que a “*ponte*” seria de fato uma metáfora do “*diálogo*” entre *Ciência e Ética*, e cujas condições de possibilidade seriam dadas por uma forma de saber consciente de seus limites e também de suas responsabilidades (SCHRAMM, 2011, p. 303).

Em 1998, durante o Quarto Congresso Mundial de Bioética no Japão, em Tóquio, a Bioética defendida por Potter foi reconduzida à cena principal do evento, cujo nome foi intitulado “Bioética Global”, cujos artigos conduziram as ideias de expansão para o campo de estudo e ação, pontuando agora valores inerentes aos direitos humanos como qualidade de vida, proibição de discriminação como racismo, gênero, religião, segurança alimentar e, ainda, revisitando a preocupação para preservação da biodiversidade, o desenvolvimento sustentável (escassez de recursos naturais) dentre outros (GARRAFA, 2005, p. 129).

Em Outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou por aclamação a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de modo que pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único, que veio tratar das questões éticas suscitadas pela medicina, ciências da vida e tecnologias associadas na sua aplicação aos seres humanos (UNESCO, 2005).

Assim, a Declaração ao incorporar os princípios que enuncia nas regras que norteiam o respeito pela dignidade humana, pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, consagrou a bioética entre os direitos humanos internacionais e garantiu o respeito pela vida dos seres humanos, reconhecendo a interligação que existe entre ética e direitos humanos no domínio específico da bioética.

4 O PEQUENO CAFEICULTOR DE MONTANHA DO SUL DE MINAS E A CRISE DO CAFÉ

O estado de Minas Gerais é o maior estado produtor de café do Brasil, responde por cerca de 50% da produção nacional, sendo 2/3 da produção total de café Arábica. Devido à sua vasta extensão territorial, essa produção se realizada em diferentes características edafoclimáticas, geograficamente identificadas entre regiões a Zona da Mata, Sul, Cerrado e Chapada de Minas. A região do Sul de Minas (assim como a Zona da Mata) são denominadas produtoras de café de montanha, devido ao relevo muito acidentado (RUFINO; SILVEIRA; RIBEIRO JUNIOR, 2010, p. 9).

Por sua vez, o café de Montanha é responsável por cerca de 70% da produção de café de Minas Gerais. Em um universo de mais de 220 municípios produtores, constituem-se de elevada densidade do trabalho humano no cultivo e manejo, haja vista a impossibilidade de mecanização pela topografia acidentada do terreno.

Na região de Montanha do Sul de Minas Gerais, os produtores possuem entre 3 e 20 hectares de lavoura de café em média, a produção de café é predominantemente familiar em que parentes diretos realizam a maior parte das operações de manejo da lavoura, sendo que trabalhadores externos geralmente são contratados apenas para atividades de colheita e, eventualmente, na capina e adubação do cafezal (RUFINO; SILVEIRA; RIBEIRO JUNIOR, 2010, p. 30).

Semelhante situação de vulnerabilidade da agricultura praticada em regiões de montanha por pequenos produtores fomentou a adoção de políticas públicas de apoio para regiões consideradas como “Zonas com Desvantagens Geográficas e Naturais” no continente Europeu. A União Europeia por meio do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) protege os produtores vulneráveis, por meio da correção dos desequilíbrios regionais, buscando modernização e diversificação das estruturas econômicas (RUFINO; SILVEIRA; RIBEIRO JUNIOR, 2010, p. 10).

Trata-se, portanto, de uma condição de vulnerabilidade que assola diversas regiões do mundo de pequenos agricultores em decorrência de fatores naturais, sociais e mercadológicos.

O setor cafeeiro mundial entre as décadas de 1960 e 1980 era regulamentado por Acordos

Internacionais do Café (AIC), nos quais países produtores se articulavam para intervir e assegurar preços em patamar mais elevado para garantir um percentual maior no preço final do produto aos produtores. Com a abertura de mercado e a globalização o controle de preços deixou o sistema de regulação dos acordos internacionais devido à pressão do neo-liberalismo exercido sobre os países produtores que, tal qual o Brasil, extinguíram seus órgãos internos (BARONE, 2017, p. 25) para permitir que o mercado o fizesse.

Essa mudança no mercado do café é concomitante ao processo de globalização que propalava progresso e desenvolvimento para os cidadãos dos países em desenvolvimento, a esperança de um mundo mais justo e equânime com a abertura comercial e das barreiras alfandegárias. No entanto, a abertura passou o controle de preços dos países produtores para as grandes empresas exportadoras e processadoras do produto e, com isso, os países do Sul - América Latina e Caribe – sofreram acentuado impacto de suas condições devido a uma desaceleração nos preços globais de commodities (WORD BANK, 2018).

Segundo a Organização Internacional do Café, OIC, a maioria entre 25 milhões de famílias de pequenos cafeicultores no mundo não consegue sequer cobrir seus custos de produção e vivem um processo de empobrecimento que está destruindo o tecido social nas áreas rurais de mais de 40 países da África, Ásia e América Latina.

Em alguns países, os produtores que insistem no cultivo do café não poderão pagar pelo cuidado adequado de suas propriedades e lavouras, o que leva ao inadequado manejo da produção, o que afeta a qualidade e priva os consumidores da diversidade que eles desfrutam hoje em dia. A adaptação e mitigação dos efeitos da mudança climática são outros encargos que recaem sobre os ombros dos produtores. E frente a esta realidade o Segundo Fórum de Países Produtores de Café, realizado na cidade de Campinas, Brasil, aos dias 10 e 11 de julho de 2019, identificou como principais desafios do setor a sustentabilidade econômica, ambiental e social, bem como a necessidade de interação e coordenação estratégica entre os agentes da cadeia produtiva (DECLARAÇÃO..., 2019).

5. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Os princípios de direito contratual atualmente vigente em nosso sistema jurídico, dividem-se entre tradicionais e pós-modernos, e assim são chamados por estarem diretamente ligados às conjecturas do tempo em que foram concebidos.

Durante o século XVIII até o início do século XX, os ideais clássicos da liberdade e igualdade, que inspiraram o Código napoleônico Francês, atendiam aos anseios da burguesia vitoriosa na revolução de 1789, em seus vieses político, ideológico e econômico. Nesse período o contrato e sua força obrigacional visava garantir o acesso e a circulação de riqueza, a aquisição da propriedade expressava a verdadeira expressão de liberdade. A burguesia promove a aquisição de bens e terras das classes antigas, normalmente improdutivas (VENOSA, 2003, p. 365).

Posteriormente o Código Alemão traz a conceituação do negócio jurídico como um instituto geral do qual o contrato passa a ser uma categoria, surgindo assim os princípios clássicos contratuais que validam os negócios, tendo em observação, a autonomia da vontade das partes, o consensualismo e obrigatoriedade dos contratos. Esse sistema foi adotado pelo direito brasileiro no Código Civil de 1916 e perdurou por grande parte até o final do século XX.

A autonomia da vontade de contratar deste modelo, pressupõe a paridade e a igualdade entre contratantes na formulação de todas as cláusulas e condições negociais. Ainda vivo, este modelo constitui pilastra do direito privado, quando o ‘cidadão’ contrata com seus iguais, sendo o consenso a expressão máxima da igualdade de poder entre contratantes (VENOSA, 2003, p. 366).

Entretanto, na sociedade pós-moderna, a relação entre partes cede lugar para novas formas de contratação, e a economia de massa é praticada agora por atores do mercado globalizado, desde

as microempresas até os grandes detentores do capital (VENOSA, 2003, p. 367). Nesse novo cenário o Estado passa a intervir normatizando os negócios jurídicos visando garantir interesses coletivos sobre os interesses individuais, equalizando o interesse das partes em relação aos interesses da sociedade.

Esse novo sistema é adotado pelo Código Civil de 2002, que mitiga o individualismo do antigo código para conceber o ideal de justiça social, incluindo entre os princípios tradicionais o princípio da supremacia da ordem pública, da revisão dos contratos, boa-fé e da função social. Todo esse esforço decorre das transformações que o mercado de consumo em massa promove no âmbito das relações humanas, já que a autonomia da vontade sofre relativismos e limitações, como na capacidade de escolha do uso de transporte público ou na contratação do seguro obrigatório veicular (PEREIRA, 2004), bem como de outros serviços públicos como luz, água e esgoto (DINIZ, 2003).

Assim, é que o conteúdo e cláusulas contratuais outrora definido pelas partes estão agora submetidas a limitações das cláusulas gerais que tratam da função social, da boa-fé objetiva e supremacia da ordem pública, ou seja, o princípio da autonomia da vontade se reduz a opção de estabelecer vínculo obrigacional, pois, o interesse geral da ordem pública e os bons costumes, constituem claros limites à liberdade de contratar (DINIZ, 2003).

Segundo Diniz (2003) o princípio do consensualismo tem no consenso um requisito subjetivo da formação contratual, onde o acordo de duas ou mais vontades devem estar isentas de vícios como erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação e fraude, acerca da existência, natureza, objeto e cláusulas que compõem o contrato. Para Bulgarelli (2001) o consensualismo caracteriza-se pela ausência de qualquer solenidade na celebração dos contratos, bastando o simples consentimento, o simples acordo de vontades, e somente em caráter excepcional são exigidas algumas formalidades.

O *pacta sunt servanda* é princípio geral de Direito que remete à força obrigacional do contrato, em que se afirma que o ‘contrato faz lei entre as partes’. As estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, isto porque uma vez concluído livremente, constitui-se uma verdadeira norma de direito, sendo intangível, a menos que haja consenso em sua alteração ou ocorra escusa por caso fortuito ou força maior (DINIZ, 2003).

O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva aproxima-se de uma antítese ao princípio da obrigatoriedade, pois, permite aos contratantes recorrerem ao poder judiciário para pleitear a revisão, observando que as condições em que estavam durante a celebração do contrato tenham sido alteradas a ponto de tornar, a uma das partes, o cumprimento contratual excessivamente oneroso. Este princípio decorre da chamada cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Com a globalização da economia a empresa substitui o Estado na função de promover o desenvolvimento, o valor da propriedade é relativizado pela geração de riqueza e renda, as relações humanas são permeadas por estes novos valores, de modo que os negócios jurídicos de massa ganham status e relevante valor social (VENOSA, 2003, p. 368).

O contrato rígido entre particulares passa a ter valor em função social e ganha proteção do Estado que, antes era estático e agora interfere nas relações contratuais privadas, para proibir ou impor regras de interesse público (VENOSA, 2003, p. 369). Para Pereira (2004) o princípio da função social do contrato atua na limitação da autonomia da vontade individual em divergência com o interesse social que deva prevalecer.

O valor da função social do contrato é princípio moderno que se alinha com os princípios tradicionais atenuando-os quando conflitantes com os inafastáveis direitos metadividuais jurídicos, sociais, econômicos e morais.

O princípio da boa-fé também é considerado um princípio geral por ser aplicado ao direito obrigacional de maneira a garantir que as partes assim atuem desde as tratativas iniciais, como bem na formação, execução, extinção nas relações contratuais. É, pois, norma pela qual se norteia

o trabalho hermenêutico do operador do direito que está vinculado à interpretação das cláusulas escritas, observando que as partes deverão agir sempre com lealdade, honestidade e confiança recíprocas, esclarecendo a intenção, os fatos e o pactuado, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido e ilícito (DINIZ, 2003).

De relevância ainda observar que a boa-fé se subdivide em objetiva e subjetiva. A subjetiva se refere à percepção do agente contratante, é considerada sob a ótica de sua real compreensão do seu ato, tendo em vista o grau de conhecimento que possui em um negócio. A objetiva leva em conta um padrão de conduta comum, de homem médio, padrões sociais de uma comunidade (VENOSA, 2003, p. 379).

A apresentação destes princípios contratuais constantes do ordenamento jurídico brasileiro se faz importante para o presente estudo na medida em que, apesar do esforço do anteparo jurídico apresentado, na prática os negócios entre desiguais que envolvem parcela vulnerável de atores, como os cafeicultores familiares de montanha, nenhuma proteção prática e efetiva os socorre da lógica no neo-liberalismo econômico, relegando-os ao isolamento, à falta de perspectivas de crescimento e desenvolvimento.

6. A COMPRA E VENDA NO SISTEMA TRADICIONAL DO CAFÉ

A compra e venda se define como contrato em que uma pessoa se obriga a transferir a outra o domínio de uma coisa, mediante pagamento de preço certo em dinheiro ou valor fiduciário equivalente (DINIZ, 2003, p. 171). Em síntese, são elementos essenciais a coisa (res), o acordo de vontade (consensus) e o preço (pretium).

A coisa deverá ter existência, ainda que potencial, deverá ser individualizada, disponível e transferível ao comprador. O consentimento deverá observar a capacidade dos contratantes para praticar atos da vida civil.

O preço deve ser oneroso, ajustado de forma séria, fixado com certeza. A fixação do preço como elemento essencial, pode ser creditada à terceiro, a tabelas de mercado, índices de indexação futuros e, quando não convencionada explicitamente, presume-se que acordaram à prática e habitualidade exercitada pelo vendedor. Porém, o negócio será nulo quando a fixação do preço ficar à mercê exclusiva de uma das partes (DINIZ, 2003, p. 171).

Não se pretende esgotar aqui as classificações, peculiaridades e estudos sobre o instituto da compra e venda, apenas conjecturar os elementos que compõem a espécie de negócio jurídico sob o qual incidem toda ordem principiológica exposta no item anterior e, assim, problematizar com o universo vivido pelos pequenos cafeicultores do Sul de Minas antes da inserção ao contexto das regras do Fair Trade.

Em síntese essa relação é permeada por uma assimetria de poder entre vendedor e comprador, ou seja, não existiam igualdade e paridade de partes no contrato, desconstituindo a presunção em que se sustenta o princípio clássico da autonomia da vontade.

O pequeno cafeicultor, individualmente isolado, exposto aos fatores de distanciamento geográfico, social e econômica, não possui força de negociação junto às empresas compradoras (atravessadores) que, por sua vez, atuam praticamente sem concorrência.

O preço da saca de café fixado pelas tabelas diárias vinculadas aos índices da Bolsa de Valores de Nova York, com variáveis distantes e desconexas aos custos de produção do cafeicultor, como a lei da oferta e demanda, a própria qualidade do café, o clima e a especulação financeira, além do despreparo técnico relacionado à avaliação, classificação dos grãos e sua precificação, invariavelmente, retratam a vulnerabilidade dos pequenos produtores que simplesmente entregam suas produções sem uma efetiva e justa negociação de compra e venda.

Esta realidade frente aos princípios contratuais clássicos e modernos supra expostos, demonstra que neste modelo comercial de compra e venda de café realizados no sistema tradicional

(spot), os esforços jurídicos não são suficientes para alcançar os fatores que fragilizam e tornam os cafeicultores vulneráveis, gerando assimetrias e perdas ao elo mais frágil da relação contratual, o pequeno cafeicultor.

7. DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A PRODUÇÃO JURÍDICA DO FAIR TRADE

Assim, no âmbito deste trabalho consideramos os regramentos da FLO e WFTO que expressam a concordância e união de diversas ações nacionais de Comércio Justo e que se organizaram para fortalecer conceitos, valores, critérios e sedimentar a marca com credibilidade no mercado. Estes regramentos são adotados no universo das instituições certificadas no Sul de Minas Gerais em que estão participando os cafeicultores colaboradores desta pesquisa.

Segundo consta no sítio virtual do Comércio Justo (Fairtrade) os critérios são projetados com objetivo de combater a pobreza e capacitar produtores nos países mais pobres do mundo, envolvendo e obrigando produtores e comerciantes (FLO, 2019b). Estes padrões são definidos de acordo com o Código de Boas Práticas da ISEAL sobre definição padrões sociais e ambientais. Esse processo envolve ampla consulta com as partes interessadas (FLO, 2019a).

A Fairtrade International explica que a elaboração de um padrão pode surgir através de diversas iniciativas, pode surgir internamente, pode surgir por uma das partes interessadas (produtores, comerciantes, distribuidores), o que se dá pela uma solicitação de elaboração de um projeto padrão. Esse projeto padrão pode servir para desenvolver um novo padrão ou revisar um padrão existente. Qualquer projeto começa com a elaboração de uma tarefa de projeto, que resume os termos de referências do projeto, que é disponibilizado no site da Fairtrade International (www.fairtrade.net) para dar oportunidade à todas as partes interessadas (incluindo o público) de opinar, comentar e fazer sugestões a respeito e, com base nestes comentários podem ocorrer modificações antes de se tornar a versão final do projeto (KRATZ, 2016, p. 2).

Terminada a fase do projeto um gerente de projetos designado de Padrões e Preços realiza junto uma pesquisa, na qual pode envolver as partes interessadas conforme necessidade para desenvolver um esboço da redação padrão (KRATZ, 2016, p. 2).

Elaborado o esboço do padrão, o mesmo é enviado para as partes interessadas identificadas para uma manifestação formal, incluindo produtores, redes de produtores, fornecedores, varejistas, outras unidades dentro da Fairtrade International, FLOCERT e Organizações de Comércio Justo nacionais. Este esboço também é publicado no sítio do Fairtrade International na rede Internet para consulta pública durante o prazo que varia entre 30 dias para projetos menores e 60 dias para grandes projetos, com uma segunda rodada de pelo menos 30 dias para novos padrões, que podem ser reduzidos em caso de uma revisão urgente (KRATZ, 2016, p. 2).

Finalizadas as consultas públicas, os padrões passam por um Comitê de Critérios Fairtrade, que é formado pelas partes interessadas de produtores, comerciantes, organizações nacionais de Comércio Justo e especialistas externos, sendo que decisões menores também podem ser delegadas ao Diretor de Padrões e Preços (KRATZ, 2016, p. 2).

Todas as normas são revisadas pelo menos a cada cinco anos, sendo que as partes interessadas podem reclamar contra a configuração de um critério (Fairtrade Standard) seguindo os Procedimentos Operacionais Padrão para tanto (KRATZ, 2016, p. 2).

Como se pode verificar, atualmente o próprio sistema de formação de critérios oportuniza uma discussão pública e pulverizada, com abertura de espaço para diversos atores, seguimentos e vieses de interesses, sendo que a definição final deste processo é centralizada em um comitê formado pelas autoridades que representam todos os stakeholders.

Nota-se uma preocupação com a participação aberta e ampla dos diversos atores do

sistema do Comércio Justo, inclusive, do público em geral, por meio de plataformas virtuais com amplitude de acesso Global, revelando claramente a adoção de uma forma de regramento altamente pulverizada, mas que centraliza toda dinâmica no âmbito da FLO e WFTO.

Pôde-se observar, ainda, no processo de construção da RPT no Fair Trade, não apenas uma intenção de coordenar e unificar os conceitos e atividades no campo, mas também de monopolizar a atuação regulatória privada, por parte da FLO e da WFTO, para se tornarem instituições focais no tema. Essa conclusão é sugerida pela elaboração do Quadro de Princípios sobre o Fair Trade e do Glossário do Fair Trade, bem como pela atuação em áreas distintas de certificação das duas grandes organizações: a FLO certifica produtos de Fair Trade, enquanto que a WFTO cuida das organizações do movimento. Parece haver, desta forma, uma tentativa de evitar a criação de competição na formulação das regras de certificação do Fair Trade (PARK, 2015, p. 79).

Neste caminho desafiador do desenvolvimento de regramentos embuídos do propósito de viabilização e crescimento do Comércio Justo na ressignificação de práticas frente ao mainstream, inúmeros elementos relacionais e seus desdobramentos surgem nas mais variadas formas, causando um desequilíbrio de interesses nas mais variadas dimensões, como no caso citado, acerca do controle destas ações de regulação à margem do sistema jurídico tradicional do Estado.

8. REGIMES JURÍDICOS PRIVADOS E A GLOBALIZAÇÃO

O mercado tradicional não se destina a resolver questões sociais, pelo contrário, busca de forma incessante a maximização de lucros. A disputa de poder pelo lucro, entre atores que detêm o capital em face do produtor - elo mais fraco da rede nas relações de troca - mantém a população pobre isolada por um cinturão que lhes veda o acesso ao crédito, às oportunidades e ao direito de empreender e viverem por si mesmas (YUNUS, 2008).

Esse processo ocorre porque o sistema jurídico tradicional que regulamenta as relações de troca não alcançam as vulnerabilidades a que estão expostas os pequenos cafeicultores de economia familiar. Esse modelo promove uma equação de que quanto menor o desenvolvimento dos países, menores são os benefícios da globalização, com potencial retrocesso em questões sociais e ambientais e, no âmbito empresarial o modelo tradicional também exclui as empresas de pequeno/médio porte, muito embora sejam empregadoras de parcela significativa de mão-de-obra mundial. O Livre comércio parte da premissa de que os países são homogêneos e os produtos devem ter o mesmo nível de tarifas, sendo objetivo das nações, alcançarem o mesmo nível de desenvolvimento, porém, na prática existem disparidades que se reforçam, sendo que países em desenvolvimento se especializam na produção e exportação de bens intensivos em mão-de-obra (agrícolas/primários) (SCHIMIT, 2011, p. 17).

Isto porque a legislação tradicional regulamenta o que se denomina universo das trocas instantâneas (spot) do comércio convencional, cujos negócios se resumem na troca de bens e valores, mutuamente aceitos e assim equalizados pela oportunidade e interesse momentâneo, onde os critérios de fixação de preços e formas de pagamento estão distantes das circunstâncias, muitas vezes peculiares, de produção do produto. A grande diferença do sistema de Comércio Justo é que não se regulamenta uma relação de mercado spot, mas um contrato cujo vínculo de longo prazo entre as partes, baseado na confiança (MOREIRA *et al.*, 2011, p. 345), constitui um projeto amplo e pulverizado de expectativas e atritos que assim se estabilizam, pois, a análise de redes revela distribuições desiguais de poder nas relações entre produtores, consumidores e trabalhadores, em redes descentralizadas, transnacionais e globais (MCEWAN; BEK, 2009).

Com isso, compreender a função que o contrato assume no processo de ligação destes atores em rede se faz pertinente, pois, propõe uma lógica negocial diferente do objetivo do lucro puro e simples, modelo supra descrito em que se verifica uma falha dos pressupostos que legitimam a proposta do liberalismo, falha esta que vem causando concentração de riqueza em mão de 1% da

população mundial e pobreza nas regiões mais distantes do globo, degradação do meio ambiente e exploração de vidas, em afronta aos princípios da bioética global.

Com efeito, no sistema neo-liberal a racionalidade econômica permeia e domina todas as outras racionalidades científicas, culturais, artísticas, etc. pois, a maximização do lucro como objetivo principal gera desequilíbrios e assimetrias que se traduzem em perdas nas relações de troca, onde invariavelmente são suportadas pela parte mais frágil e mais suscetível da cadeia de valor (TEUBNER, 2005, p. 279).

Esse fenômeno é percebido em toda sociedade, na medida em que é o dinheiro e não mais o poder ou a política que vão instrumentalizar os saberes, os propósitos e empreendimentos, as funções tidas como públicas devido à importância social que as pertence, pois, estão privatizadas e se expressam na exploração comercial de setores como a pesquisa, saúde, educação, segurança, infra-estrutura, etc... e, esta lógica se replica no âmbito privado também, como na arte, na música, nos esportes. Enfim, a racionalidade econômica estruturada na sociedade global causa os desentendimentos mercadológicos, mitiga o verdadeiro sentido e importância dos saberes (TEUBNER, 2005, p. 293), o que implica em uma abordagem sociológica jurídica acerca desta estrutura jurídica em estudo.

Num mundo instantâneo e dinâmico, o direito estático e rígido não mais suporta as instabilidades que a volatilidade das relações humanas se realizam de forma exponencial, sem limites fronteiriços. A sociedade globalizada na pós-modernidade vê a economia, a ciência, a tecnologia, os meios de comunicação em massa, a medicina, a educação e o transporte se desenvolverem espontaneamente e, com isso, uma carência enorme de normas surge pela incapacidade das instituições estatais nacionais ou internacionais acompanharem estas demandas, fazendo com que estes próprios setores o façam por si mesmos, num processo de criação de normas paralelo e marginal às tradicionais fontes do direito. O direito oficial dos Estados, cujo sistema está estruturado na função cogente e vinculativa de normas gerais, aos poucos foi deixando de atender estas demandas e abrindo lacunas para novos sistemas jurídicos (TEUBNER, 2005, p. 108-109).

Com isso, o contrato surge como um instrumento dinâmico, voltado a objetivos amplamente diversificados e complexos, pelos mais variados interesses que o conformam. A proposta discursiva de um projeto contratual promove com seu cerne discursivo-comunicativo uma abordagem condizente com as diversas atividades e interesses colidentes que envolvem a rede. Porém, o contrato não é mais visto como um instrumento estático e previsível, mas como palco Teubner (2005) de uma relação jurídica contratual conflituosa entre discursos, jogos linguísticos, textualidades e projetos colidentes.

Nesse sentido, o fenômeno dos regimes privados globais à margem do direito tradicional se desenvolve e, ao mesmo tempo que acoplado às legislações nacionais e tratados internacionais, se legitima com uma auto-produção normativa que não dialoga primeiramente com o direcionamento político de processos sociais, mas sim, priorizando as suas necessidades originárias de estabilização e solução de conflitos, um projeto sistêmico de auto criação que envolve inúmeras expectativas entre seus atores, que atuam na formação destes regimes privados, na periferia e margem do direito estatal, e para além das fronteiras do direito com outros subsistemas globais, onde a tônica do novo direito global é ser um direito periférico, espontâneo e gerado pela sociedade (TEUBNER, 2005, p. 109-110).

Esse fenômeno é claramente visível pela a criação de fóruns e organizações guarda-chuva, a articulação das ONGs, sobretudo no eixo do FINE (FLO, IFAT, hoje WFTO, NEWS! e EFTA), para influenciar a criação de regras em âmbito internacional, bem como para dar maior visibilidade legislativa ao movimento do Comércio Justo, estabilizando um regime regulatório privado cuja construção ocorreu inicialmente de forma difusa e local, e que parece hoje se concentrar em duas principais organizações: a FLO na elaboração de padrões de certificação de produtos Fair Trade e a WFTO na certificação de organizações que atuam no Fair Trade.

E isso em razão da ausência de formulação legislativa por parte da União Europeia, local de principal atividade de advocacia realizado pelo setor privado para a cooperação da regulação sobre Fair Trade, demonstrando que o processo de construção do regime jurídico privado ocorreu de maneira independente à atividade regulatória estatal sobre o tema (PARK, 2015, p. 78), corroborando o pensamento supra exposto do jus sociólogo alemão. “Os novos regimes privados surgem, justamente, não na base de coordenação informal de comportamento num processo gradativo de interações recursivas, mas em razão de serem positivados em processos decisórios organizados nos subsistemas sociais.” (TEUBNER, 2005, p. 112).

Estes regimes jurídicos são coordenados pelo projeto discursivo que o originou e, sendo assim, na pós-modernidade global o direito tende a fragmentar-se em razão destes propósitos, onde as relações irão se orientar por seus “clãs” e “tribos” – que se alinharão por estes propósitos – de modo que para Teubner (2005, p. 114) a ordem jurídica mundial deve abdicar da força inerente à sanção organizada e da definição autêntica de infrações do direito por regras conhecidas, mas ao mesmo tempo, observar até onde estes regimes estão envolvidos na dialética de seu caráter apolítico e de sua repolitização (TEUBNER, 2005, p. 277).

Ambas as tendências decorrentes da globalização jurídica e a privatização, levam à necessidade de repensar a normatização de governos transnacionais privados e a criação normativa privada. Os regimes jurídicos privados representam um direito genuíno, que não pode ser mais ocultado, pois, articulam e cumprem tarefas legislativas, administrativas, regulatórias e de soluções de conflitos do direito clássico em novas formas e em novos contextos, numa sociedade civil dinâmica e pluralista de subsistemas sociais globais, que se impõem autonomamente aos mercados mundiais e aos cenários políticos globais, e isso por sua racionalidade autônoma presente no interesse do grupo, de sua focalização organizacional (TEUBNER, 2005, p. 120).

9. OS REGIMES JURÍDICOS PRIVADOS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO

O jus sociólogo alemão Gunther Teubner (2005, p. 279) explica que a fragmentação do mundo social em várias dinâmicas de racionalidade significa que um mesmo contrato surte em, no mínimo, três projetos e nos respectivos mundos sociais: 1. como acordo produtivo; 2. como transação econômica; e 3. como relação de obrigações jurídicas. Primeiro, o contrato se reconstrói como um projeto “produtivo” em um dos muitos mundos sociais – produção, distribuição ou serviços em tecnologia, ciência, medicina, jornalismo, esporte, turismo, educação ou arte. Segundo, o mesmo contrato se reconstrói no mundo econômico como projeto empreendedor, como transação monetária rentável em condições de mercado mais ou menos competitivas. Em terceiro lugar, o contrato é finalmente reconstruído, no mundo do direito, como um projeto jurídico, como um compromisso que vincula por determinado tempo e como uma obrigação que gera normas. E ainda, complementa, que cada um desses projetos faz parte de uma dinâmica autônoma de acontecimentos cheios de atalhos – sistema produtivo, sistema econômico, sistema jurídico – que a forcem andar em direções diferentes.

No entanto, para o autor o termo contrato relacional frente à realidade supra conjecturada de hoje deve ser entendido de forma realista, ou seja, no sentido de ser uma relação cheia de conflitos entre discursos, jogos linguísticos, sistemas, textualidades de projetos colidentes (TEUBNER, 2005, p. 281), porque para o autor, o contrato vincula não a vontade autêntica dos homens, mas os interesses, construídos de forma totalmente social, de assim chamados parceiros contratuais que apenas existem como artefatos semânticos, como textos, como produtos de um discurso, agentes interesses fingidos, transportam desejos subjetivos para os textos de seus jogos linguísticos altamente artificiais, não a intersubjetividade, mas intertextualidade é o significado

da relação contratual, na medida em que ela não interliga estados da consciência subjetivos, mas interesses construídos de forma social (TEUBNER, 2005, p. 282).

No centro do interesse encontra-se, então, não a dimensão interpessoal, mas a dimensão prática da relação contratual – a lógica da permuta é sobrescrita por uma lógica de projeto, onde o dualismo das partes contratuais é substituído pelo dualismo de textos, pois, o texto discursivo originário e sua transformação em um novo texto por meio de promessas e cumprimentos contratuais, vinculando não apenas a vontade de ambos os parceiros, mas sua conversação, ele vincula o sistema social que se edifica entre eles, o que é decisivo por essa perspectiva, já que a atenção da obrigação das partes para o papel constitutivo da celebração do contrato é desviada para a construção de um sistema social autônomo, na medida em que transforma expectativas latentes em obrigações reais, e o que eram meras projeções agora são vínculos operativos. É assim, portanto, que aparece a verdadeira dinâmica social do contrato; ele não obriga apenas dois agentes à permuta de seus recursos, mas gera estruturas de um sistema social que força a uma determinada direção, a saber, ao cumprimento do objeto do contrato. Esse vínculo se refere, novamente, em primeiro lugar ao projeto do discurso especial produtivo sobre o qual o contrato surte efeitos (TEUBNER, 2005, p. 283).

Este ambiente volta à atenção das obrigações para uma nova forma de agir e pensar, de modo a pertencer a este sistema social, em razão e função das expectativas latentes. As obrigações e ações reais concretizam a transformação social pelo cumprimento do contrato, pois, ele não obriga mais apenas comprador e vendedor na troca de seus recursos, mas agora força a participação unida dos agentes, em um novo patamar de consciência e responsabilidade, dentro da nova estrutura de um sistema social, no interesse comum de obter o cumprimento do objeto do contrato. Esse vínculo se refere, novamente, em primeiro lugar ao projeto do discurso especial produtivo sobre o qual o contrato surte efeitos.

Cria-se, por meio deste contrato relacional, um universo, um mundo paralelo de ações e propósitos que efetivamente, pretende envolver e beneficiar os atores mas, também, terceiros não envolvidos, as gerações futuras, o meio ambiente, a fauna, a flora, a biosfera de uma maneira mais ampla, enfim, em compasso com os objetivos bioéticos outrora invocados que são, na verdade, espectros da racionalidade além da econômica, pertencentes às racionalidades próprias dos saberes científicos, culturais e transcendentais envolvidos.

Então, a execução do contrato significa, em essência, a tradução mútua e bem-sucedida de projetos discursivos. Ele traduz permanentemente informações do projeto produtivo para o projeto econômico e jurídico e vice-versa (TEUBNER, 2005, p. 284). Porém, para Teubner (2005, p. 285), a tradução, o entendimento harmônico interdiscursivo é impossível, e complementa que entre discursos, a transmissão de sentido é impossível, mas ao mesmo tempo necessária. O autor, entretanto, apresenta uma explicação no sentido de que a saída deste paradoxo é encontrada no que denomina por mal-entendidos produtivos. Um discurso só pode reconstruir o sentido de um outro com seus próprios termos, em seu próprio contexto, mas, no entanto, ele pode, simplesmente, tornar proveitoso o material de sentido de outros discursos, como irritação externa, para criar internamente algo novo. Nesse sentido a tradução contratual compreende mal, fundamentalmente, o sentido do acordo no outro discurso, e exatamente por meio disso gera valor agregado. Através da tradução contratual cada uma dessas línguas é capaz de entender mal cada uma das outras de forma reconstrutiva e tirar proveito desse mal-entendido de vez em quando.

O exemplo do autor acerca do mal-entendido produtivo refere-se à um contrato de patrocínio, onde uma empresa patrocinadora, renomada fábrica de veículos de luxo, contrata uma artista para composição de uma Ópera. O artista não possui nada efetivamente a oferecer ao patrocinador, porém, compõem sua ópera conforme a dinâmica interna de seu discurso artístico, que decide sozinho – e sem consideração do preço de mercado e popularidade – sobre o valor artístico, porém, o capital investido é traduzido em energia material, temporal e pessoal artística

na construção do projeto estético. Nada garante o sucesso dessa empreita, porém ‘o mal-entendido contratual possibilita que, no mundo das transações econômicas, a ópera seja entendida como algo que melhora a imagem da empresa e aumenta assim, a longo prazo, sua rentabilidade. E vice-versa, as intenções profanas de objetivos de maximização do lucro são mal-entendidas no discurso artístico de forma produtiva, inexistente garantia de que tal mal-entendido será produtivo (TEUBNER, 2005, p. 286).

Assim, portanto, o contrato permite que diferentes racionalidades sociais e linguagens de ciências diferentes possam atuar de forma produtiva, mas sempre diante da existência de um propósito específico, cujos sentidos se justifiquem na linguagem própria de cada uma delas.

Assim, é que regras normativas geradas pelo regimes jurídicos privados que são mal entendidas na economia como fatores de custo, vinculam planejamento, investimento econômico a um prazo mais longo e abrem novas possibilidades de transações de alto risco. O mesmo ocorre com as regras jurídicas que são produtivamente mal entendidas como um fortalecimento de padrões profissionais futuros, agregando o valor da dinâmica jurídica para as esferas econômica e produtiva no vínculo temporal duradouro que amplia o horizonte para cadeias de acontecimentos produtivos e econômicos (TEUBNER, 2005, p. 287).

O que se verifica nesta nova tendência de um sistema social é que tentam impor sua versão da tradução a outros mundos de sentidos. O direito tradicional, cujos princípios até agora tinham atenção voltada para a liberdade contratual e a proteção da liberdade de decisão individual no mercado contra fraude, engano e especialmente contra a intervenção política excessiva, a nova atenção agora está ligada à proteção da dinâmica da tradução contratual contra o próprio mercado, quando o discurso econômico começa a monopolizar o direito da tradução interdiscursiva e impor traduções econômicas a outros discursos. A liberdade da reconstrução discursiva é, portanto, o mecanismo que se volta contra o mecanismo da racionalidade econômica, contra o projeto de uma construção econômica do mundo (TEUBNER, 2005, p. 289).

No entanto, essa transformação do direito privado não ocorre de forma isolada de seus ambientes sociais, o direito privado recebe suas informações sobre o resto da sociedade quase automaticamente e quase exclusivamente por meio do cálculo custo-benefício do discurso econômico. Todos os outros discursos da sociedade, sejam estes da ciência, da educação, da tecnologia, da arte ou da medicina, devem passar por esse filtro. Eles são, primeiramente, traduzidos para o mundo do cálculo econômico, para que então essa tradução seja apresentada ao direito para a solução do conflito (TEUBNER, 2005, p. 290).

Essa contextualização é importante para demonstrar a urgência com que o direito privado deve estabelecer contato com os outros subsistemas racionais, o que de certa forma já ocorre quando cláusulas gerais de bons costumes, critérios não-econômicos, funções sociais, boa-fé, que são invocados para compensar as assimetrias geradas pelos critérios econômicos constantes dessa racionalidade dominante. Porém, estas correções marginais não se propõem a reequilibrar a simetria dentro do triângulo discursivo do contrato de maneira ampla e estão distantes por serem aplicados nas relações spot.

Assim, entender o contrato como tradução do jogo linguístico, aqui tomando o centro de estudo o discurso conceitual que envolve o Comércio Justo, em que a sua autonomia não está no indivíduo mas, na coletividade que o compartilha, pressupõe a transferência dessa autonomia ao propósito de interesses comuns contidos no regime discursivo, não de uma forma abstrata, mas de forma concreta tamanha a sua força de adesão social, no caso, em amplitude Global. Nesse sentido, questiona-se se o efeito a terceiros de direitos fundamentais no âmbito do direito privado deve ser alterado, passando de uma proteção meramente relacionada ao indivíduo para a proteção de instituições, redes, sistemas e discursos impessoais diante das ameaças no setor privado. Um correlato normativo para o contrato como tradução de jogos linguísticos seria a ampliação do entendimento dos direitos fundamentais relacionados com o sistema ao contexto dos private

governance regimes (TEUBNER, 2005, p. 291).

Um conceito discursivo dos direitos fundamentais deve voltar-se contra qualquer sistema social que apresente tendências totalitárias, entendendo que direitos de discurso, podem formar o fundamento de uma reconstrução do direito privado contemporâneo cuja tarefa principal seja a proteção das muitas autonomias não apenas diante do Estado repressivo, mas também especialmente contra as tendências expansivas da tecnologia, da ciência, das mídias de publicação e do mercado. As esferas de liberdade e dignidade individual, a auto-realização do indivíduo, os discursos de pesquisa, arte, educação, comunicação de mídia, a esfera da própria política devem ser protegidos contra a monopolização da tradução por discursos expansivos econômicos e técnicos (TEUBNER, 2005, p. 292).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta contida no discurso do Comércio Justo busca claramente atender demandas que não são alcançadas pela atuação dos Estados, cujo projeto visa construir novas formas de relações obrigacionais, cujo modelo coaduna com a visão do jus sociólogo Gunther Teubner cujos aportes foram apresentados neste trabalho.

Assim, o regime jurídico privado do Comércio Justo é típico sistema global de regulação contratual, cujos valores e princípios foram atualizados e nutridos pelas manifestações e demandas globais de inúmeros subsistemas, como a preservação do meio ambiente, respeito à dignidade humana, proteção e segurança do trabalho, respeito à igualdade de gêneros, vedação do trabalho escravo e ao trabalho infantil.

A forma moderna que se estruturam estas relações jurídicas se verifica na coordenação especializada e plural, pulverizada no interior de subsistemas, de forma ampla e democrática, voltada para o aperfeiçoamento constante e rápida adequação às irritações e demandas externas, sempre atentas ao propósito que as legitima, constantes no discurso conceitual do Comércio Justo.

A despeito da propalada abertura do processo de criação de padrões, a centralidade e o monopólio na condução destes faz com que seja inevitável o surgimento de uma linha muito tênue entre os interesses mercadológicos e os princípios do movimento, notadamente pelo fato de que as afirmações discursivas do Comércio Justo traduzem a natureza contra-hegemônica com que suas regras, práticas e políticas foram e são elaboradas, no desafio de se situar em um mercado altamente competitivo e dominado por grandes oligopólios. Assim, é evidente que não se trata de um movimento isento, pelo contrário, sua gênese é a politização de seus valores e princípios no mercado.

Há na formação e execução do projeto contratual uma reunião de ações articuladas para alcançar o propósito do movimento, composta pelos mais variados áreas do conhecimento e expertises, que estão reunidos e são autônomos dentro do mesmo sistema de obrigações.

Este modelo contratual difere significativamente da relação entre dois indivíduos que trocam seus bens e recursos para fins de satisfação mútua. Trata-se, portanto, de um contrato relacional em que não há uma estabilidade, como um mar de águas calmas e tranquilas, pelo contrário, existem diferentes lógicas próprias que se debatem, se articulam e se estressam, numa reunião de obrigações que naturalmente são contraditórias pelas diferentes lógicas que as fundamentam.

Relacional não significa, portanto, apenas colocar contrato em relação às exigências de cooperação, adaptação e boa-fé, mas também às exigências, que muitas vezes se contradizem, de vários âmbitos de atuação que são ligados por meio da instituição do contrato. Isto não significa a perda da autonomia individual, pelo contrário, a mantém intacta em uma dimensão mais ampla que a outrora existente no ambiente negocial, pois, o participante da rede – seja produtor, industrial, transportador, etc – pode entrar e sair do sistema no momento que desejar, existindo mecanismos

próprios para desfazimentos de contratos, inclusive.

Mais do que isso, o sistema legitima o partícipe quando todas as ações, regras e padrões são definidos pelos mesmos, de forma democrática, desde os seus locais até o centro coordenador, dentre os mais diversos e universais interesses que se relacionam na rede.

Este raciocínio dentro do universo deste trabalho do Comércio Justo pode ser entendido no sentido de que a lógica econômica cede o espaço necessário para o funcionamento de outras lógicas alicerçadas na racionalidade de outros conhecimentos, o que significa aumento de recursos investidos, como energia de trabalho, recursos humanos, capital, dentre outros.

Compreende-se, portanto, que isso faz sentido pela possibilidade de todo o capital – aqui toda estrutura operacional envolvida de forma autônoma no projeto contratual – vir a ser recompensado ao final, pelo alcance do objetivo no produto final, imbuído dos valores tangíveis e intangíveis constantes do objeto, do discurso do contrato que ligam todos os atores pelo mal-entendido produtivo, envolvendo, inclusive, o consumidor final predileto.

O fenômeno da globalização ascendeu uma autonomia aos setores sociais mundiais que tende e pode institucionalizar uma constituição dual do direito privado. No caso do discurso do Comércio Justo e as reivindicações e propósitos da bioética, vislumbra-se um universo de estruturação jurídica dos regimes jurídicos privados como instrumento dinâmico que viabiliza ações potencialmente transformadoras, de forma autônoma altamente mutante, versátil e democrática.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAMSEN, Rita. The power of partnerships in global governance, third word quartely. **Third Word Quartely**, London, v. 25, n. 8, p. 1453-1467, 2004. DOI: 10.1080 / 0143659042000308465
- BARONE, Marcela. **Cafés especiais e salto de escala: análise do circuito espacial produtivo e dos círculos de cooperação dos cafés especiais no Sul de Minas Gerais**. Rio Claro - SP, 2017. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Rio Claro, 2017.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. Ed. Atlas. São Paulo. 14ª. Edição. 2001. P. 63/64.
- CASTALDO, Sandro; FRANCESCO, Perrini; MISANI, Nicola; TENCATI, Antonio. The missing link between corporate social responsibility and consumer trust: the case of Fair Trade products. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 4, p. 1-15, 2009.
- CLAC - COORDINADORA LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE PEQUEÑOS PRODUCTORES Y TRABAJADORES DE COMERCIO JUSTO. ¿Qué es CLAC? [2019]. Disponível em: <http://clac-comerciojusto.org/clac/presentacion/quienes-somos/>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- DECLARAÇÃO final. In: II FÓRUM MUNDIAL DE PRODUTORES DE CAFÉ, 2., 2019, Campinas, 2019. Disponível em: <http://www.cncafe.com.br/site/interna.php?id=14913>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FLO - FAIR TRADE INTERNACIONAL. **Definition of Fair Trade**. Brussels: FLO, 2018. Disponível em: <https://fairtrade-advocacy.org/definition-of-fair-trade/>. Acesso em: 14 maio 2019.

FLO - FAIR TRADE INTERNACIONAL. *Setting the Standards, 2019*. Disponível em: <https://www.fairtrade.net/standards/setting-the-standards.html>. Acesso em 14 mai. 2019.

FLO - FAIR TRADE INTERNACIONAL. *Standards, 2019*. Disponível em: <https://www.fairtrade.net/standards.html>. Acesso em 14 mai. 2019.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva: simpósio. **Revista Bioética**, Brasília, v. 13, n. 1, 2005.

GREWAL, David Singh. **Ethics and International Affairs**. 2008. Disponível em: <http://www.seeta.com/documents/David%20Grewal%20July2008.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

KRATZ, Andreas. SOP Public Development of Fairtrade Standards – Short Version. Fairtrade Internacional. 2016. Disponível em: https://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/SOP_short_Development_of_Fairtrade_Standards.pdf Acesso em: 20 mar. 2019.

MASCARENHAS, Gilberto Carlos Cerqueira. **O movimento do comércio justo e solidário no brasil: entre a solidariedade e o mercado**. 2007. 387 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, 2007.

MCEWAN, Chery; BEK, David. The political economy of alternative trade: social and environmental certification in the south african wine industry. **Journal of Rural Studies**, v. 25, n. 3, p. 255-266, 2009.

MOREIRA, C. F.; FERNANDES, E. A. de N.; VIAN, C. E. de F. CARACTERÍSTICAS DA CERTIFICAÇÃO NA CAFEICULTURA BRASILEIRA. *Organizações Rurais & Agroindustriais*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2012. Disponível em: <http://www.revista.dae.ufla.br/index.php/ora/article/view/429>. Acesso em 28.11.2017.

PARK, Christine Seung Hee. **Processos jurídicos transnacionais estatais: o fair trade e a construção do sistema de comércio justo e solidário no Brasil**. Coleções FGV DIREITO SP - Dissertações, Mestrado em Direito. 2015. São Paulo. URI: <http://hdl.handle.net/10438/13721>. Acesso em 15 abr. 2019.

PEDINI, Sérgio; MACHADO, Rosa T. Moreira. Fair Trade: possibilidades de empoderamento de cafeicultores familiares no sul de Minas Gerais. **Estudos Sociedade e Agricultura**. Lavras, v. 22, n. 2, p. 457-481, out 2014. Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/392> Acesso em 10 fev. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

PESSINI, Léo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética**, Brasília, v. 21, n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1>. Acesso em: 8 jul. 2019.

RIOS, Kimberly; FINKELSTEIN, Stacey; LANDA, Jennifer. **Is there a “fair” in fair-trade?** social dominance orientation influences perceptions of and preferences for fair-trade products.

Springer Science. Dordrecht: Business Mídia, 2014.

RUFINO, José Luis dos Santos; SILVEIRA, Victor de Souza; RIBEIRO JUNIOR, Adelmo Cardoso. Introdução e metodologia de estudo. In: VILELA, Pierre Santos; RUFINO, José Luis dos Santos. **Caracterização da cafeicultura de montanha de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Inaes, 2010. Cap. 1.

SCHIMIT, Valentina Gomes Haensel. **As Dimensões da Sustentabilidade nas Relações de Poder: O Comércio Justo no Setor Alimentício Brasileiro**. Rio de Janeiro. Tese (Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, 2011.

SCHNEIDER, Johann. **Pesquisa mundial de comércio justo**: parte 1. Brasília: SEBRAE, 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 11-23, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533250002.pdf> . Acesso em: 19 maio 2019.

SCHRAMM, Fermin Roland. Uma breve genealogia da bioética em companhia de Van Rensselaer Potter. *Revista Bioethikos*, v. 5, n. 3, p. 302-308, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/25680> Acesso em: 08 jul. 2019.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Piracicaba – SP: Unimep, 2005.

UNESCO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS para Educação, a Ciência e a Cultura. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Lisboa: Unesco; 2005. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por Acesso 20 nov. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2

WILKINSON, John. Fair Trade: dynamics and dilemmas of a Market oriented global social movement. . *Journal of Consumer Policy*, v. 30, p. 219-239, 2007. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45891692/s10603-007-9036-320160523-2029-9qk452.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1532044150&Signature=ov5UqSRVUWcl9cvK9VSYZnNN4bI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFair_Trade_Dynamic_and_Dilemmas_of_a_Mar.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

WORD BANK. Quase Metade do Mundo Vive com Menos de USD \$5.50 por Dia. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day-brazilian-portuguese>. Acesso em: 10.02.2019.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem Pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

Como citar: BAGANHA, José Ricardo dos Santos; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Comércio justo e bioética: a legitimidade de regimes jurídicos privados. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 168-186, jul. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p168. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 27/03/2021

Aprovado em 14/07/2021

**FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO A PARTIR
DO TRÂNSITO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS E SEUS
FUNDAMENTOS: IMPLEMENTAÇÃO POR ADEQUAÇÃO
JUDICIAL COMPULSÓRIA OU PELA VIA CONVENCIONAL?**

PROCEDURE FLEXIBILIZATION THROUGH TRANSPORT
OF PROCESSUAL TECHNIQUES AND ITS LEGAL BASES:
IMPLEMENTATION BY COMPULSORY JUDICIAL ADEQUACY OR
THROUGH CONVENTIONAL MEANS?

Augusto Passamani Bufulin*
Tiago Aguiar Vilarinho**

*Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Professor efetivo de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) E-mail: contatoapb@protonmail.com

**Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) E-mail: tvilarinho@gmail.com

Como citar: BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 187-204, jul. 2021. Doi: 10.5433/21788189.2021v25n2p187. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo objetiva elucidar os fundamentos legais que indicam a possibilidade do livre trânsito de técnicas especiais entre os procedimentos e, a partir de tais constatações, examinar se o transporte poderia se efetivar a partir da denominada adequação judicial do procedimento, de forma compulsória. Objetiva-se investigar, outrossim, se o referido trânsito é passível de efetivação pela via convencional. Parte-se da premissa de que o CPC/2015 apresenta procedimento flexível e susceptível de melhor adaptação às contínuas transformações sociais; referida adaptação, no entanto, deve ocorrer com respaldo legal e constitucional, além de se submeter a critérios como a promoção de maior efetividade processual. Vale-se de pesquisa bibliográfica, com divisão do estudo em três seções primordiais. Inicia-se com a verificação da importância nas normas fundamentais do CPC/2015 para a compreensão de que o sistema por ele estruturado é flexível. Em seguida, analisam-se os negócios jurídicos processuais, seus sujeitos e limites e, por fim, parte-se à investigação do trânsito de técnicas processuais e a possibilidade de sua implementação a partir das adequações judicial e negocial do procedimento, concluindo-se pela preponderância da via negocial, inclusive proposta pelo próprio magistrado, como parte da avença.

Palavras-chave: flexibilização procedimental, trânsito de técnicas processuais, negócios jurídicos processuais, adequação do procedimento.

Abstract: The present study aims to elucidate the legal foundations that indicate the possibility of free transit of special techniques between procedures and based on such findings, examines whether the transport could be effective from the so-called judicial adequacy of the procedure, in a compulsory manner. Its objective is to also investigate whether the transit can be carried out by conventional means. It is based on the premise that the CPC/2015 presents flexible procedure and is susceptible to better adaptation to continuous social changes; this adaptation, however, should occur with legal and constitutional support, in addition to submitting to criteria such as the promotion of greater procedural effectiveness. The study is based on bibliographical research and is divided into three main sections. It starts with the verification of the importance in the fundamental rules of the CPC/2015 for the understanding that the system structured by it is flexible. Then, it analyzes the procedural legal business, its subjects, and limits and, finally, it investigates the transit of procedural techniques and the possibility of its implementation from the judicial and negotiating adjustments of the procedure, concluding by the preponderance of the negotiating way, including those proposed by the judge himself, as part of the agreement.

Keywords: procedural flexibility, transit of procedural techniques, procedural negotiation, adequacy of the procedure.

INTRODUÇÃO

Dentre os fatores que ensejaram a edição do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 –, elencam-se a necessidade de estruturação de um sistema processual mais rente às necessidades sociais ora vigentes, e a premência de tornar expressa a submissão do Código aos preceitos de ordem constitucional, mitigando-se o ainda arraigado paradigma de análise e interpretação das normas processuais a partir das bases em que forjado o diploma que lhe antecedeu – CPC/1973.

Tendo em conta tais objetivos, o legislador incorporou ao Código normas fundamentais de matiz constitucional, transmitindo a nítida mensagem de que a interpretação e a aplicação das normas processuais deverão ter como norte a Constituição Federal, especialmente os direitos e garantias previstos em seu art. 5º. Ademais, concebeu um procedimento consideravelmente mais flexível e apto a ser, por variados métodos, adaptado ao dinamismo das transformações sociais.

Nesse viés em que a adaptabilidade procedimental, a princípio, se mostra como ampla e passível de efetivação por mecanismos diversos, tem se propagado em doutrina a possibilidade de modulação procedimental a partir do livre trânsito de técnicas processuais entre ambientes legislativos distintos, com vistas a tutelar mais efetivamente o direito. Em sendo, de fato, possível tal trânsito, qual seria o seu fundamento e de que maneira ele seria mais adequadamente efetivado?

O presente estudo objetiva elucidar os fundamentos legais que indicam a possibilidade do livre trânsito de técnicas especiais entre os procedimentos e, a partir de tais constatações, examinar se o transporte poderia se efetivar a partir da denominada adequação judicial do procedimento, de forma compulsória. Objetiva-se investigar, outrossim, se o referido trânsito é passível de efetivação pela via convencional.

Parte-se da hipótese de que o sistema processual civil brasileiro comporta a adequação judicial impositiva apenas excepcionalmente, não parecendo, *a priori*, que a livre transposição de técnicas processuais se inclua nesse restrito campo de modulação por ato exclusivo do juiz. Por outro lado, a cooperação entre as partes, ou entre estas e o juiz, visando a modificação convencional do procedimento, a partir do transporte de técnicas processuais, se mostra em tese viável, desde que respeitados limites a serem adiante revelados.

As questões a serem tratadas se justificam a partir da compreensão de que a adaptabilidade do procedimento, embora ampla, deve se amparar nos limites impostos pelo próprio ordenamento e deve ser efetivada pelas vias que possuam respaldo legal e constitucional, sob pena de se verificarem, na prática, mudanças procedimentais estéreis ou que até obstaculizem o acesso à ordem jurídica justa, garantido em nossa Lei Maior.

Para responder a tais indagações, vale-se de pesquisa com objetivo exploratório e procedimento de levantamento bibliográfico, dividindo-se o trabalho em três seções principais.

Inicia-se a investigação a partir da verificação dos fundamentos que justificam a incorporação das normas fundamentais do processo civil e do papel de tais normas para a compreensão de que o atual Código é flexível. Adiante, introduz-se a temática dos negócios jurídicos processuais no ordenamento pátrio, com enfoque em seus sujeitos e limites, questões que subsidiam parte das conclusões adiante verificadas. Por fim, parte-se à análise do trânsito de

técnicas processuais em nosso sistema e sua possibilidade de efetivação mediante as adequações judicial e convencional.

2 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: DA RIGIDEZ AO SISTEMA DE ADAPTABILIDADE ATÍPICA

Desde que se iniciaram os debates em torno do Projeto de Lei que deu ensejo ao CPC/2015, parcela da doutrina passou a sustentar a ideia de que o sistema projetado para o Código é substancialmente mais vocacionado à maleabilidade procedimental do que a codificação que lhe antecedeu¹. Assim, para os defensores de que o novel código se afastou do modelo rígido do CPC/1973, as indagações se voltaram mais para a aferição dos meios, contornos e limites da adaptabilidade procedimental do que propriamente para o estudo de sua positivação em nosso ordenamento processual.

Adere-se aqui ao posicionamento segundo o qual o atual diploma processual não apenas é flexível, como oferece técnicas variadas para a conformação do procedimento às especificidades do direito que se busca tutelar. Antes de se analisar os fundamentos que sustentam tal posição, importa compreender a importância das normas fundamentais do processo civil e como elas reforçam as conclusões no sentido de que o CPC/2015 introduziu um modelo aberto à maleabilidade procedimental.

2.1 Razões que Justificam a Introdução das Normas Fundamentais do Processo Civil

O CPC/2015 incorporou a necessidade de mudança de paradigma de análise do fenômeno processual que, paulatinamente, foi se consolidando desde a promulgação da Constituição da República de 1988, ao destinar, em seu Livro I da Parte Geral, Capítulo exclusivo ficando as normas fundamentais do processo civil, verdadeiros vetores para a interpretação e aplicação da legislação processual².

De uma detida análise das normas fundamentais do CPC/2015 é possível vislumbrar o inequívoco propósito legislativo de assentar que o processo civil deve ser analisado e interpretado sob a lente constitucional, com vistas à produção de uma decisão de mérito justa, tempestiva e que solucione a contenda com efetividade.

Grosso modo, boa parte das normas previstas no referido Capítulo reproduzem, expressa ou implicitamente, mandamentos constitucionais corolários do princípio do devido processo de direito, o que poderia levar o leitor desavisado à conclusão de que a repetição desses dispositivos, no bojo do CPC/2015, seria desnecessária. Contudo, a reprodução de dispositivos de essência constitucional e a preocupação do legislador em evidenciar a submissão da legislação processual à CFRB/88 se justificam em função do contexto que ensejou a elaboração da novel legislação.

1 Cf., por todos: Cunha (2013, p. 30) e Gajardoni (2011, p. 171), embora em trabalhos que se basearam no anteprojeto do CPC/2015.

2 Importante esclarecer que a escolha do termo “legislação processual”: é que o CPC/2015 atua como tronco principal de todo o sistema processual, transportando suas normas para toda a legislação processual não codificada, conforme se evidencia da análise de seu art. 15 (MAZZEI; GONÇALVES, 2015).

É que o digesto processual que lhe antecedeu foi forjado em circunstâncias deveras distintas das atuais, entendendo-se, naquele momento, pela necessidade de reforço dos valores segurança e previsibilidade jurídica, o que culminou com a elaboração de um Código que, malgrado apresentasse primor técnico-científico, imbuu-se de um publicismo exacerbado e prestigiou em demasia o formalismo (NUNES, 2015). Ademais, primou pela concentração da gestão processual na figura do juiz, apresentando pouca maleabilidade procedimental (REDONDO, 2019). Como bem sintetiza Rodrigo Mazzei (2016, p. 59-60):

De fato, o Código de Processo Civil de 1973 – notadamente na sua redação original – está arraigado dos princípios do liberalismo, preso a uma concepção pouco social. Observe-se, por exemplo, que o Código de 1973 não mostra preocupação de calibre com o acesso à justiça e, muito pelo contrário, com raras exceções, opta por uma trilha em que o formalismo é colocado como farol de iluminação.

Por tais razões, o CPC/1973 se revelou improficuo para se ajustar às transformações sociais que lhe sobrevieram, não tardando para que entrasse em descompasso com a realidade que objetivava regular e, por conseguinte, se tornasse inadequado à tutela eficiente e efetiva de direitos. Nada obstante, a obsolescência do CPC/1973, tal qual concebido, se tornou ainda mais contundente com o advento da Carta Política de 1988 e a cristalização de normas de matiz processual em seu rol de direitos e garantias fundamentais, alçadas ao status de cláusulas pétreas (RODRIGUES, 2015).

Não por acaso, nos anos que se seguiram à promulgação da CFRB/88, o CPC/1973 passou por inúmeras reformas destinadas a harmonizar o seu texto com os preceitos fundamentais constitucionais e, com isso, torná-lo apto a ensejar um acesso à ordem jurídica justa³, mediante o devido processo legal (MAZZEI, 2016).

Em que pese o esforço legislativo de compatibilização do CPC/1973 com o arcabouço de direitos e garantias constitucionais de cunho processual, mostrou-se de difícil sedimentação, no campo da aplicação do direito, a interpretação de seus dispositivos com espeque na carga axiológica que deflui da Lei Maior, talvez em função do já consolidado paradigma de análise do Código sob as lentes do regime e do contexto em que ele foi editado. E, como é de se imaginar, a tentativa de aprimoramento da legislação processual codificada para mais adequada e efetivamente assegurar a fruição de direitos pelo cidadão não alcançou resultados satisfatórios.

Daí decorre a importância de o CPC/2015, como diploma concebido que foi para instaurar verdadeira nova ordem processual, tê-lo feito com a consolidação, logo em seu primeiro Capítulo, de um rol de normas fundamentais repletas de valores constitucionais, tendo explicitado que a ordenação, disciplina e interpretação do Código deve se dar com olhos voltados à Constituição⁴.

3 Valendo-se aqui da expressão adotada por Kazuo Watanabe (2019) para definir o sentido contemporâneo do acesso à justiça, que não assegura apenas o ingresso formal nos órgãos do Poder Judiciário, mas a obtenção de uma tutela justa, tempestiva e que solucione efetivamente o conflito social.

4 Art. 1º, CPC/2015: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (BRASIL, 2015).

2.2 Da Abertura do Sistema à Adaptabilidade Procedimental

Elucidadas, assim, as razões que orientaram a fixação das normas fundamentais no corpo do CPC/2015. Mas o caráter de deferência do atual Código para com a Carta de 1988 não se exaure na estipulação de normas fundamentais de cunho marcadamente constitucional. Da análise de seu texto é possível concluir pela sistematização de um modelo de processo⁵ deveras distinto do anterior, mais rente à realidade social vigente e melhor vocacionado a uma tutela efetiva e mais célere dos direitos fundamentais.

O Código de 2015 parece ter se afastado do (hiper)publicismo⁶ constatado no CPC/1973, na medida em que institui modelo policêntrico de processo, que constringe à necessidade de que todos os sujeitos que nele atuem cooperem para a solução célere, justa e efetiva da demanda (CÂMARA, 2016). Destaca-se, ainda, a amplificação das possibilidades de negociação processual típicas, assim como a previsão de cláusula geral de atipicidade de negociação para a disposição de situações jurídicas processuais ou redefinição do procedimento, o que evidencia um maior prestígio à vontade das partes na gestão dos rumos do processo.

Importante consignar que a atribuição de maior amplitude de participação das partes no processo, inclusive definindo o modo pelo qual se dará o seu desenvolvimento, não reflete um retorno ao modelo adversarial, característico de uma concepção privatística de processo (CABRAL, 2019). Trata-se, em verdade, de um reequilíbrio das funções dos sujeitos processuais, atribuindo-se às partes maiores condições de participação na construção dos caminhos para a solução do litígio, o que em tudo se conforma com a garantia do contraditório substancial, com o direito à liberdade e com o regime democrático (GRECO, 2008).

Nesse viés de prestígio à liberdade⁷ e participação das partes, ganha relevo a temática da adaptabilidade procedimental⁸ como método de potencialização da efetividade processual e do acesso à justiça, mediante reconfiguração do procedimento segundo as circunstâncias do litígio. Como bem assevera José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 69): “Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às necessidades do caso concreto.”

Pode-se dizer, portanto, regressando às normas fundamentais do processo civil, que a

5 Cláudio Madureira (2017) bem descreve os fundamentos do modelo de processo concebido pelo CPC/2015, assentando como nota distintiva essencial desse modelo a contenção da litigiosidade, a ser obtida mediante a reconfiguração da noção de contraditório, o prestígio à teoria dos precedentes e a reformulação da técnica de fundamentação das decisões judiciais.

6 Toma-se aqui a expressão utilizada por Bruno Garcia Redondo (2019) para dar ênfase ao caráter publicístico do processo em sua fase metodológica científica, como decorrência da necessidade de evidenciar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, caráter que teria inspirado a elaboração dos Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939 e 1973.

7 Sintetizando de maneira certa a liberdade aplicada ao processo, Alois Troller (2009, p. 109): “Em uma relação técnica o processo nunca é mais bem ordenado do que quando se lhe pode conceder liberdade para servir ao direito material.”

8 Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p. 40) identifica uma maior amplitude no termo flexibilização procedimental, que abarcaria “a possibilidade de modulação de regras preestabelecidas pelo legislador para se tentar um caminho que se adegue melhor ao caso concreto, seja otimizando etapas, seja construindo formatos procedimentais adaptáveis à solução da disputa judicial”.

adaptabilidade procedimental possui íntima relação com os comandos previstos nos arts. 3º, 4º e 6º do CPC/2015, na medida em que amplifica as chances de que o acesso à justiça ocorra de maneira participativa, justa e em tempo razoável.

Importa salientar que a adequação do procedimento pode se dar sob variadas perspectivas: a) no campo da produção legislativa, com o desenho de procedimentos diferenciados para cada direito que se busca tutelar; b) adequação judicial, decorrente do poder-dever conferido ao magistrado de ajuste do procedimento às especificidades do caso concreto⁹ e c) adequação convencional, fruto da celebração de negócios jurídicos processuais entre os sujeitos do processo (REDONDO, 2019).

Fixado o contexto de reequilíbrio entre o interesse público imanente ao processo e o interesse das partes na tutela de seus direitos, que ensejou a maior abertura à adaptabilidade procedimental no CPC/2015, indaga-se acerca da viabilidade do transporte de técnicas processuais já existentes na legislação, codificada ou não, para ambientes em que elas se mostrem úteis e efetivas à tutela do direito material. Em sendo possível tal transporte, seria lícito ao juiz impor a variação procedimental quando não requerida pelas partes ou a modificação do *iter* imprescindível da manifestação de vontade das partes plasmada em negócio processual?

Contudo, precede a abordagem destas questões uma digressão ao tema dos negócios jurídicos processuais no direito processual civil brasileiro, bem como de seus sujeitos e objeto (e a ainda árida definição de seus limites), questão de que se trata no item seguinte.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: SUJEITOS E LIMITAÇÕES AO PODER DE AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO

O negócio jurídico processual consiste em ato jurídico (*lato sensu*) alicerçado em manifestação de vontade do sujeito declarante, com repercussão processual (NOGUEIRA, 2020). Em síntese que reflete a concepção de negócio jurídico encampada em sua obra, Pedro Henrique Nogueira (2020, p. 175) define negócio jurídico processual como “[...] o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. Refletem, portanto, a abertura de espaço para que a vontade dos sujeitos processuais produza os efeitos por eles almejados no processo, desde que alicerçados no ordenamento jurídico.

O CPC/2015, para além de estabelecer novas hipóteses típicas de negociação processual – p. ex. saneamento convencional do processo, distribuição convencional do ônus da prova –, consagrou em seu art. 190¹⁰ verdadeira cláusula geral de atipicidade da negociação processual, como decorrência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, que

9 Veja-se que o próprio art. 139, VI, do CPC/2015, impõe expressamente ao magistrado a adequação procedimental conforme as necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

10 Art. 190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” (BRASIL, 2015).

assegura às partes, dentro dos limites do ordenamento jurídico, o direito de regular seus interesses sem restrições indevidas (DIDIER JUNIOR, 2018).

Em conjunto com outros dispositivos do código¹¹, a cláusula geral de atipicidade de negociação introduz, segundo Fredie Didier Junior (2018, p. 21), “[...] verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”, representando uma das facetas do direito fundamental à liberdade.”

Pedro Henrique Nogueira (2020) estabelece interessante relação entre as normas fundamentais do CPC/2015 e os negócios jurídicos processuais atípicos, ao identificar as raízes do princípio do respeito ao autorregramento da vontade a partir da conjugação do art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código que dispõem, respectivamente, sobre o dever de o Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e acerca da necessidade de que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem a utilização formas de tratamento adequado de conflitos¹². Veja-se, então, que a negociação processual atípica retrata uma dimensão da solução consensual de conflitos, na medida em que se permite aos sujeitos processuais a composição dirigida à disposição de situações jurídicas processuais ou ao ajuste do procedimento às especificidades da causa (CABRAL, 2019).

Note-se, diante desses traços característicos, que os negócios jurídicos processuais atípicos se inserem no contexto brevemente retratado linhas acima, de ampla maleabilidade procedimental promovida pelo CPC/2015, prestigiando-se inclusive a vontade das partes na construção consensual e cooperativa do trilha a ser percorrido para a tutela de seus interesses.

Mas será que só as partes poderiam figurar como sujeitos de convenções processuais? Ou será que o juiz, ou até mesmo terceiros e auxiliares da justiça seriam legitimados a integrar a dimensão subjetiva dos negócios jurídicos processuais? Perquire-se, outrossim, acerca dos requisitos de validade e dos limites que o ordenamento impõe ao poder de autorregramento da vontade no processo.

3.1 Sujeitos dos Negócios Jurídicos Processuais

Do próprio caput do art. 190 do CPC/2015, extrai-se que as partes são os sujeitos por excelência dos negócios jurídicos processuais. É a elas que é dado, com fulcro na cláusula geral de atipicidade de negociação, dispor de situações jurídicas processuais ou modular o procedimento conforme indiquem as especificidades da causa.

Inobstante, não se vislumbra como afastar o juiz da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, quando o próprio Código estabelece, em seu art. 191, a convenção típica de calendarização processual¹³, firmada entre o magistrado e as partes. Ao se debruçar sobre

11 Entre eles o art. 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.” (BRASIL, 2015).

12 Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2018) enfrentam de maneira precisa a temática do tratamento adequado dos conflitos, partindo-se da premissa de que a promoção de um verdadeiro acesso à justiça exigiria do Estado não apenas a oferta de meios para o acesso ao Poder Judiciário, mas sim a estruturação de formas de tratamento de litígios que sejam capazes de lhes extrair o melhor e mais efetivo resultado para a sociedade.

13 Murilo Teixeira Avelino (2019) apresenta interessante construção no sentido de que a capacidade negocial do juiz não decorreria da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 – em cuja redação há unicamente menção às partes –, mas

o tema dos negócios jurídicos processuais judiciais, Pedro Henrique Nogueira (2020) trata dos provimentos jurisdicionais como autênticos atos negociais, por meio dos quais o julgador pode efetivar a escolha de situações jurídicas processuais que impactarão na esfera das partes, o que evidencia ser imanente à própria atividade jurisdicional, em certa medida, o autorregramento da vontade.

Aliás, os negócios processuais atípicos que interfiram na esfera jurídica de prerrogativas e poderes-deveres do juiz, a seu turno, somente serão eficazes se contarem com a participação deste, seja integrando o ato desde a sua gênese, seja proferindo ato integrativo de sua eficácia – homologação (CADIET, 2012).

Defende-se ainda, e com grande relevância para o que se discutirá adiante, que cabe ao juiz até mesmo propor às partes, sempre que identificar potencial de solução mais efetiva do litígio, a celebração de negócios jurídicos processuais para a reestruturação do procedimento, hipótese em que se encontrará diretamente vinculado ao que restar pactuado. Trata-se de desdobramento natural do dever de cooperação para a adequada promoção do acesso à justiça, previsto no art. 6º do CPC/2015, assim como do princípio da adaptabilidade ou adequação processual.

Também não há óbice para que sujeitos que não integrem a relação processual em si participem de negócios jurídicos que produzam efeitos processuais, a exemplo dos auxiliares da justiça, membros do Ministério Público etc. Em síntese, como bem acentua Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p. 56), embora em análise focada na disponibilidade processual, que “[...] os atos de disposição podem, em princípio, ser praticados por todos os sujeitos processuais, ou seja, pessoas que sejam titulares de situações jurídicas ativas na relação jurídica processual, como as partes, os auxiliares da justiça e o juiz.”

3.2 Requisitos de Validade e Limites das Convenções Processuais Atípicas: Breves Considerações

Um dos temas mais desafiantes, não obstante ainda pouco explorados, com sistematicidade, em relação aos negócios jurídicos processuais, diz respeito à definição dos limites do que pode ser convencionado pelas partes. Desde a promulgação do CPC/2015, observou-se a proliferação de estudos voltados à definição da natureza e elementos das convenções processuais, além da identificação de hipóteses de ajustes atípicos admissíveis na casuística. No entanto, são ainda relativamente escassos os trabalhos de fôlego que se dediquem especificamente ao estudo dos requisitos e limitações subjetivas e objetivas dos negócios processuais atípicos, que proporcionem bases mais sólidas para a atividade de controle judicial das convenções e, ainda, segurança para uma maior sedimentação do instituto na prática forense.

Pode-se retirar, já do caput e parágrafo único do art. 190, do CPC/2015, os parâmetros básicos a orientarem o controle de validade das convenções processuais atípicas.

De imediato se verifica que, não obstante o negócio jurídico processual seja independente da relação material e voltado à produção de efeitos no processo, o direito material que serve de
sim do princípio da adequação processual.

pano de fundo ao litígio deverá ser passível de autocomposição. Neste ponto, a doutrina ressalta o primor técnico do legislador ao não baralhar os conceitos de direito indisponível e direito que admite ou não autocomposição, posto ser perfeitamente possível o direito material ostentar natureza indisponível e, ainda assim, ser suscetível à autocomposição (ainda que de forma parcial) (NEVES, 2018). No ponto, Bruno Garcia Redondo (2019) faz importante ressalva no sentido de que mesmo nas causas em que não se admita autocomposição, caso o negócio jurídico processual seja benéfico ao titular do direito protegido pela regra, não há razões para que não seja admitido pelo juiz. Afinal, deve-se ter em mente que o mote da alteração procedimental possibilitada pelo art. 190 é conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, promovendo, assim, um melhor acesso à justiça.

O Código institui expressamente, no caput do art. 190, a necessidade de que as partes sejam capazes, tendo prevalecido em doutrina o entendimento de que a capacidade aí requerida é a processual (NOGUEIRA, 2020). Sendo processualmente capazes as partes ou estando eventual incapacidade devidamente suprida pela representação ou assistência, será válido o pacto.

Outra restrição que deflui do texto legal se relaciona à inserção do negócio jurídico processual, de maneira abusiva, em contratos de adesão. Veja-se que não é vedada a aposição de convenções processuais em contratos de adesão, mas sim a sua estipulação de maneira abusiva, notadamente quando visa a enfraquecer uma posição processual da parte aderente ou quando cria vantagens desproporcionais para a parte que formulou o instrumento contratual.

Tem-se, ainda de maneira expressa, a necessidade de que a parte celebrante não se encontre em situação de manifesta vulnerabilidade. Talvez seja esse o requisito explícito de validade mais sensível, dada a necessidade de análise casuística para a constatação da vulnerabilidade, que precisa ser manifesta e pode ostentar várias facetas (vulnerabilidades técnica, jurídica, científica, social etc.). Vale ressaltar, por oportuno, que a vulnerabilidade aqui tratada é aquela constatada no momento da celebração da avença e não a resultante do negócio, pois, perfeitamente possível a celebração de negócio jurídico processual de disposição de situação jurídica vantajosa, por exemplo, que em certa medida ensinará uma vulnerabilidade processual (REDONDO, 2019).

Admite-se que o dispositivo parece tomar como norte as vulnerabilidades técnica ou jurídica manifestas para que se afaste a aplicação da convenção, ou seja, somente deverá ser declarado inválido o ajuste se ficarem constatadas circunstâncias tais como a ausência de domínio da parte vulnerável acerca dos contornos do negócio ou ausência de assistência técnica por advogado em situações de elevada complexidade jurídica, por exemplo (NOGUEIRA, 2020).

Passando aos requisitos e limitações não expressos no CPC/2015, infere-se, de plano, que os negócios jurídicos processuais, em função de seu regime híbrido (direito material e processual), submeter-se-ão às prescrições do art. 104 do Código Civil, assim como deverão estar livres de vícios de vontade ou sociais, como o erro, dolo e a simulação.

Constituem ainda barreira em face da negociabilidade as normas processuais de natureza cogente, assim entendidas aquelas de ordem pública e que “[...] não abrem espaço para que seus destinatários convencionem qualquer prescrição que afaste – parcial ou totalmente –

sua incidência.” (KLIPPEL, 2018, p. 70). Enfim, concluindo-se que a norma processual a ser eventualmente afastada pela negociação atípica tutela uma finalidade pública, deve o juiz negar aplicabilidade ao pacto neste particular (DIDIER JUNIOR, 2019).

Pode-se afirmar, sem maiores dificuldades, que as normas fundamentais do processo e os princípios processuais de natureza constitucional também servirão como limites das convenções processuais, não se admitindo a celebração de ajustes que afastem de maneira irrazoável ou desproporcional¹⁴ esses valores, notadamente se não se constatar, em contrapartida, a promoção do devido processo legal e do acesso substancial à justiça. Leonardo Greco (2008) resume o limite aqui tratado como observância à “ordem pública processual”, que envolveria a observância dos subprincípios corolários do devido processo legal.

O tema dos requisitos e limites dos negócios jurídicos processuais desperta ainda diversos desdobramentos que fugiriam ao recorte do presente trabalho, mas, à guisa de conclusão do tópico, adverte-se, por conexão com o tema tratado no item seguinte – transporte convencional de técnicas processuais – para a necessidade de que as convenções dirigidas à alteração procedimental promovam idêntica, senão maior, efetividade para a tutela jurisdicional do que a técnica *standard* prevista para a hipótese, sob pena de se revelarem imprestáveis aos propósitos fundamentais do CPC/2015. Como bem observa Bruno Garcia Redondo (2019, p. 200), “[...] a adequação negocial atípica (sem especificação precisa, detalhada e clara do objeto por lei) não pode se basear em mero ‘capricho’ ou comodidade das partes, sem que haja justificativa democrática para que a norma legal (que é a regra geral) seja modificada.”

4 A ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO VIA TRANSPORTE DE TÉCNICAS PROCESSUAIS

A flexibilidade procedimental permite maior liberdade para a formulação, supressão, incremento e remodelagem de atos procedimentais e técnicas processuais, sempre com vistas a tornar o procedimento mais rente à realidade material que o processo busca albergar.

É possível, no entanto, que a técnica ou procedimento diferenciado aptos a tornar mais efetivo o processo já exista no bojo do próprio Código ou até mesmo na legislação especial e extravagante, porém destinados a regular realidades distintas – ainda que, talvez, aproximadas.

O presente tópico se destina à análise de viabilidade do trânsito de técnicas processuais entre ambientes legislativos distintos. Verifica-se, outrossim, se o sistema processual civil comporta tal adequação por imposição do juiz, bem como a possibilidade de sua efetivação pela via negocial.

4.1 O Trânsito de Técnicas Entre os Procedimentos

O art. 327, § 2º, do CPC/2015, representou importante inovação no campo da adequação procedimental, ao prever a cumulação de pedidos a serem deduzidos em procedimentos distintos, desde que adotado o procedimento comum. E não é só: tal cumulação poderá ocorrer sem prejuízo

¹⁴ Veja-se a prescrição do art. 8º do CPC, norma fundamental do processo civil que induz à observância da razoabilidade e de proporcionalidade na aplicação do direito.

da adoção de técnicas especiais previstas em procedimentos especiais, desde que sua aplicação seja compatível com as disposições do procedimento comum (PUPPIN; OLIVEIRA, 2017).

Fredie Didier Junior, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 69-70) atribuem ao referido dispositivo a flexibilidade do procedimento comum, concluindo que “[...] ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais.” O transporte de técnicas também pode ocorrer no sentido inverso, ou seja, do procedimento comum para os especiais, bem como entre procedimentos especiais, recursais ou executivos.

Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2020), ao analisarem o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação de técnicas processuais, a partir de uma exegese destinada a conferir ao art. 771 do CPC/2015 a efetividade máxima que dele se possa extrair, fixam importantes premissas para que o transporte ocorra de forma compatível com o devido processo legal.

A primeira premissa digna de nota se refere à necessidade de análise de compatibilidade da técnica processual importada ou exportada com o ambiente em que ela irá produzir efeitos (MAZZEI; GONÇALVES, 2020). De fato, nem sempre a transposição de técnicas entre procedimentos ocorrerá de maneira totalmente compatível, pois as circunstâncias do direito material poderão ditar a inconveniência da aplicação de determinado dispositivo ou da prática de ato previsto na técnica transportada.

O segundo ponto de destaque, que se conecta a temas já tratados linhas acima, concerne ao sistema de aplicação interativa da legislação processual que se extrai da conjugação dos arts. 15 e 771 (caput e parágrafo único), ambos do CPC/2015. De uma rápida análise dos referidos dispositivos, poder-se-ia concluir que a aplicabilidade do processo de execução ao cumprimento de sentença, aos procedimentos especiais de execução e aos efeitos de atos ou fatos processuais aos quais a lei atribuir eficácia executiva e, noutro flanco, a transposição de regras do Livro I da Parte Especial do Código para a execução ocorrerão apenas em caráter subsidiário ou supletivo (leia-se: quando houver omissão ou incompletude). No entanto, em análise fincada na principiologia do CPC/2015, defendem Mazzei e Gonçalves (2020), com precisão, que a importação e exportação de técnicas desses ambientes ocorra de maneira recíproca, inclusive em substituição da técnica principal¹⁵.

E a utilização da técnica exótica em lugar da principal exigirá, como se pode intuir, a constatação de incremento em efetividade para a tutela jurisdicional, ainda que, como já defendido, parcela da eficiência processual se comprometa. A análise de vantajosidade no sacrifício de parcela da eficiência processual em favor de um aprimoramento na solução do litígio dependerá da casuística e de um juízo de ponderação entre esses valores.

15 Note-se que neste caso não há omissão legislativa. A técnica padrão existe e se presta a regular suficientemente bem a realidade para a qual foi projetada. Ocorre que, a depender da situação, uma técnica “exótica” pode se mostrar mais efetiva para a maximização da proteção do direito material e, portanto, teria lugar em substituição à técnica principal.

4.2 Viabilidade do Transporte de Técnicas Processuais por Adequação Judicial

A adaptação do procedimento promovida pelo juiz insere-se, como visto, entre os métodos de adequação usualmente identificados pela doutrina. Fernando da Fonseca Gajardoni (2007), ainda na vigência do CPC/1973, indicava ser possível a flexibilização procedimental pelo magistrado com vistas a conferir ao direito material a adequada tutela, ante a inconveniência de se aguardar a adequação pela via legislativa que, como se sabe, é incapaz de acompanhar a velocidade inerente às transformações sociais.

Embora reconhecendo a importância do rigor formal do processo e a necessidade de previsibilidade do procedimento para que a segurança jurídica se mantenha hígida, Gajardoni (2007) conclui que a submissão das alterações procedimentais intentadas pelo juiz ao contraditório garantiria às partes o conhecimento prévio do *iter* a ser trilhado. Além do contraditório prévio, as variações do procedimento *standart* previsto para o caso deverão ser precedidas de adequada fundamentação, até mesmo como forma de controle pelas instâncias recursais (GAJARDONI, 2007).

Pode-se resumir então, que os critérios básicos a nortearem a adequação procedimental, nos termos do que proposto por Gajardoni (2007), são: a) finalidade, entendida como a excepcionalidade da variação, que deverá ocorrer apenas para: a.1) garantir uma tutela adequada ao direito material, ante a insuficiência do procedimento predisposto; a.2) o descarte de formalidades ou atos desnecessários e a.3) promover condições mais isonômicas entre as partes e b) contraditório que garanta a efetiva participação das partes no convencimento do magistrado.

Nada obstante os substanciosos fundamentos acima apresentados, conclui-se que mesmo diante da considerável maleabilidade procedimental apresentada pelo CPC/2015 – sobretudo se comparado ao CPC/1973 – não há como concluir, *de lege lata*, pela possibilidade de adequação judicial via transporte de técnicas processuais entre ambientes legislativos distintos, ainda que submetida ao contraditório prévio.

Em relação à possibilidade de modulação do procedimento pelo juiz, parece ter o CPC/2015 a autorizado apenas para a dilatação de prazos e alteração da ordem de produção de provas; ainda assim, vinculadas tais alterações à obtenção de maior efetividade para a tutela do direito. Embora apresente-se como excepcionalmente possível a inversão da ordem de prática de atos processuais, desde que não resulte em prejuízo às partes, e o descarte de atos desnecessários, não se identifica previsão no sistema para que o juiz imponha às partes o percurso procedimental por trilha diverso do previsto em lei.

Situação distinta é aquela em que o magistrado, ao antever a utilidade de técnicas ou atos processuais previstos em procedimentos diversos para uma solução mais efetiva do caso sob análise, proponha às partes a celebração de negócio processual atípico para tal fim. Como antes visto, o juiz pode ser sujeito de negócio jurídico processual e, nesse viés, não se verifica barreira para que o magistrado possa propor a celebração de convenções voltadas à adaptabilidade procedimental, hipótese já defendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1999, p. 66) mesmo

sobre a vigência do CPC/1973:

[...] obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.

O objeto da convenção – transporte de técnicas processuais entre procedimentos diversos –, *a priori*, é válido e encontra respaldo no art. 190 do CPC/2015. Obviamente, todos os requisitos de validade e parâmetros limitativos propostos linhas acima deverão ser observados, com a diferença de que, neste caso, o controle judicial se dará concomitantemente à formação do negócio.

A incidência da consensualidade sobre a adequação procedimental proporciona a promoção não apenas da instrumentalidade da tutela jurisdicional, como também do regime democrático e da participação.

Nesse cenário, identifica-se como momento propício à celebração de pactos procedimentais prevendo a importação de técnicas processuais, tendo como proponente o juiz, a fase de saneamento e organização do processo, que poderá inclusive ocorrer mediante a designação de audiência, nos termos do § 3º do art. 337, CPC/2015. No saneamento processual, poderá desde já o magistrado ajustar com as partes o método de solução do conflito, importando mecanismos e atos (ou o modo de praticá-los) previstos originariamente para outras hipóteses, ficando os sujeitos do pacto, como visto, vinculados às declarações de vontade emitidas.

Assim, fora de um contexto convencional, não se afigura possível o juiz adequar o procedimento mediante transporte de técnicas processuais entre procedimentos distintos.

4.3 CONVENÇÃO PROCESSUAL ATÍPICA DE IMPORTAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS

A utilização de técnicas processuais originalmente previstas para ambientes diversos, quando não requerida pelas partes com base no art. 327, § 2º, do CPC/2015 – cumulação objetiva –, poderá se efetivar a partir da celebração de negócio jurídico processual.

Poderão as partes, observados os limites do art. 190, CPC/2015, além de outros decorrentes do ordenamento jurídico, convencionar a importação de técnicas e atos processuais advindos de outros ambientes para a solução de suas controvérsias. Importante consignar que a convenção poderá ocorrer mesmo antes da litispendência, podendo constar como parte de um contrato, por exemplo.

As técnicas ou atos procedimentais, como já adiantado, poderão advir do próprio CPC/2015 (trecho de algum procedimento especial, por exemplo) ou da legislação não codificada (MAZZEI; GONÇALVES, 2020). Verificada a compatibilidade da técnica importada, a sua efetividade para melhor agasalhar o direito material em liça e, não estando presentes vícios que maculem o negócio jurídico processual atípico, será possível enxertá-la em lugar do procedimento padrão.

Importa ressaltar que a compatibilidade da técnica importada com o ambiente em que

produzirá efeitos será facilitada quando se estiver diante de regras destinadas a tutelar situações materiais aproximadas. Seria o caso, por exemplo, de importação da regra prevista no inciso II, do art. 68, da Lei nº 8.245/1991, que impõe a fixação de valor locatício provisório na ação revisional de aluguel. Tal mecanismo poderia ser instituído mediante negociação atípica para demandas revisionais de outras naturezas, impondo a fixação de um valor mais equânime desde o início da tramitação processual. Pode-se cogitar ainda de diálogo entre os procedimentos de insolvência civil e regras específicas previstas no processo falimentar. Ou, ainda, de convenção processual que empregue preceitos da ação civil pública nos procedimentos movidos em função da improbidade administrativa.

Enfim, o rol de técnicas passíveis de utilização efetiva em outros ambientes, mediante ajuste procedimental convencional, é bastante extenso, não se enquadrando nos limites do presente trabalho a enumeração das hipóteses, assunto a ser objeto de futuras investigações.

Vale alertar, em fechamento, que no caso de importação convencionalmente unicamente pelas partes, deverá o juiz se manifestar sobre a avença assim que dela tomar conhecimento, de maneira a desde logo conferir ao procedimento a previsibilidade que dele se espera. Nesta senda, entendendo o juiz pelo afastamento da convenção e preponderância do procedimento padrão, caberá impugnação via agravo de instrumento?

Pondo de lado o ainda vívido debate acerca da natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015 (se taxativo ou exemplificativo), pode-se dividir a questão da seguinte forma: a) decisão interlocutória que verse sobre convenção atípica de importação de técnicas no processo de execução ou cumprimento de sentença, hipótese em que caberá agravo de instrumento por força do parágrafo único do art. 1.015, CPC/2015 e b) decisão interlocutória que afaste a aplicação de negócio processual atípico de importação de técnicas processuais proferida em processo de conhecimento, hipótese para a qual não se vislumbra, de maneira direta, a recorribilidade via agravo de instrumento. Nada obstante, há quem sustente, como Bruno Garcia Redondo (2019) que, de maneira indireta, em interpretação analógica do disposto para a rejeição da convenção de arbitragem (art. 1.015, III, CPC/2015), seria a decisão recorrível mediante agravo de instrumento, posição a qual aqui se adere.

CONCLUSÃO

O CPC/2015 representou significativo avanço em termos de flexibilização não apenas do procedimento comum, como também dos procedimentos especiais, codificados ou não, considerando o caráter central do Código no sistema processual civil. Das normas fundamentais incorporadas pelo Código já se extrai a nítida preocupação do legislador com a estruturação de um processo adequado, eficiente, participativo, justo e efetivo, objetivos que somente serão plenamente atingidos, em certas situações, a partir da possibilidade de adaptação do procedimento ao dinamismo das relações sociais.

Da autorização para a cumulação objetiva nos termos no art. 327, § 2º, do CPC/2015, exsurge a possibilidade de trânsito de técnicas processuais para aplicação em ambientes distintos

daqueles para os quais foram forjadas.

Parcela da doutrina sustenta a viabilidade de adequação judicial do procedimento, com fundamento na necessidade de se amplificar o caráter instrumental do processo, tornando-o efetiva ferramenta para a tutela do direito material. Nada obstante reconheça-se a excepcional possibilidade de adequação do procedimento pelo magistrado, conclui-se que o sistema processual civil, tal qual concebido, apesar de flexível, não comporta a imposição pelo juiz de variações procedimentais com base no livre trânsito de técnicas processuais.

Nada obstante, identifica-se potencial para o juiz, responsável pela direção do processo, propor às partes a celebração de negócio jurídico processual voltado aos fins acima indicados, vinculando-se como sujeito do pacto. Nestes termos, dota-se a variação procedimental de maior segurança jurídica e respaldo legal.

Confirma-se, ainda, a possibilidade de que o transporte de técnicas processuais entre procedimentos distintos se efetive a partir da atividade negocial das partes, com posterior submissão da avença ao controle do juiz, que somente recusará aplicação ao negócio em caso de invalidade ou se identificados excessos na manifestação do poder de autorregramento da vontade no processo.

Como contribuição primordial dos resultados do estudo, aponta-se a revelação de novas frentes exploratórias que possuam como recorte a divisão de tarefas entre o magistrado e as partes, voltada à modulação negocial do procedimento. Como visto, o tema é bastante rico e carece ainda de futuras investigações que se proponham a identificar situações práticas em que o juiz ou as partes possam se valer do poder de autorregramento da vontade para mesclar técnicas processuais originárias de procedimentos distintos, codificados ou não.

Importante consignar, em fechamento, que independentemente da conjugação procedimental a ser proposta, sua implementação deverá ter como norte o incremento de efetividade da tutela jurisdicional, não se podendo conceber adequação improficua do procedimento.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CADIET, Löic. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3, p. 03-35, ago./dez. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais no CPC-2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. v. 1. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p. 167-177, abr./jun. 2011.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; Cerqueira, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** - estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção novo CPC** - Doutrina Seleccionada - Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 3. n. 1, p. 323-350, maio 2018.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. *In*: BUENO, Cassio Sarpinella (org.). **Prodireito**: Direito Processual Civil. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015. v. 2

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Processo de execução e cumprimento de sentença**: temas atuais e controvertidos. São Paulo: RT, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 485-514, ago. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 96, p. 59-69, 1999.

PUPPIN, Bárbara Altoé; OLIVEIRA, Michelle Ivair Cavalcanti de. Breves apontamentos sobre o artigo 327 §2º do CPC/2015. In: **II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória. v.2., p. 281-289, 2017. Disponível em: <https://www.periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860/454>. Acesso em: 29 dez. 2020.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro**: existência, validade e eficácia. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 87-150, jun. 2015.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

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

Como citar: BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional?. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 187-204, jul. 2021. Doi: 10.5433/21788189.2021v25n2p187. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 07/04/2021

Aprovado em 08/07/2021

RESENHAS|REVIEWS

BRADFORD, Anu. **The Brussels effect**: how the European Union rules the world. 1 ed. Nova Iorque: *Oxford University Press*, 2020. p. 25-65.

THE BRUSSELS EFFECT

2 - O EFEITO BRUXELAS

Eduardo Bueno Rodrigues¹

Como citar: RODRIGUES, Eduardo Bueno. *The Brussels Effect*. Em: BRADFORD, Anu. *The Brussels effect: how the European Union rules the world*. 1 ed. Nova Iorque: *Oxford University Press*, 2020. p. 25-65. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 205-207, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p205. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A intensificação da globalização econômica apresenta novos paradigmas para a efetividade de direitos em escala mundial, dificultados pela natureza transnacional dos atores privados que atuam simultaneamente em múltiplos países. Neste contexto, Anu Bradford, na obra “*The Brussels Effect*” apresenta a capacidade regulatória unilateral da União Europeia na efetividade de direitos além de sua jurisdição e os limites do uso destas normas de efeitos extraterritoriais que fazem uso de atores privados do mercado. Realiza-se recorte no capítulo segundo da obra, que define o Efeito Bruxelas e enumera seus limites, visando apresentar o instituto à pesquisa do Direito Negocial.

Palavras-Chave: Efeito Bruxelas, globalização, normas extraterritoriais, regulação global

Abstract: The intensification of economic globalization presents new paradigms for the effectiveness of rights on a global scale, made more difficult by the transnational nature of private actors who act simultaneously in multiple countries. In this context, Anu Bradford, in “*The Brussels Effect*” presents the unilateral regulatory capacity of the European Union in the effectiveness of rights beyond its jurisdiction and the limits of the use of these extraterritorial effect rules that make use of transnational private market actors. It summarizes the second chapter, defining the Brussels Effect and enumerating its limits, aiming to present the institute to the research of Business Law.

Keywords: Brussels Effect, globalization, extraterritorial norms, global regulation

A obra desenvolve o fenômeno do “Efeito Bruxelas”, definido como a habilidade unilateral da União Europeia (UE) de regular o mercado global, levando normas e regulações unilaterais do bloco comunitário para países terceiros por meio de atores privados apoiando-se na expressividade de seu mercado interno. Trata-se de uma aplicação global do “efeito Califórnia”, este estudado no âmbito nacional/interno dos Estados Unidos da América (EUA). O foco principal da obra é a regulação de mercados consumidores, onde o fenômeno é especialmente observado em razão dos requisitos para sua efetividade.

O capítulo 2, intitulado “*The Brussels Effect*” (O Efeito Bruxelas), objeto da presente resenha, estabelece os conceitos centrais e as condições para a existência do Efeito Bruxelas. Embora apenas sujeitos com mercados internos expressivos consigam estabelecer-se como fontes

de padrões internacionais, este não é o único elemento necessário para que ocorra a exportação do poder regulatório unilateral. Anu Bradford determina cinco elementos essenciais que, conjuntamente, fazem com que o efeito seja predominantemente de origem na União Europeia – como um poder hegemônico de regulação. Estes elementos são: o tamanho do mercado; a capacidade regulatória; padrões rigorosos; destinatários inelásticos; e não-divisibilidade. Embora seja necessário que todos esses requisitos ocorram para uma globalização regulatória unilateral, a importância de cada um depende da área regulada. Ressalta que estes elementos são genéricos, não limitados à União Europeia, que apenas é o agente predominante no atual momento histórico-político.

O tamanho do mercado interno é relacionado diretamente com o poder da nação na economia global. Trata-se de um conceito relativo, dependente da atratividade de um dado mercado consumidor quando comparado a outro. Assim, o mercado importador maior faz com que os atores econômicos adotem as regulações do importador. As empresas comparam os custos para adequação às normas e a atratividade do mercado consumidor de um mercado importador para decidir cumprir ou não – e entrar, ou não – naquele mercado. Neste ponto, a métrica utilizada para determinar a expressividade de um dado mercado é essencial, devendo conter um poder de compra relevante dos consumidores, bem como uma quantidade populacional expressiva. Nisto, a União Europeia se sobressai por ter tanto a população de 516 milhões de habitantes, como um PIB per capita de \$40,900. Enquanto isso países com maior população, mas menos poder de compra (China, Índia) e países com maior poder de compra, mas menos população (Estados Unidos, Japão) cedem espaço para a UE. O crescimento populacional para o aumento de poder regulatório, no entanto, encontra limites – a partir de certo ponto, a pluralidade heterogênea e dividida de indivíduos prejudica as decisões políticas para criação de regulação. Anu Bradford atenta que, diante disso, a influência da União Europeia, ainda que hegemônica, já passou de seu ponto máximo. A expressividade do mercado interno também depende de outros fatores, como a importância de diferentes setores específicos e o alto percentual de dependência das exportações totais de um determinado exportador. Em suma, o poder regulatório dentro deste critério é dependente da habilidade da jurisdição em condicionar o acesso ao seu mercado interno expressivo.

A capacidade regulatória não é inerente de mercados expressivos, mas uma decisão consciente de estabelecer instituições com poder regulatório, que tenham conhecimento e recursos para que consigam promulgar e impor sanções efetivas. Essa capacidade regulatória limita-se a setores regulados hegemonicamente pelo país ou bloco comunitário para que se aproveite da expressividade do mercado. Como exemplo, setores de tributação de empresas, cultura e educação são regulados em nível apenas nacional, de forma que o alcance e o uso da expressividade do mercado da União Europeia são limitados.

Além disso, é preciso que exista uma propensão à criação de padrões rigorosos, ou regulações rigorosas. Isto significa que deve haver uma vontade política por regulações mais rigorosas. Tal preferência é mais comum em países com maiores níveis de renda, uma vez que estes têm uma maior tolerância para arcar com os custos da regulação rigorosa, enquanto países mais pobres são mais sensíveis a regulações que limitem o crescimento econômico. Isso se apresenta como um fator central na limitação da exportação do poder regulatório de mercados emergentes. Ainda que o país tenha uma renda alta, deve existir uma predisposição para regulação rigorosa para que se torne um poder regulatório hegemônico, de forma que são fatores determinantes: percepção de risco dos cidadãos e governantes; as ideologias relacionadas ao funcionamento do mercado; a preferência por normas administrativas e medidas preventivas.

Por fim os destinatários das normas devem ser inelásticos e não divisíveis. Destinatários inelásticos significa que os produtos ou a cadeia produtiva é vinculada à um determinado regime regulatório, não sendo possível a escolha e a fácil mudança de jurisdição para evadir as regulações. É o caso do mercado consumidor, em que tentar evitar as regulações de um dado mercado consumidor

significa perder acesso a este. Em razão disso, o Efeito Bruxelas não atinge destinatários elásticos, que facilmente podem mover-se por jurisdições sem perder acesso ao mercado global, como é o caso do mercado financeiro. Neste sentido, a propensão dos EUA em regular destinatários elásticos, por exemplo, faz com que não possa apoiar-se em atores econômicos para externalizar suas regulações.

O critério da não-divisibilidade exige que a empresa multinacional opte pela padronização de suas operações globais, adotando, em regra, a norma mais rigorosa para que garanta o cumprimento das regulações em todos os mercados que a empresa opere. Divide-se em três variedades, conforme seus elementos condutores: legal; técnica e econômica. A não-divisibilidade legal é quando a padronização é decorrente de elementos legais, a exemplo de riscos legais envolvendo erros de *compliance* ou no uso de contratos padronizados. A não-divisibilidade técnica refere-se a dificuldade de fragmentar o produto ou a cadeia de produção por razões técnicas, a exemplo da regulação de dados – caso em que a identificação e segregação de usuários da União Europeia é difícil – levando a padronização com base nas legislações de proteção de dados da UE. A não-divisibilidade econômica refere-se às múltiplas vantagens econômicas de uma produção padronizada em escala global, considerada a variedade mais comum. As vantagens da não-divisibilidade incluem redução de custos, controle de qualidade, reputação, entre outros.

A obra apresenta-se como importante marco teórico para o estudo da globalização e da harmonização legislativa, especialmente para a efetivação de direitos vinculados aos atores econômicos privados, como contratos, proteção ao consumidor, proteção de dados e meio ambiente. Os requisitos do Efeito Bruxelas evidenciam o protagonismo atual da União Europeia como um poder regulador e os avanços necessários para que outros sujeitos alcancem este mesmo impacto. Apresenta ainda, as dificuldades encontradas por algumas áreas de tutela, como o Direito do Trabalho (mercado elástico) e mercados que podem se tornar divisíveis com o avanço da tecnologia.

Como citar: RODRIGUES, Eduardo Bueno. *The Brussels Effect*. Em: BRADFORD, Anu. *The Brussels effect: how the European Union rules the world*. 1 ed. Nova Iorque: *Oxford University Press*, 2020. p. 25-65. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 205-207, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p205. ISSN: 2178-8189.

RESENHAS|REVIEWS

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: *Basic Books*, 2006, p. 124-141

THE EVOLUTION OF COOPERATION

CHAPTER 7 - HOW TO PROMOTE COOPERATION

Bruna Faria¹

Como citar: FARIA, Bruna. *Chapter 7: How to promote cooperation*. Em: AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: *Basic Books*, 2006, p. 124-141. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 208-210, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p208. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Robert Axelrod em seu livro “*The Evolution of Cooperation*”, em português, “A Evolução da Cooperação”, analisa o desenvolvimento da cooperação em jogos de soma não zero, como o Dilema do Prisioneiro. Em si, a sua contribuição não se restringe, unicamente, à matemática e torneios de programas de computadores, podendo ser aplicada e examinada em relações internacionais, microbiologia e até ao Direito. Em razão da densidade da obra, faz-se um recorte no sétimo capítulo, onde o autor responde a seguinte questão: “como promover a cooperação?”. No seu conjunto, esta resenha busca introduzir ao Direito Negocial algumas das contribuições de Axelrod para o estudo da cooperação sob o prisma da Teoria dos Jogos.

Palavras-Chave: Cooperação, Dilema do Prisioneiro, Robert Axelrod, Teoria dos Jogos.

Abstract: Robert Axelrod in his book “*The Evolution of Cooperation*”, analyzes the development of cooperation in non-zero-sum games, more specifically, in the Prisoners’ Dilemma. Moreover, his contributions are not restricted, solely, to mathematics and computer program tournaments because it can be applied to international relations, microbiology, and even law. Considering this books density, we will examine only chapter 7, where the author answers the following question: “how to promote cooperation? All in all, this review seeks to introduce to Business Law some of Axelrod’s contributions to the study of cooperation within the context of Game Theory.

Keywords: Cooperation, Prisoners’ Dilemma, Robert Axelrod, Game Theory.

A obra “*The Evolution of Cooperation*” do cientista político Robert Axelrod examina a evolução e desenvolvimento da cooperação em jogos de soma não zero, como o Dilema do Prisioneiro. Em si, a pesquisa pode ser aplicada não somente em áreas de conhecimento como a matemática e ciência da computação, mas em outras como a microbiologia, relações internacionais e até Direito. No Direito Negocial, observa-se de especial importância, uma vez que negócios jurídicos dependem de cooperação para que contratos, testamentos etc. sejam executados conforme a vontade da(s) parte(s). Se analisado por um prisma processual, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) acolhe a cooperação como seu atual paradigma, considerando que a redação de seu art. 6º estabelece o dever de cooperação entre sujeitos processuais. Tendo isso em vista,

resenha-se o sétimo capítulo, “*How to Promote Cooperation*”, do livro de Axelrod para demonstrar como a cooperação pode ser promovida nos mais variados ambientes e contextos históricos, sociais e econômicos.

O capítulo 7, que pode ser traduzido em “Como promover cooperação?” busca responder exatamente esta questão. O autor entende que a cooperação mútua é benéfica para os jogadores, uma vez que possibilita, no Dilema do Prisioneiro, receber pontuações mais altas e benéficas para ambos os jogadores. Como trata-se de um jogo de soma não zero, não possui como delimitador “ganhar” e “perder”. Xadrez, por exemplo, configura um jogo de soma zero exatamente porque para um ganhar, o outro precisa perder. No Dilema do Prisioneiro, se todos cooperarem, todos podem ganhar, ou seja, com a cooperação, ninguém perde. Axelrod aponta que um dos fatores para incentivar a cooperação é aumentar a “sombra do futuro”, pois a cooperação só consegue ser promovida se os jogadores acreditarem que esta escolha pode beneficiá-los no futuro próximo. Ou seja, se não houver possibilidades de reencontro entre os jogadores, estes não possuem incentivo para não cooperar, tendo em vista que no Dilema do Prisioneiro, não cooperar é mais benéfico considerando a interação individualizada. Quando há reiterados encontros, a melhor escolha para os jogadores seria a cooperação, porque só assim conseguiriam obter a melhor pontuação geral. Por isso, o autor declara que caso o ambiente não promova, naturalmente, a cooperação, é necessário arquitetá-lo para que assim o faça.

Um segundo fator para estimular a cooperação, é a modificação das recompensas de modo que cooperar, em dado contexto, compensaria mais do que a alternativa. Desta forma, afirma que o propósito das leis é estimular a cooperação para que a sociedade se beneficie disto, a exemplo do pagamento de tributos ou do cumprimento de contratos com terceiros. Analogicamente, se o Estado for passivo, ao não aplicar leis existentes ou permitir a aprovação de leis que não punem condutas contrárias a cooperação, a cooperação restará desincentivada, visto que não haverá punição pela não cooperação. Assim, um Estado que é omissivo em, por exemplo, punir a sonegação de impostos, estará, em essência, estimulando-a – o que prejudica diretamente o seu proveito pela sociedade. O mesmo é possível no estímulo para a cooperação, permitindo ao indivíduo que coopera usufruir de benefícios maiores por sua conduta. É possível, ainda, fomentar a cooperação pela socialização, ensinando as pessoas a se preocuparem com o bem-estar do outro, uma vez que uma sociedade repleta de pessoas com esta mentalidade terá mais facilidade para estimular o trabalho conjunto, de forma a beneficiar todos, assim, o autor entende que o altruísmo não se limita unicamente a biologia ou relações de afetividade, podendo ser desenvolvida em qualquer contexto mediante esta socialização.

Axelrod delimita a reciprocidade como um elemento central para a cooperação. Afirma que seguir a “regra de ouro” ou “regra áurea”, que significa que cada um deve tratar o outro como gostaria de ser tratado, não é a melhor estratégia em face de terceiros que utilizam a não cooperação como regra inicial ou principal para suas ações. Neste caso, se o indivíduo sempre cooperar, enquanto o outro não cooperar, o primeiro sempre receberá a maior pena, enquanto o segundo sempre sairá livre no Dilema do Prisioneiro. Assim, a reciprocidade é a melhor estratégia, porque caso um jogador optar pela não cooperação, o movimento seguinte do outro deve refletir esta escolha. A reciprocidade não se aplica unicamente para jogos simulados, mas para todas as áreas da vida, especialmente, em ambiente sociais, onde podem existir pessoas que buscam tirar proveito alheio. Em face destes, a melhor estratégia seria retribuir a não cooperação. No entanto, o autor destaca que isso pode levar a ações sucessivas de não cooperação, o que acaba prejudicando o desempenho geral dos jogadores. Além disso, em um ambiente onde não existe autoridade central, esta resposta pode traduzir uma estratégia de “olho por olho” onde retribui-se a conduta anterior com o mesmo peso e medida. Já em um ambiente com uma autoridade central, como em um Estado, o peso da retribuição pode ser alterado. Por fim, a quinta e última maneira para desenvolver a cooperação é treinar os jogadores para lembrarem as estratégias utilizadas de outros

jogadores em jogos anteriores. Isso possibilita um prognóstico das estratégias utilizadas. Desta forma, se o jogador notar que a outra parte é, predominantemente, cooperativa, com base em jogos anteriores, não faz sentido não ser cooperativo, uma vez que a melhor nota conjunta só consegue ser atingida se ambos cooperarem.

Em suma, o autor aponta para cinco caminhos para promover a cooperação, podendo ser aplicadas em vários contextos além de jogos ou torneios simulados por programas de computador. Conforme a ordem apresentada por Axelrod são: (i) modificar o ambiente para possibilitar futuras interações entre jogadores; (ii) alterar retribuições ou recompensas; (iii) educar pessoas a se preocuparem com o outro; (iv) ensinar e estimular a prática da reciprocidade; (v) melhorar o reconhecimento de condutas e estratégias praticadas por outros jogadores. Posto isso, a obra contribui significativamente para entender os benefícios da cooperação e como desenvolvê-la de forma que todos possam lhe aproveitar, especialmente nas relações negociais.

Como citar: FARIA, Bruna. *Chapter 7: How to promote cooperation*. Em: AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: *Basic Books*, 2006, p. 124-141. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 208-210, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p208. ISSN: 2178-8189.